



diritto & religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

21



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno XI - n. 1-2016
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino

Parte III

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

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

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

originalità;

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

conoscenza ed analisi critica della dottrina e della giurisprudenza;

correttezza dell'impianto metodologico;

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

chiarezza espositiva.

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

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

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

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

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

Riservatezza – I valutatori ed i componenti della Direzione, del Comitato scientifico e della Redazione si impegnano al rispetto scrupoloso della

riservatezza sul contenuto della scheda e del giudizio espresso, da osservare anche dopo l'eventuale pubblicazione dello scritto. In quest'ultimo caso si darà atto che il contributo è stato sottoposto a valutazione.

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

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

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

- la pubblicazione di contributi di autori (stranieri ed italiani) di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche di rilievo politico-istituzionale in organismi nazionali, comunitari ed internazionali anche confessionali;
- la pubblicazione di contributi già editi e di cui si chiedi la pubblicazione con il permesso dell'autore e dell'editore della Rivista;
- il rifiuto di pubblicare contributi palesemente privi dei necessari requisiti di scientificità, originalità, pertinenza.

Comitato dei referees

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

Direzione:

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

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

Redazione:

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

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

E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente link: www.pellegrinieditore.com/node/360

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

- versamento su conto corrente postale n. 11747870
- bonifico bancario Iban IT 88R0103088800000000381403 Monte dei Paschi di Siena
- assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
- carta di credito sul sito www.pellegrinieditore.com/node/361

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

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

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

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

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

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

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

INDICE

Parte I

Diritto canonico

CRISTIANA MARIA PETTINATO

La Chiesa e la mafia, tra pena e perdono. Spunti per una riflessione sulla relazione tra carità e giustizia nel diritto canonico 17

RAFFAELE SANTORO

Satira, tutela del sentimento religioso e possibile funzione di deterrenza delle sanzioni canoniche 49

DANIELA TARANTINO

Il sigillum confessionis: dalla tutela dell'intimità alla realizzazione della metanoia 58

Diritto Ecclesiastico

ANDREA BETTETINI

Gruppi sociali, confessioni religiose, intese: sulla giustiziabilità di una pretesa all'avvio delle trattative preordinate alla conclusione di un'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. 88

GIOVANNI CIMBALO

Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche 105

GIUSEPPE D'ANGELO

Libertà (e diritti) fondamentali, valore della Costituzione, conflitto tra poteri (e tra livelli di governo): evidenze problematiche dall'approccio della Corte Suprema statunitense al same sex marriage 122

LUDOVICA DECIMO

La tutela giuridica dei luoghi di culto: riflessioni applicative sull'art. 2645-ter c.c. 153

MARIA LUISA LO GIACCO

La libertà religiosa dei detenuti nelle carceri degli Stati Uniti. Riflessioni a margine del caso Holt v. Hobbs 166

SARA SCALA

Güler e Uğur c. Turchia: la tutela della libertà religiosa nel rispetto della normativa statale turca 191

FABIO VECCHI

La progressiva armonizzazione della legislazione finanziaria vaticana in materia di contrasto all'evasione fiscale internazionale. Il FATCA-IGA (Foreign Account Tax Compliance Act - Intergovernmental Agreement, 10 giugno 2015) tra Santa Sede/Stato Città del Vaticano e Stati Uniti d'America 206

Diritti confessionali

SIMONE BALDETTI

La religione nel sistema costituzionale giapponese 301

FATIMA E. BENKADDOUR	
<i>Il ruolo della donna nel Marocco contemporaneo</i>	311
VANDA PETRELLA	
<i>L'integrazione della donna islamica nell'Europa contemporanea. Il caso di Granada</i>	336

Storia delle Istituzioni religiose e dei rapporti tra diritto e religioni

SILVIA ANGIOI	
<i>Il consolidamento dei principi in materia di libertà di religione e tutela delle minoranze nel diritto internazionale: il contributo di Woodrow Wilson e della Conferenza di Parigi</i>	355
MARCO PARISI	
<i>Il tormentato cammino dei pentecostali verso il godimento della libertà religiosa. Notazioni minime sull'effettività di un diritto fondamentale nel primo dopoguerra</i>	375
LUCIA SCALERA	
<i>Gli sponsali: alcune riflessioni a partire da un libro di Jean Gaudemet</i>	389

Argomenti, dibattiti, cronache

ANTONIO AMALFITANO	
<i>Circoncisioni rituali maschili e femminili nell'ordinamento penale italiano</i>	400
DOMENICO BILOTTI	
<i>L'interesse a problematiche di law & religion nelle ultime opere saggistiche di Umberto Eco (1932-2016)</i>	420
ROSANNA FATTIBENE	
<i>La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari</i>	448
MARIA CHIARA GIORDA	
<i>Tabù, astinenza, digiuno: commensalità in assenza di cibo</i>	481
DANIELA TARDITI	
<i>I Bacchanali del 186 a.C.: la diffusione del culto e la sua repressione</i>	501

In ricordo di Francesco Finocchiaro

(Atti della Giornata di Studio organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania su <i>Libertà religiosa e uguaglianza giuridica tra passato e presente. In ricordo di Francesco Finocchiaro, 13 novembre 2015</i>)	
<i>Presentazione</i>	541
GAETANO LO CASTRO	
<i>Francesco Finocchiaro</i>	541
ALESSANDRO ALBISETTI	
<i>Ricordo di Francesco Finocchiaro</i>	549
ANDREA BETTETINI	
<i>Francesco Finocchiaro e il diritto canonico: primi spunti per una riflessione</i>	555

SALVATORE BORDONALI	
<i>Famiglia e matrimonio: alcune riflessioni prendendo spunto da F. Finocchiaro</i>	559
ORAZIO CONDORELLI	
<i>Poche parole sulla dimensione storica nell'opera scientifica di Francesco Finocchiaro</i>	579
CARMELO D'URSO	
<i>Francesco Finocchiaro maestro di diritto e di vita</i>	587
MARIO RICCA	
<i>Alla moda eppure modernamente inattuale. Francesco Finocchiaro positivista scettico</i>	592
MARIO TEDESCHI	
<i>Francesco Finocchiaro</i>	603

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa	
- <i>Presentazione</i>	607
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sez. I di Bologna, 9 febbraio 2016 n. 166</i>	608
(illegittimità dell'utilizzazione per riti religiosi delle strutture scolastiche all'infuori dall'orario di servizio scolastico)	
- <i>Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, 25 maggio 2016 n. 172</i>	613
(rimozione cappellano militare per non idoneità ecclesiastica)	
Giurisprudenza e legislazione canonica	
- <i>Presentazione</i>	620
- <i>Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio I Beni temporali, circa alcune competenze in materia economico - finanziaria</i>	621
- <i>Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio, Come una Madre amorevole</i>	624
- <i>Statuto del Dicastero per i laici, la famiglia, la vita</i>	626
Giurisprudenza Rotale	
- <i>Tribunale Apostolico della Rota Romana, Sententia, 25 giugno 2009, coram De Angelis Ponente (Timore)</i>	629
Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria	
- <i>Presentazione</i>	639
- <i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza 09 giugno 2016, n. 40183/07, Affaire Chapin et Charpentier c. France</i>	641
- <i>Divieto di discriminazione, Famiglia, Laicità, Libertà religiosa, Matrimonio</i>	

- *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, Sentenza 24 maggio 2016, Association de solidarité avec les témoins de jehovah et autres c. Turquie* 642
Libertà religiosa, Testimoni di Geova, Luoghi di culto, Pianificazione urbanistica, Celebrazioni liturgiche, Appartenenza confessionale, Esercizio del culto, Pluralismo confessionale, Violazione dell'art. 9 CEDU
- *Corte costituzionale, Sentenza 10 marzo 2016, n. 52* 643
Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, Ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Principio di bilateralità, Confessioni religiose, UAAR, Insindacabilità in sede giurisdizionale delle delibera di diniego alla apertura delle trattative per la stipulazione di una intesa ex art. 8, comma 3 Cost.
- *Corte costituzionale, Sentenza 13 aprile 2016, n. 84* 652
Questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso e dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge 19 febbraio 2004, n. 40: inammissibilità
- *Parlamento italiano, Legge 28 giugno 2016, n. 130* 661
Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione

Giurisprudenza e legislazione civile

- *Presentazione* 667
- *Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 22 giugno 2016, n. 12962* 668
(Adozione, figlio biologico del partner e coppie dello stesso sesso)
- *Corte d'Appello di Firenze, Sentenza 15 aprile 2016, n. 601* 669
(Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale e ordine pubblico)
- MARCO CANONICO
Oscillazioni giurisprudenziali in tema di pretesa disponibilità dell'ordine pubblico 673
- *Corte d'Appello di Trieste, Sentenza 8 gennaio 2016, n. 4* 684
(Protezione sussidiaria, cittadino pakistano, persecuzioni religiose)
- *Tribunale di Milano, Sezione Nona Civile, sentenza 2-18 marzo 2016, n. 3521* 685
(Matrimonio, separazione coniugale scuola privata, interesse del minore, orientamento culturale)
- *Tribunale di Milano, Sezione Nona Civile, decreto 22 febbraio 2016* 686
(Matrimonio ebraico, trascrizione tardiva, trascrizione posticipata, ammissibilità)
- *Tribunale di Venezia, Sezione Terza Civile, ordinanza 18 febbraio 2016, n. 5341* 687

(Cittadino pakistano, persecuzioni religiose, libertà religiosa, protezione sussidiaria)

Giurisprudenza e legislazione internazionale

- *Presentazione* 688

LAICITÀ

I) CAA Douai, n. 14DA01418, del 19 maggio 2016, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 690

Laïcité - loi de Séparation - finanziamento alle confessioni religiose

II) CAA Nantes, n. 15NT00581, del 21 aprile 2016, inedita sul Massimario Lebon (Francia) 690

Laïcité - associazioni culturali - legge del 1901

III) CAA Versailles, n. 14VE00071-14VE00132, del 21 aprile 2016, inedite sul Massimario Lebon (Francia) 691

Laïcité - loi de Séparation - finanziamento alle confessioni religiose

IV) CONSEIL D'ÉTAT, 9ème/10ème SSR, n. 386911, del 9 marzo 2016 (Francia) 691

Institut catholique Lille - esenzioni tributarie - finanziamento alle confessioni religiose

ISLAM

V) CA Bastia, Chambre civile, n. 14/00955, del 13 gennaio 2016 (Francia) 692

Circoncisione - affidamento della prole deciso per motivi religiosi

– Controversie fra i genitori sulla religione della prole

VI) VG Berlino, n. VG 1 K 255.13, del 21 gennaio 2016 (Germania) 692

Islamofobia - libertà d'opinione per i partiti politici non assoluta

- principi fondamentali della Costituzione -

VII) Civil and Administrative Tribunal New South Wales, Bevege vs Hizb ut-Tahrir Australia, n. 44, del 4 marzo 2016 (Australia) 693

Discriminazioni riguardo alle donne - libertà religiosa

CHIESA CATTOLICA

VIII) OVG Renania Palatinato, n. 6 A 10941/15, del 1 febbraio 2016 (Germania) 694

Kirchenaustritt - tassa ecclesiastica - autonomia delle confessioni religiose

SIKH

IX) High Court Punjab and Haryana, Singh vs State of Haryana, n. 9013/2015, del 16 maggio 2016 (India) 695

Kirpan - libertà religiosa

X) US State District Court for the District of Columbia, Singh vs Carter, n. 16/399, del 3 marzo 2016 (Stati Uniti d'America) 695

Libertà religiosa – discriminazione

EBRAISMO

- XI) *High Court of Justice, n. 7625/06, del 31 marzo 2016 (Israele)* 696
Conversione - Gran Rabbinate d'Israele - legge del ritorno

LIBERTÀ RELIGIOSA

- XII) *OLG Hamm, n. 2 UF 223/15, del 29 marzo 2016 (Germania)* 697
Appartenenza ad una confessione religiosa - immodificabilità dopo la prima dichiarazione – Potestà genitoriale sui figli in materia religiosa
- XIII) *ÖVG Nordreno Westfalia, n. 19 B 996/15, del 21 marzo 2016 (Germania)* 697
Scuole confessionali – processo di selezione degli allievi
- XIV) *Bundesverfassungsgericht, n. 1 BvR 2202/13, del 17 giugno 2016 (Germania)* 698
Chiesa siro-ortodossa d'Antiochia – Diritto di sepoltura – limiti del diritto di libertà religiosa
- XV) *Cantone Basilea-campagna, circolare dell'Ufficio per l'Istruzione, Cultura e Sport con disposizioni regolamentari sulle strette di mano nelle scuole, del 25 maggio 2016 (Svizzera)* 698
Islam - parità fra uomini e donne
- XVI) *US Court of Appeals, 8th circuit, n. 15-2885, Miller vs City of St. Paul, del 23 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)* 699
Primo Emendamento – propaganda religiosa
- XVII) *US Court of Appeals, 6th circuit, n. 14-3469, Tree of Life Christian Schools vs City of Upper Arlington, del 18 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)* 699
RLUIPA - equal terms
- XVIII) *US Supreme Court, David A. Zubik, et alii, Petitioners vs Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et alii, n. 14-1418, del 16 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)* 700
Obiezione di coscienza – contraccezione - Affordable Care Act ('Obamacare')
- XIX) *Court of Appeals of Michigan, In re Deng, n. 328826, del 22 marzo 2016 (Stati Uniti d'America)* 700
Vaccinazioni - potestà genitoriale - genitori affidatari
- XX) *New York Federal District Court, Fratello vs Roman Catholic Archidiocese of New York, n. 12/cv/7359, del 23 marzo 2016 (Stati Uniti d'America)* 701
Licenziamento per motivi religiosi - impossibilità per lo Stato di giudicare questioni interne ad una confessione religiosa
- XXI) *Eastern Cape High Court, Port Elizabeth, Fortuin vs Church of Christ Mission of the Republic of South Africa and Others, n. 3626-15, del 5 maggio 2016 (Sud Africa)* 701
Licenziamento per motivi religiosi - possibilità per lo Stato di giudicare questioni interne ad una confessione religiosa

XXII) <i>Sarawak High Court, Rooney vs National Religion Department, n. KCH/25/7-12/2014, del 25 marzo 2016 (India)</i>	702
Conversione - non necessaria l'accettazione da parte della religione lasciata	

LIBERTÀ RELIGIOSA DEI DETENUTI

XXIII) <i>US Court of Appels, 2nd Circuit, Williams vs Correctional Officers, n. 15/692, del 6 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)</i>	703
Carceri – Ramadan - libertà religiosa – regole alimentari	
XXIV) <i>US District Court, Eastern District of Arkansas, Bragg vs Smith, n. 2/16CV00022, del 18 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)</i>	703
Carceri - diritto ad astensione dal lavoro per motivi religiosi – libertà religiosa - regole alimentari	
XXV) <i>US District Court for the Eastern District of Texas, Rasheed Ali vs Stephens, n. 14-41165, del 2 maggio 2016 (Stati Uniti d'America)</i>	703
Carceri – Islam - regole alimentari	
XXVI) <i>US Court of Appeals, 5th Circuit, n. 14-40339, Davis-Godman vs Davis, del 14 giugno 2016 (Stati Uniti d'America)</i>	704
Carceri – Nativi americani – RLUIPA – Primo Emendamento - regole alimentari	

Giurisprudenza e legislazione penale

- <i>Presentazione (VINCENZO MAIELLO)</i>	
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 15 settembre 2015, n. 41821 (Delitto di offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone)</i>	708
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 28 ottobre 2015, n. 11591 (Motivi abietti o futili)</i>	708
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 21 gennaio 2016, n. 731 (Motivi abietti o futili)</i>	709
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. II, sentenza 17 marzo 2016, n. 1683 (Associazione con finalità di terrorismo)</i>	709
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 18 maggio 2016, n. 28634 (Diritto di critica e offese alla religione)</i>	710
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 7 giugno 2016, n. 23592 (Aggravante ex art. 3 D.L. n. 122/1993)</i>	710

Giurisprudenza e legislazione tributaria

- <i>Presentazione</i>	711
- <i>Commissione tributaria regionale Emilia Romagna, Sezione XII, 2 ottobre 2015, n.1972 (Tarsu monasteri di clausura)</i>	712
- <i>Commissione tributaria regionale Emilia Romagna, Sezione XI, 9 febbraio 2016, n. 300 (Tariffa igiene ambientale parrocchia)</i>	714

- *Commissione tributaria provinciale di Isernia, Sezione I, 4 maggio 2013, Sezione I, 15 ottobre 2015, n. 2100* (Ici su immobili religiosi) 714

Parte III

Lecture

- *Quattro secoli di storia di una istituzione religiosa: l'Ordine di San Camillo alla luce dell'indagine archivistica* (**Giovanni Battista Varnier**) 717
- M. BELLOMO, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell'Europa moderna*, Prefazione di Pietro Barcellona, Nuova Edizione, Euno Edizioni, Leonforte, 2016 (**Emma Montanos Ferrín**) 720
- MANLIO MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del Diritto Canonico e del Diritto Ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2015 (**Patrick Valdrini**) 725

Recensioni

- G. ANDERLINI, *Il cibo nella Bibbia e nella tradizione ebraica*, Wingsbert House editore, Reggio Emilia (**Filippo Maria Triccoli**) 731
- GIUSEPPE CASUSCELLI, *Scritti giovanili*, a cura di N. MARCHEI, J. PASQUALI CERIOLO, Milano, Giuffrè, 2015 (**Pierluigi Consorti**) 734
- M. CARNÌ *Il diritto metropolitico di spoglio sui Vescovi suffraganei. Contributo alla storia del diritto canonico ed ecclesiastico nell'Italia meridionale*. Prefazione di Giuseppe Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015 (**Fabio Vecchi**) 736
- R. COPPOLA, C. VENTRELLA (a cura di), *L'Editto di Costantino 1700 anni dopo*. Atti del Convegno di Studi. Bari 11-12 aprile 2013, Cacucci Editore, Bari, 2015 (**Giovanni. B. Varnier**) 738
- A. CASTRO JOVER (a cura di), *Asistencia social, participación y reconcimiento de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia*, Libellula edizioni, Tricase (Le), 2015 (**Nicola Fiorita**) 742

Diritto e religioni

PARTE I

La Chiesa e la mafia, tra pena e perdono. Spunti per una riflessione sulla relazione tra carità e giustizia nel diritto canonico

CRISTIANA MARIA PETTINATO

1. *La Chiesa di fronte al fenomeno mafioso*

Recenti vicende di cronaca destano alcuni interrogativi che hanno ad oggetto gli atteggiamenti assunti dalla Chiesa rispetto all'infiltrante presenza mafiosa nel territorio italiano. Tali vicende, infatti, sebbene "minime" nella loro reale dimensione e, a ben vedere, enfatizzate dal clamore giornalistico che le ha circondate, ripropongono, tuttavia, questioni delicate come il problema della distinzione tra *peccatum* e *delictum* e quello del limite tra foro esterno e foro interno nell'esercizio, da parte della Chiesa cattolica, del potere di *solvere et ligare*, e, soprattutto, delle modalità con cui essa lo esercita ai nostri giorni.

Se la questione è per certi aspetti chiara sotto il profilo della condanna senza reticenze dell'istituzione mafiosa da parte della Chiesa, contorni problematici si possono delineare, invece, se si guarda al rapporto tra la Chiesa e i mafiosi che, nonostante la qualifica inevitabilmente stigmatizzante, sono sempre uomini, certamente peccatori e proprio per questo bisognosi di una particolare sollecitudine da parte della Chiesa sempre *Mater et Magistra*¹. Le vicende di mafia assumono pregnante carattere attrattivo nel momento in cui la drammatica diffusione di eventi delittuosi, e la contestuale distorsione delle coscienze, rendono manifesto il superamento del limite tra peccato e delitto².

¹ Ci ricorda Ivo di Chartres che non si può disgiungere il *iudicium* dalla misericordia nell'edificazione del Regno di Dio, così come nella punizione del peccato. Al riguardo si veda ORAZIO CONDORELLI, *Carità e diritto nella scienza giuridica medievale*, in *Diritto canonico e servizio della carità*, a cura di Jesús Miñambres, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 45-46.

² Per una breve riflessione sul tema che non può essere esaurito in queste pagine si veda PAOLO PRODI, *Peccato e delitto*, in *Communio*, n. 225, 2010, p. 45 e ss.

Non v'è differenza fra gli individui e il consorzio domestico e civile, poiché gli uomini, uniti in società, non sono meno sotto la potestà di Cristo di quello che lo siano gli uomini singoli, ammoniva Pio XI³; il valore, quindi, dell'intima unione tra il singolo e la comunità ecclesiale cui appartiene, la coincidenza esistente tra il bene del singolo ed il bene comune nella vita della Chiesa, così come la relazionalità tra il male, compiuto e patito dal singolo e quello che si riflette sull'intera comunità⁴, ci forniscono ragioni per comprendere il fondamento del duro monito papale ai mafiosi.

Il 21 giugno 2014, dalla Piana di Sibari, l'attuale Pontefice, come fece Giovanni Paolo II ad Agrigento, così dichiara: *Coloro che nella loro vita seguono questa strada di male, come sono i mafiosi, non sono in comunione con Dio: sono scomunicati*⁵.

Papa Francesco ha qualificato come scomunicati i mafiosi definiti *adoratori del male*⁶, nel tentativo di intaccare il consenso sociale che da sempre suggella il potere criminoso e, soprattutto, di svelare definitivamente l'ipocrita strumentalizzazione dei riti e delle simbologie religiose che tanto confondono l'opinione pubblica, con l'alimentare la falsa rappresentazione dell'uomo mafioso-devoto⁷. I mezzi di comunicazione divulgano la notizia dell'esistenza di una scomunica che grava sugli individui appartenenti ad organizzazioni mafiose, alimentando nell'opinione pubblica la convinzione comune che si tratti dell'applicazione di una sanzione penale. Questo equivoco va rettificato. In verità si tratta solo di una forte reazione di natura pastorale manifestata dai vertici ecclesiastici alimentata, e giustificata, dalla consapevolezza che ci si trovi di fronte ad un fenomeno di peccato sociale⁸, che coinvolge

³ Pio XI, Enciclica *Quas primas*, dell'11 dicembre 1925.

⁴ PAOLO VI, Costituzione Apostolica *Indulgentiarum Doctrina*, 1 gennaio, 1967, n. 4, in www.vatican.va: "Regna tra gli uomini, per arcano e benigno mistero della divina volontà, una solidarietà soprannaturale, per cui il peccato di uno nuoce anche agli altri, così come la santità di uno apporta beneficio agli altri".

⁵ FRANCESCO, *Omelia del 21 giugno 2014*, Spianata dell'area ex Insud (Sibari), in www.vatican.va.

⁶ *Ibidem*

⁷ Spunti interessanti sul rapporto tra mafia, società civile e fenomeno religioso in *Dio, mafia, potere. Dialogo tra Roberto Scarpinato e Mons. Domenico Mogavero* in *Micromega* n. 7 del 2012, consultabile in www.micromega-online.it. Sul tema del rapporto tra mafia e scomunica di recente pubblicazione lo studio di RAFFAELE PASCALI-MICHELANGELO PASCALI, *Mafia e scomunica (latae sententiae 1)*, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2015, pp. 499-528, che, comunque, si muove su un piano di riflessione assai differente rispetto al presente lavoro.

⁸ Per una definizione socio-teologica di peccato sociale si veda GIOVANNI PAOLO II, Esortazione Pastorale, *Reconciliatio et poenitentia*, n. 16: "Riconoscere che, in virtù di una solidarietà umana tanto misteriosa e impercettibile quanto reale e concreta, il peccato di ciascuno si ripercuote in qualche modo sugli altri. È, questa, l'altra faccia di quella solidarietà che, a livello religioso, si sviluppa nel profondo e magnifico mistero della comunione dei santi, grazie alla quale si è potuto dire che «ogni

dunque una pluralità di individui, e per l'elevato livello di scandalo prodotto⁹ impone una replica ferma e decisa.

La scomunica¹⁰, come sanzione penale, rappresenterebbe solo il vertice di un percorso in cui esigenze punitive e salvifiche si intersecano, poiché il fine di quest'istituto è l'*emendatio communis*, ossia l'intento di colpire il male già commesso ed impedire la commissione di un male futuro (*punitur quia peccatum et ne peccetur*)¹¹. In ossequio al principio di legalità – diritto del fedele ex can. 221 § 3 C.I.C che così recita: *Christifidelibus jus est, ne poenis canonicis nisi ad normam juris plectantur* – operante nel diritto penale della Chiesa, sebbene con qualche apertura alla discrezionalità così come previsto dal can. 1399¹², la scomunica segue una norma penale, scritta ex

anima che si eleva, eleva il mondo». A questa legge dell'ascesa corrisponde, purtroppo, la legge della discesa, sicché si può parlare di una comunione del peccato, per cui un'anima che si abbassa per il peccato abbassa con sé la Chiesa e, in qualche modo, il mondo intero. In altri termini, non c'è alcun peccato, anche il più intimo e segreto, il più strettamente individuale, che riguardi esclusivamente colui che lo commette. Ogni peccato si ripercuote, con maggiore o minore veemenza, con maggiore o minore danno, su tutta la compagine ecclesiale e sull'intera famiglia umana. Secondo questa prima accezione, a ciascun peccato si può attribuire indiscutibilmente il carattere di peccato sociale". Il problema attuale relativo al peccato sembra essere quello della mancata percezione del peccato stesso nella sua dimensione ontico-sociale. Esso diviene "un'esperienza imperfetta" che vede interrompersi il circuito colpa-remissione nella sua originaria proiezione sociale. Vedi sul punto le riflessioni di IVAN FUČEK S. J., *Il peccato oggi: riflessione teologico-morale*, 2 ed., Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1996, p. 34 e ss.

⁹ Generalmente si tratta di situazioni in cui si verifica la coincidenza tra peccato e delitto, quelle situazioni, cioè, nelle quali un soggetto in funzione della propria condotta illegittima si pone in contrasto sia con la legge divina, sia con quella umana. Situazioni nelle quali la coscienza non può più avanzare pretese di essere tutelata, perché il suo stesso prodotto, il peccato, assume una valenza pubblica che lo porta a coincidere con fattispecie delittuose di carattere esteriore che impongono una reazione sociale. Sul concetto di scandalo si vedano: PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, *Dichiarazione*, 24 giugno 2000, in *Communications*, 32, 2000, 160 e PIER YVES CONDÉ, *Le scandale canonique entre concept théologique et signe linguistique*, in *Revue du Droit Canonique*, n. 50, 2000, pp. 249-250.

¹⁰ Per una ricostruzione storica si veda JEAN GAUDEMET, *Note sur le formes ancienne de l'excommunication*, in *Revue de sciences religieuses*, 23, 1949, pp. 64-77; PETER HUIZING, *The earliest development of excommunication latae sententiae by Gratian and the earliest decretists*, in *Studia Gratiana*, III, Bononiae, 1955, pp. 277-320; in generale GIUSEPPE DALLA TORRE, voce *Scomunica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1994; ELIZABETH VODOLA, *Excommunication in the Middle Ages*, Berkeley, University of California Press, Los Angeles, London, 1986; JOSEMARIA SANCHIS, *Sulla natura e gli effetti della scomunica*, in *Ius Ecclesiae*, 2, 1990, pp. 633-661.

¹¹ ALPHONSE BORRAS, *Les Sanctions dans l'Église*, Tardy, Paris, 1990; PIO CIPROTTI, voce *Pene (Diritto canonico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1994; ALESSANDRO BERTOLA, voce *Pena Canonica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1994; BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcanum Press, Venezia, 2008, pp. 191-199 e dello stesso Autore *Pena canónica*, in *Diccionario general de Derecho Canónico*, vol. VI, Obra dirigida y coordinada por GUERÍN JAVIER OTADUY-ANTONIO VIANA-JOAQUIN SEDANO, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 72.

¹² L'esistenza del can. 1399, consente una lettura "non rigorosa" del principio di legalità e in dottrina canonistica esiste, infatti, chi ha ritenuto non necessaria una norma penale espressa per l'esistenza di

can. 7-8 C.I.C, che preveda l'esistenza di un *delictum*. Allo stato attuale è tassativa l'elencazione dei *delicta* per i quali si incorre in scomunica *latae sententiae*, e tra questi non esiste uno specifico *delictum* che consista nell'appartenere ad un'associazione mafiosa, in virtù del quale si motiverebbe la convinzione che il Papa abbia dichiarato scomunicati i mafiosi perché colpiti da una sanzione penale.

* * *

Le vicende legate ai reati di mafia sollevano questioni delicate, e non risolte, che riguardano il limite tra foro interno e foro esterno, i rapporti tra le due *communitates*, quella cristiana e quella civile, tra la figura teologica del peccato e quella giuridica del delitto, tra i due sistemi penali – quello canonico e quello secolare – chiamati a giudicare e condannare tali azioni e ad influenzarsi vicendevolmente.

Nella vita della Chiesa il concetto di comunità nasce e si sviluppa parallelamente alle esigenze di tutela e valorizzazione della persona, dell'individuo¹³. Questo aspetto comunitario è da sempre costituzionalmente rappre-

un delitto, vedi PIO FEDELE, *Il principio «Nullum crimen sine praevia lege poenali» e il diritto penale canonico*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1937, p. 489-525; “Voglio dire soltanto che la legge, se deve ritenersi necessaria, non può ritenersi sufficiente”, così *Id.*, *Lo spirito del diritto canonico*, Cedam, Padova, 1962, p. 815; ed ancora Fedele insiste sulla necessaria restrizione dell'operatività, in senso positivistico, del principio di legalità ritenendo, infatti, che il diritto penale della Chiesa sia: “il territorio meno adatto per l'incondizionata ed assoluta applicazione di questo principio – chiamato anche riserva della legge penale – nonché della regola del divieto d'analogia, che da esso consegue”, *Id.*, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Roma, 1974, pp. 93-94. Di segno simile le considerazioni di FRANCO EDOARDO ADAMI, *Il diritto penale canonico e il principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 4-5 (1989), p. 166; VELASIO DE PAOLIS-DAVIDE CITO, *Le sanzioni nella Chiesa, commento al Codice di Diritto Canonico Libro VI*, Urbaniana University Press, Roma, 2008, p. 99-106. Ad opposte conclusioni giunge Mantuano attraverso un percorso storico-sistematico che rivelerebbe, invece, secondo l'Autore l'assoluta operatività del divieto di analogia anche nell'ordinamento canonico, GINESIO MANTUANO, *La riserva di legge nell'ordinamento penale della Chiesa, I, Ambito e limiti della «extensio»*, Cedam, Padova, 1974. Ancora sul principio di legalità si vedano: SALVATORE BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, I, 1989, p. 95 ss; J. ARIAS, *Commento al can. 1399*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari. Commentato*, diretto da JUAN IGNACIO ARRIETA, ANDREA BETTETINI, JESÚS MIÑAMBRES, Coletti a San Pietro, Roma, 2004, p. 929; per una lettura critica di questo profilo si veda, invece, ANGEL MARZOA, *Los delictos y las penas canónicas*, in AA. VV., *Manual de derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1988, p. 694 e ss; BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto penale canonico*, cit., pp. 113-115; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Considerazioni sul principio di legalità nel diritto penale canonico*, in *Angelicum*, 85, 2008, pp. 267-287; BEATRICE SERRA, *Osservazioni sul principio di legalità come idea e come metodo nell'esperienza giuridica della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 28 del 2012, in particolare pp. 1-2.

¹³ In generale sul tema si veda YVES CONGAR, *Persona e ordinamento nella Chiesa*, in *Atti del II Congresso internazionale di Diritto Canonico di Milano, 10-16 settembre 1973*, Vita e Pensiero, Mi-

sentato nel magistero ecclesiale, nella stessa natura della *societas ecclesiae* che è per l'appunto comunità di tutti i battezzati, Popolo di Dio così come proclamato dal Concilio Vaticano II e Corpo Mistico come creduto in una bimillenaria tradizione, nel quale la malattia di un membro è, allo stesso tempo, malattia dell'intero corpo¹⁴. La Chiesa non fa altro che prendere atto della diffusione a livello comunitario, e non più solo locale, di un atteggiamento che certamente è classificabile come peccato, di fronte al quale essa ha il dovere pastorale¹⁵, ma anche giuridico¹⁶, di prendere posizione decisa e inequivocabile ai fini della *salus animarum*¹⁷.

Nel ricorso al termine scomunica da parte di papa Francesco durante il suo viaggio in terra calabra – e prima di lui, nel medesimo tipo di condanna, implicitamente, pronunciata da Giovanni Paolo II – si intravede l'apice di un percorso che potrebbe culminare in futuro nella positivazione di una consapevolezza, maturata nel corso degli ultimi vent'anni, in base alla quale si punisce, per un delitto specifico, chi, aderendo ad un sodalizio mafioso, rifiuta di aderire al patrimonio della fede cristiana, al disegno evangelico di carità, chi, in pratica, vivendo in una condizione reiterata di peccato grave e manifesto rifiuta di essere un vero cattolico¹⁸. Ma il punto della questione, che emerge dall'esame dei fatti che di seguito narreremo, non è tanto l'essere mafioso in quanto tale, che suscita determinate reazioni nella Chiesa, ma l'essere peccatore per aver commesso delitti gravi e manifesti, primo tra i quali l'omicidio, che già secondo il diritto penale canonico prevedono la pena della scomunica, senza necessariamente essere collegati al mondo mafioso.

lano, 1975, p. 39 e ss.; *Comunità e Soggettività*, a cura di MARIO TEDESCHI, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2006.

¹⁴ PAOLO, *Lettera ai romani*, 12, 4-5; PIO XII, Lettera Enciclica *Mystici Corporis*, 29 giugno 1943; CONCILIO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 8.

¹⁵ CONCILIO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen Gentium*, cap. III, nn. 18-27; ID., Decreto sulla Missione pastorale dei Vescovi nella Chiesa, *Christus Dominus*, n. 3; can. 378 CIC 1983.

¹⁶ Vedi sulla coincidenza delle due anime, pastorale e giuridica, nell'azione della Chiesa CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, p. 124.

¹⁷ Così EDOARDO BAURA, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 19, 2007, p. 14.

¹⁸ Sul tema si vedano: VELASIO DE PAOLIS, *Communio et excommunicatio*, in *Periodica de re canonica, morali et liturgica*, 70, 1981, 293-302 e PETER ERDÖ, *Il cattolico, il battezzato e il fedele in piena comunione con la Chiesa cattolica. Osservazioni circa la nozione di «cattolico» nel CIC (a proposito dei cc. 11 e 96)* in *Periodica de re canonica, morali, liturgica*, 86, 1997, pp. 214-240.

2. La reazione giuridico-pastorale della Chiesa alla religione “mafiosa”¹⁹

Le autorità ecclesiastiche locali reagiscono ad alcuni fatti specifici, in qualche modo collegati con l'appartenenza a sodalizi criminali, mediante gesti coerenti con l'idea che l'appartenenza alla mafia sia inconciliabile con l'effettiva partecipazione alla *communio Ecclesiae*. Ma non può non rilevarsi come tali reazioni delle autorità ecclesiastiche assumano, al momento, rilevanza solo di natura giuridico-pastorale, senza varcare i confini di una vera e propria azione penale della Chiesa che, secondo lo spirito del Concilio Vaticano II, rimane esperienza residuale nell'economia della salvezza e sempre legata alla esclusiva volontarietà di chi riceve la pena²⁰, così come evidenzia il canone 1341 del codice del 1983: *Ordinarius proceduram iudicalem vel administrativam ad poenas irrogandas vel declarandas tunc tantum promovendam curet, cum perspexerit neque fraterna correptione neque aliis posse scandalum reparari, iustitia restitui, reum emendari*. Esaminiamo, ora, brevemente alcuni fatti di cronaca che suscitano qualche riflessione e meritano qualche chiarimento.

A) La processione deviata

Ad Oppido Mamertina, piccolo paese della riviera calabro-jonica, il discutibile episodio del “riverente saluto” del simulacro della Vergine verso l'abitazione di un anziano boss della ‘ndrangheta, durante una processione religiosa nel luglio del 2014²¹, suscita le immediate reazioni di riprovazione

¹⁹ Il titolo provocatorio di questo paragrafo rinvia ad uno studio di taglio sociologico in cui Alessandra Dino si sforza di ricostruire le intricate relazioni tra la mafia e la religione, la quale subisce un'immorale strumentalizzazione ai fini di una assoluzione dei sodalizi criminali dai delitti compiuti, vedi ALESSANDRA DINO, *La mafia devota*, Laterza, Bari, 2008. Sul sincretismo culturale religioso-mafioso della stessa Autrice si veda, *Modelli di religiosità e sentire mafioso*, in *Il Segno*, n. 200, 1998, p. 95. Sul legame tra religiosità e cultura mafiosa interessanti sono le riflessioni dell'ex vescovo di Locri-Gerace (Reggio Calabria) Mons. Giancarlo Maria Bregantini, e ora di Campobasso, in GIANCARLO MARIA BREGANTINI, MARIA CHIARA SANTOMIERO, *Non possiamo tacere. Le parole e la bellezza per vincere la mafia*, Piemme, Casale Monferrato, 2011.

²⁰ Sulla natura del diritto penale nella Chiesa e sui dubbi esistenti sull'effettiva capacità coercitiva della norma penale canonica si veda: V. DE PAOLIS-D. CITO, *Le sanzioni nella Chiesa*, cit., pp. 58-64.

²¹ Cronaca assai recente riporta notizie di fatti simili accaduti in terra sicula, precisamente a Caltagirone in provincia di Catania, durante i riti della settimana santa. Vedi http://catania.livesicilia.it/2016/03/29/vescovo-peri-sospese-tutte-le-processioni_373366/. Altri episodi di tenore simile a quelli analizzati nel testo sono riportati e commentati in NICOLA FIORITA, *Mafie e Chiesa*, in www.statoechiese.it, pp. 1-3. In generale sul rapporto mafia e Chiesa si vedano le riflessioni di ANTONIO VISCOMI, Ordinario di Diritto del Lavoro dell'università degli Studi Magna Grecia di Catanzaro

dell'autorità civili e religiose²². Le autorità ecclesiastiche locali, il Vescovo di Oppido-Palmi, Mons. Francesco Milito, e il Presidente della CEI ribadiscono la condanna di un atteggiamento di riverenza ai capi mafiosi, soprattutto se si verifica in un contesto religioso, riaccendendo così la polemica sul rapporto tra mafia e Chiesa che da decenni anima il dibattito nel nostro paese, soprattutto dopo le anatemiche parole di Giovanni Paolo II pronunciate nella Valle dei Templi ad Agrigento durante la visita del 1995²³. Va evidenziato che la soluzione adottata dall'Ordinario del luogo, ovvero la sospensione momentanea del rito delle processioni sacre, seguita da una serie di accertamenti per verificare la reale portata della presenza delle infiltrazioni mafiose nei comitati organizzativi delle feste patronali, è stata, comunque, di natura liturgico-pastorale e non va, quindi, intesa come sanzione giuridico-penale. Potrebbe semmai essere considerata come una delle *ammonitiones* sollecitate dal can. 1341 che rappresentano il passaggio prodromico all'esercizio di un'azione penale.

B) La cattedrale negata

Altro clamore giornalistico viene alimentato da un episodio che ha luogo a Palermo, dove il Vescovo, Card. Paolo Romeo, ha vietato che la celebrazione del sacramento della Confermazione dei figli di un dichiarato mafioso si svolgesse in cattedrale²⁴. Sulla base dei fatti risulta che non si sia inteso negare il sacramento ai giovani cresimandi, atto che avrebbe avuto un sapore punitivo.

Peraltro tale effetto punitivo risulterebbe illegittimo in quanto diretto a

raccolte da A. G. Chizzoniti nel suo blog <https://agchizzoniti.wordpress.com/2014/09/08/la-chiesa-e-le-mafie/>.

²² Vedi http://www.repubblica.it/cronaca/2014/07/06/news/alfano_processione-90867195/?ref=nrct-2cronaca

²³ “La fede [...] esige non solo un'intima adesione personale, ma anche una coraggiosa testimonianza esteriore, che si esprime in una convinta condanna del male. Essa esige qui, nella vostra terra, una chiara riprovazione della cultura della mafia, che è una cultura di morte, profondamente disumana, antievangelica, nemica della dignità delle persone e della convivenza civile”, GIOVANNI PAOLO II, Omelia nella Valle dei Templi di Agrigento, 9 maggio 1993, n.5. Precedente di più di un decennio è l'intervento del Pontefice che, ricevendo i vescovi siciliani in visita *ad limina* l'11 dicembre del 1981, invita ad un risveglio etico sociale contro la “mentalità o struttura mafiosa”, in AAS, 74, 1982, pp. 240241.

²⁴ Vedi: <http://www.palermotoday.it/cronaca/cattedrale-cresima-negata-figlio-boss-graviano.html> http di CLAUDIA BRUNETTO E ALESSANDRA ZINITI, 22 novembre 2014; <http://www.avvenire.it/Cronaca/Pagine/Cresima-negata-al-figlio-del-boss-Non-c-stato-pentimento.aspx>, di ALESSANDRA TURRISI, 23 novembre 2014.

soggetti “colpevoli” solo di avere un legame naturale col reo. Si è semplicemente voluto evitare che la celebrazione avvenisse in un luogo troppo simbolico. Tale scelta del Vescovo, indubbiamente, ha una valenza stigmatizzante assai forte, senza che, però, rientri nel catalogo delle sanzioni penali o dei rimedi ad esse annessi. Si tratta, anche in questa circostanza, solo di misure pastorali che rientrano nell’ordinario esercizio della funzione di governo dell’Ordinario e per quanto discutibili non intaccano un bene giuridico dei destinatari. La motivazione del divieto è difatti molto importante per comprendere come in questo caso la vera *ratio* sia di mera opportunità, buon senso e buon gusto, oltre che rispetto per il sacrificio del Beato Don Puglisi assassinato proprio dal boss Graviano, padre dei due ragazzi cresimandi. Ritengo che in questo episodio le autorità ecclesiastiche non abbiano voluto lanciare messaggi, o infliggere scomuniche, a parenti di mafiosi probabili conniventi, ma solo tentare di proteggere la memoria beata di un martire della Chiesa e della fede cattolica che avrebbe potuto essere violata da una sgradevole coincidenza. Al fondamento della decisione, comunque, risiede la consapevolezza che non vi sia stato alcun cenno di pentimento da parte del boss, padre dei ragazzi, e della stessa famiglia.

C) La figura del padrino vietata

Notevole scalpore ha, inoltre, sollevato nel luglio del 2014 la proposta del Vescovo di Reggio Calabria Mons. Giuseppe Fiorini Morosini di sospendere, almeno per dieci anni, la figura del padrino di battesimo e cresima prevista dal can. 892, trasformatasi da figura di direzione teologico-pastorale in celebrazione di rapporti e sodalizi criminali tra famiglie locali, nelle quali la figura del padrino molto spesso non possiede i requisiti previsti dal can. 874 comma 3²⁵. Risalta la fermezza di questa decisione che si fonda sul tentativo di recuperare l’armonia del singolo peccatore con la comunione ecclesiale. Si ricordi infatti che il singolo si è posto volontariamente in rottura con i principi della fede cattolica e di conseguenza con la *communio Ecclesiae*, per via delle discutibili scelte di vita. Tale proposta è stata presentata all’attuale pontefice il quale ha dato indicazione che tutti i vescovi della Calabria si in-

²⁵ ATTILIO BOLZONI, “L’idea del vescovo anti-boss: Basta padrini nei battesimi” in http://www.repubblica.it/cronaca/2014/07/01/news/l_idea_del_vescovo_anti-boss_basta_padrini_nei_battesimi-90406345. Sul valore simbolico della figura del padrino di battesimo nel mondo mafioso si vedano anche le considerazioni di GIANCARLO MARIA BREGANTINI, *Annunciare, denunciare, rinunciare. Come declinarli ancora?*, in *È cosa nostra*, Editoriale progetto 2000, Cosenza, 2007, p. 104.

contrino per discutere del problema dell'uso strumentale dei sacramenti da parte della 'ndrangheta e, successivamente, per inviare una relazione scritta alla sua attenzione²⁶. Tale proposta non si è poi tradotta in alcun atto giuridicamente rilevante allo stato attuale, rimanendo anch'essa relegata all'ambito delle iniziative meramente pastorali, il più delle volte neppure formalizzate per iscritto, ma senza dubbio molto più efficaci di una reazione penale per il forte impatto sociale che da esse deriva.

Sono proprio tali iniziative che, in fondo, rappresentano la maggior parte delle reazioni delle autorità ecclesiastiche locali rilevate al momento²⁷, senza che, invece, si chiamino in causa il diritto penale della Chiesa, e le conseguenze della sua applicazione nella vita dei fedeli.

D) Il diritto di associazione sospeso in odor di mafia

La Chiesa locale calabra continua ad essere chiamata in causa ad offrire una reazione forte di fronte a certi avvenimenti che testimoniano i legami tra mafia e religiosità popolare. Così accade, ad esempio, quando il 29 giugno 2013 il già citato Vescovo di Reggio Calabria Mons. Giuseppe Fiorini Morosini stabilisce, con Decreto del 29 giugno 2013 n. 218²⁸, che tutti i fedeli laici, chierici o religiosi, appartenenti ad associazioni pubbliche diocesane o confraternite, siano sottoposti a procedimento penale presso i Tribunali dello Stato, italiano o estero, vengano sospesi da ogni ufficio, mansione o servizio svolto nell'associazione stessa²⁹. La *ratio* motivante questa decisione risalta nell'*incipit* della stessa, e consiste nel rendere una migliore e più coerente testimonianza di vita alla sequela del Vangelo, su cui si fonda l'appartenenza al fenomeno associativo nella Chiesa ai sensi del canone 215 CIC³⁰.

²⁶ FRANCESCO ANTONIO GRANA, *Arcivescovo di Reggio al Papa: "Abolire i padrini per ostacolare la 'ndrangheta'"* in www.ilfattoquotidiano.it del 30 giugno 2014.

²⁷ Sul valore pastorale della reazione della Chiesa al fenomeno mafioso si veda NICOLA FIORITA, *Mafie e Chiesa*, cit., pp. 13 e ss.

²⁸ MONS. GIUSEPPE FIORINI MOROSINI O.M., *Decreto sulla condizione dei fedeli appartenenti ad associazioni ecclesiali, contro i quali venga iniziato un procedimento penale* in http://www.diocesilocri.it/root_files_old/download/decreti/218-Mor_decreto_associazioni.pdf.

²⁹ GIANLUCA CONGIUSTA, *Morosini: "In associazioni della Chiesa non c'è spazio per chi ha procedimenti penali"* in <http://www.gianlucacongiusta.org/2013/07/03/morosini-qin-associazioni-della-chiesa-non-ce-spazio-per-chi-ha-procedimenti-penali>, del 3 luglio 2013.

³⁰ Uno dei maggiori sviluppi dottrinali conseguenti alla acquisizioni del Vaticano II si è registrato nella dottrina del laicato e delle modalità di partecipazione dei laici alla vita della Chiesa. Nel ricordare la dimensione apostolica della vocazione cristiana il Concilio afferma che i laici sono chiamati a "contribuire come membra vive...all'incremento della Chiesa e alla sua santificazione", CONCILIO

Il risultato cui si tende con tale provvedimento è l'eliminazione delle distorsioni in seno alla comunità dei fedeli provocate dalla partecipazione di coloro che non vivono più in sintonia con la dottrina della Chiesa, nel tentativo di ricomporre la frattura creatasi tra il messaggio evangelico e la vita reale³¹. Nel bilanciamento tra l'interesse generale della comunità ad essere tutelata da situazioni di scandalo, e quello del singolo fedele ad esercitare il proprio diritto di associazione, è proprio quest'ultimo a subire restrizioni, che vanno pur sempre valutate come tendenti al bene supremo della *salus animarum*, cui concorre incessantemente tutta l'attività dell'autorità della Chiesa. Non v'è chi non veda quale controsenso rappresenti l'essere dichiarato colpevole di delitti di associazione di stampo mafioso e, contemporaneamente, lo svolgere ruoli attivi in quella che il codice di diritto canonico descrive come "attività di incremento della vocazione cristiana nel mondo" col fine della carità e della pietà (can. 215). Colpisce la fermezza della presa di posizione di Mons. Morosini in quanto stabilisce che la contrazione del diritto di associazione sia legata all'inizio della fase processuale a conclusione delle indagini, come puntualizza il § 2 dell'art. 1: *Nel presente Decreto, si intende iniziato un procedimento penale nel momento in cui viene pronunciato il rinvio a giudizio*. È stabilito che si attenda l'esito di una pronuncia definitiva di condanna da parte del tribunale statale, per procedere alla cancellazione del fedele dall'elenco dei soci³², mentre il mero rinvio a giudizio viene ritenuto sufficiente per negare il diritto di voto attivo e passivo, e per impedire l'esercizio delle funzioni in seno all'associazione.

Questa posizione, mi sembra, esprime l'esigenza percepita dall'autorità ecclesiastica di lanciare un segnale forte di contrasto alla malavita organizzata, ed in più autonomo al punto da discostarsi perfino dai percorsi se-

VATICANO II, Costituzione dogmatica, *Lumen Gentium*, n. 33. Giovanni Paolo II nell'esortazione apostolica *Christifideles laici*, nel primo capitolo, dedicato alla dignità dei fedeli laici nella Chiesa mistero, ricorre all'immagine evangelica della vita e dei tralci per spiegare la profonda relazione che deve intercorrere tra il maestro ed i suoi discepoli, ai quali, prima di comunicare la propria fede è richiesto di viverla sinceramente e coerentemente. Il diritto di associazione è un diritto naturale che inerisce alla stessa dignità della persona umana e sempre Giovanni Paolo II ricorda che: "la libertà associativa dei fedeli laici nella Chiesa è un vero e proprio diritto che non deriva da una specie di 'concessione' dell'autorità, ma che scaturisce dal Battesimo, quale sacramento che chiama i fedeli laici a partecipare attivamente alla comunione e alla missione della Chiesa", *Christifideles laici*, 30 dicembre 1988, n. 29.

³¹ GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica, *Christifideles laici*, n. 34; si chiede ai "fedeli laici di superare in se stessi la frattura tra il Vangelo e la vita, ricomponendo nella loro quotidiana attività in famiglia, sul lavoro e nella società, l'unità d'una vita che nel Vangelo trova ispirazione e forza per realizzarsi in pienezza".

³² Vedi art. 6 Decreto Mons. Giuseppe Fiorini Morosini O. M. del 29 giugno 2013 n. 218 in www.diocesilocri.it, vedi sopra, nota n. 28.

guiti dalla giustizia secolare. Nel tentativo di sensibilizzare la comunità nei confronti del fenomeno malavitoso il Decreto citato impone, altresì, non solo che ciascun membro dell'associazione, *che si venga a trovare nelle condizioni di cui all'art. 1 informi senza ritardo il Moderatore dell'Associazione, il Parroco della Parrocchia dove l'Associazione opera e l'Ordinario diocesano*, ma, impone ancora che, in caso di omissione per negligenza o colpa, siano gli altri fedeli ad informare dell'accaduto almeno l'Ordinario diocesano³³. Con quest'ultimo passaggio credo s'intenda sottolineare la duplice valenza giuridico-sociale della dimensione comunitaria nella vita della Chiesa. L'idea di *communio* è chiamata in causa anche nei momenti patologici del percorso personale di un fedele, o di un gruppo di fedeli, quelli, cioè, legati al peccato e al compimento di *delicta*. In quest'idea di *communio* si sviluppa il complesso intreccio dei profili di responsabilità che sono riflesso della Chiesa-corpo mistico, in cui, cioè, la vita del tutto è legata a quella di ogni singolo membro nel bene e nel male³⁴.

E) Il divieto di celebrazione delle esequie

Meritevole di attenzione è anche la vicenda svoltasi in Sicilia a Mazara del Vallo. La decisione dell'Ordinario della Diocesi di Mazara del Vallo, Mons. Domenico Mogavero, di negare le esequie religiose a un noto esponente mafioso genera l'accusa, nei confronti dell'autorità ecclesiastica, di eccessivo giustizialismo³⁵.

Tale decisione viene accusata di porsi a detrimento della norma suprema della carità, in quanto il defunto, avendo usufruito del sacramento dell'unzione degli infermi, avrebbe espiato i propri peccati rendendosi meritevole di accedere alle esequie religiose³⁶. Il vescovo, nel rispondere all'accusa

³³ Decreto Mons. Giuseppe Fiorini Morosini O. M. del 29 giugno 2013 n. 218, art. 2 paragrafi 1-3 in www.diocesilocri.it.

³⁴ PIO XII, Lettera Enciclica *Mystici Corporis, Christi*, 29 giugno 1943: "Ma il corpo richiede anche moltitudine di membri, i quali siano talmente tra loro connessi da aiutarsi a vicenda. E come nel nostro mortale organismo, quando un membro soffre, gli altri si risentono del suo dolore e vengono in suo aiuto, così nella Chiesa i singoli membri non vivono ciascuno per sé, ma porgono anche aiuto agli altri, offrendosi scambievolmente collaborazione, sia per mutuo conforto sia per un sempre maggiore sviluppo di tutto il Corpo".

³⁵ Per le notizie dalla cronaca si veda <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/07/10/vescovo-nega-funerali-al-marito-mafioso-lei-scrive-e-protesta-propaganda-giustizialista/652>

³⁶ Queste le accuse rivolte a Mons. Domenico Mogavero dalla vedova del mafioso Agate: "Mi chiamo Rosa Pace e sono la vedova di Mariano Agate, ex detenuto del carcere di Viterbo sottoposto al regime del 41 bis, morto per un cancro dopo un'agonia a dir poco terribile il 3 aprile di quest'anno.

rivoltagli, ricorda che la decisione assunta si colloca in linea con la prassi, ormai diffusa e consolidata, di negare le esequie ecclesiastiche ai condannati per delitti di mafia³⁷. Tale divieto esprime, inoltre, la necessità insopprimibile di ottenere una riparazione del danno³⁸ che non si “esaurisca” nell’at-

(Mariano Agate aveva trascorso venti anni al 41 bis per vari reati, fra i quali la strage di Capaci, ndr). Mio marito è stato destinatario, in nome della Chiesa Cattolica, di un singolare trattamento a mezzo del suo rappresentante territoriale e vescovo di Mazara del Vallo Mons. Domenico Mogavero il quale, pur conscio che Mariano Agate era spirato dopo aver chiesto di avere contatto con il Signore a mezzo di un sacerdote e di accettare, volere e ricevere l’estrema unzione, ha ugualmente vietato che la salma venisse portata all’interno di una Chiesa, pur non opponendosi alla celebrazione in epoca successiva al funerale a una messa di suffragio (...). Assurdo e per niente cristiano giustificare il divieto dei funerali per persone condannate per reati di associazione mafiosa che non abbiano manifestato alcun cenno di pentimento. Mi chiedo cosa ci sia di più intimo del pentimento dell’essere umano”, in http://www.cittanuova.it/c/429862/cristiano_non_concedere_i_funerali_ai_mafiosi.html.

³⁷ Si ricordi, ad esempio, il Decreto di privazione delle esequie ecclesiastiche per i condannati per mafia, emanato dal Vescovo di Acireale, Mons. Raspanti, nel 2013, di cui si discuterà in seguito. Di seguito le parole pronunciate da Mons. Mogavero di risposta alle accuse della vedova Agate: “Il problema sollevato dalla moglie di Mariano Agate non chiama in causa il Vescovo di Mazara del Vallo, ma la comunità cristiana in quanto tale. E la prassi, ormai diffusa e consolidata di negare le esequie ecclesiastiche ai condannati per delitti di mafia (gli organi di informazione ne hanno dato vasta eco negli ultimi mesi), è il punto di arrivo di un percorso di maturazione religiosa e pastorale, considerata l’assoluta incompatibilità di tali delitti con i principi evangelici e il magistero della Chiesa. Nel caso in questione, il rifiuto delle esequie al marito della signora, più volte condannato con sentenza definitiva per delitti di mafia, non ha avuto alcuna forma di esposizione mediatica, come comprova il fatto che di esso non è stata data alcuna forma di pubblicità. Esso è stato comunicato direttamente alla famiglia per il tramite di un sacerdote. Tale provvedimento è giustificato dalla natura dei peccati (delitti) di cui il defunto si era reso colpevole; peccati che non sono stati annullati dall’unzione degli infermi a lui conferita. Infatti, il Catechismo della Chiesa Cattolica afferma: «Molti peccati recano offesa al prossimo. Bisogna fare il possibile per riparare (ad esempio restituire cose rubate, ristabilire la reputazione di chi è stato calunniato, risanare le ferite). La semplice giustizia lo esige» (n. 1459), la giustizia di Dio, non solo la giustizia degli uomini. In più, la riparazione del danno non è un semplice atto di pentimento, ma un vero e proprio cammino di conversione che impone il rifiuto dei comportamenti peccaminosi, nella stessa forma pubblica con la quale tali atti sono stati compiuti. Il pentimento intimo non basta. «La penitenza che il confessore impone deve tener conto della situazione personale del penitente e cercare il suo bene spirituale. Essa deve corrispondere, per quanto possibile, alla gravità e alla natura dei peccati commessi. Può consistere nella preghiera, in un’offerta, nelle opere di misericordia, nel servizio del prossimo, in privazioni volontarie, in sacrifici, e soprattutto nella paziente accettazione della croce che dobbiamo portare» (Catechismo della Chiesa Cattolica, n. 1460). E tutto questo non trasforma il peccatore in un collaboratore di giustizia, ma lo rende uomo purificato e riconciliato, che ha espiato adeguatamente i suoi peccati. In ogni caso, non si accosti il Beato Puglisi, che ha dato la propria vita per sconfiggere la mafia e il disprezzo di essa per la vita, a un uomo condannato per omicidi e strage”, parole riportate in: <http://www.tp24.it/2014/04/15/antimafia/la-via-crucis-e-la-famiglia-agate-a-mazara-l-intervento-del-vescovo-mogavero/82808>.

³⁸ Vedi sul punto PAOLO VI, Costituzione Apostolica *Indulgentiarum Doctrina*, cit., n. 3: “È necessario, allora, per la piena remissione e riparazione dei peccati non solo che l’amicizia di Dio venga ristabilita con una sincera conversione della mente e che sia riparata l’offesa arrecata alla sua sapienza e bontà, ma anche che tutti i beni sia personali che sociali o dello stesso ordine universale, diminuiti o distrutti dal peccato, siano pienamente reintegrati o con la volontaria riparazione che non sarà senza pena o con l’accettazione delle pene stabilite dalla giusta e santissima sapienza di Dio, attraverso le quali risplendano in tutto il mondo la santità e lo splendore della sua gloria”.

to di pentimento, ma che si sostanzia anche in un successivo cammino di *conversione che impone il rifiuto dei comportamenti peccaminosi, nella stessa forma pubblica con la quale tali atti sono stati compiuti*, considerata l'assoluta incompatibilità di tali delitti con i principi evangelici e il magistero della Chiesa³⁹.

Rileva far notare che, comunque, questo atto di diniego, ha assunto forma orale e non scritta, ed è stato comunicato per mezzo di un sacerdote in veste di rappresentante del Vescovo.

Non risulta, peraltro, sia mai stato impugnato con gli strumenti difensivi che l'ordinamento canonico predispone per i soggetti che si ritengano lesi dai provvedimenti dell'autorità ecclesiastica (cann. 48, 49, 59 e nel caso di pene can. 1353) nei quali si esprime la volontà dell'autorità sul particolare caso al quale si riferiscono e che, pertanto, sono in grado di incidere efficacemente su diritti o situazioni giuridiche degli amministrati. Non risulta, infatti, sia mai stato proposto ricorso in via amministrativa per difendere le ragioni di un fedele che ritenesse di avere subito un pregiudizio.

Le esequie ecclesiastiche, che rientrano nel novero dei cosiddetti sacramentali⁴⁰, costituiscono un diritto del fedele ai sensi del can. 1176, che recita infatti *si devono dare a norma di diritto*, ove ricorrano le circostanze previste dai canoni 1183-1184. Costituiscono, quindi, un bene spirituale la cui privazione può divenire oggetto di concessione o rifiuto. Ci può interrogare se questo rifiuto possa rappresentare una sanzione; e se eventualmente, sia

³⁹ Dichiarazione rilasciata da Mons. Mogavero, Vescovo di Mazara del Vallo alla testata giornalistica www.Livesicilia.it il 9 luglio del 2013. Mons Mogavero ha pubblicato un volume, scritto in collaborazione con il vaticanista Giacomo Galeazzi, sulla condizione della Chiesa siciliana rispetto ai problemi principali della società, tra i quali l'immigrazione, l'integrazione religiosa e la presenza infiltrante della criminalità organizzata, DOMENICO MOGAVERO-GIACOMO GALEAZZI, *La Chiesa che non tace*, BUR, Milano, 2011. Volendo brevemente approfondire la riflessione sulle convinte posizioni del Vescovo mazarese, preme ricordare quale sia la dottrina della Chiesa sul sacramento dell'Unzione degli infermi che proprio per la sua natura riveste l'altissimo significato di veicolo di grazia speciale per il fedele che vi accede in *exitu vitae*. Gli effetti di tale sacramento sono molteplici, a cominciare dall'aiuto spirituale che viene elargito per affrontare situazioni di dolore fisico, proseguendo con la cancellazione delle conseguenze dei peccati, "*reliquias peccati*", ovvero quella debolezza e inattitudine lasciata dal peccato di cui ci parla l'Aquinate. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae, Supplementum*, q. 30, a.1. Sul sacramento in questione si veda CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, Parte Seconda, *La celebrazione del Mistero cristiano*, sez. II, *I sette sacramenti*, cap. II, *I sacramenti di guarigione*, art. 5, *L'unzione degli infermi*, nn. 1526-1532.

⁴⁰ CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, Parte seconda, *La celebrazione dei sacramenti*, sez. II, *I sette sacramenti della Chiesa*, cap. IV, art. I, *I sacramentali*, n. 1667: "Questi sono segni sacri per mezzo dei quali, con una certa imitazione dei sacramenti, sono significati e, per impetrazione della Chiesa, vengono ottenuti effetti soprattutto spirituali. Per mezzo di essi gli uomini vengono disposti a ricevere l'effetto principale dei sacramenti e vengono santificate le varie circostanze della vita". Sulla disciplina giuridica delle esequie si veda la ricostruzione storica di GIANLUCA MARCHETTI, *Le esequie ecclesiastiche*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 15, 2002, pp. 228-252.

ragionevole pensare di irrogare una sanzione ad un defunto. In questa fattispecie, oltretutto, bisogna domandarsi se sia determinante la condizione giuridica del defunto, condannato dallo Stato per mafia, o se ad una decisione simile l'Ordinario del luogo sarebbe giunto in ogni caso, semplicemente perché il fedele ha commesso delitti gravi quali l'omicidio o la rapina. Al defunto si negano le esequie perché egli ha deliberatamente incrinato quel vincolo di comunione con l'intera Chiesa, che con la stessa celebrazione del rito funebre si andrebbe a suggellare⁴¹. A motivo della costante e pubblica ripetizione di atti peccaminosi gravi, il defunto perde il diritto a ricevere questo strumento di santificazione, così come in vita gli si nega ex can. 915 l'Eucarestia che è *segno e mezzo di comunione* (can. 899)⁴². Dunque perché l'autorità ecclesiastica neghi le esequie religiose non è, in verità, necessario che un fedele incorra in scomunica *latae sententiae*, come già era stabilito nel codice pio-benedettino, in quanto la causa che giustifica il divieto di sepoltura è il peccato pubblico e manifesto⁴³.

Ciò che rileva in questa fattispecie è che il fedele sia un peccatore manifesto, e che la celebrazione di un rito funebre religioso in tale stato possa costituire scandalo per la comunità ex can. 1184, § 3. Il fatto che poi, nel concreto, il delinquente sia mafioso è solo un *accidens* che non muta la sostanza. Non viene privato delle esequie perché esiste nel diritto della Chiesa un *delictum* di mafia, ma perché i mafiosi commettono dei *peccata* di gravità

⁴¹ CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA, art. 2, *Le esequie*, n. 1684: "Le esequie cristiane sono una celebrazione liturgica della Chiesa. Il ministero della Chiesa in questo caso mira ad esprimere la comunione efficace con il defunto come pure a rendere partecipe la sua comunità riunita per le esequie e ad annunciarle la vita eterna". Il fondamentale presupposto dell'esistenza del vincolo di comunione tra il defunto e la sua comunità si evince anche dal n. 1687: "Un saluto di fede apre la celebrazione. I parenti del defunto sono accolti con una parola di «conforto» (nel senso del Nuovo Testamento: la forza dello Spirito Santo nella speranza 343). La comunità che si raduna in preghiera attende anche «parole di vita eterna». La morte di un membro della comunità (o il giorno anniversario, il settimo o il trigesimo giorno) è un evento che deve far superare le prospettive di «questo mondo» e attirare i fedeli nelle autentiche prospettive della fede nel Cristo risorto".

⁴² PAOLO, I Corinzi, 10,17; CONCILIO VATICANO II, Decreto sull'Ecumenismo, *Unitatis redintegratio*, n. 2; GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Ecclesia de Eucharistia*, 17 aprile 2003, n. 22.

⁴³ Nel codice del 1917 al can. 1240 § 6 si prescriveva: "*Ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiae signa: alii peccatores publici et manifesti*" e al can. 2260 si aggiungeva, come conseguenza automatica dell'esistenza di una scomunica, la *prohibitio* di *Sacramenta et Sacramentalia*: "*Nec potest excommunicatus Sacramenta recipere; imo post sententiam declaratoriam aut condemnatoriam sacramentalia*". Il canone 2260 poi rinvia al can. 1240 in tema di privazione di sepoltura, "*quod attinet ad ecclesiasticam sepulturam, servetur praescriptum can. 1240 § I, n. 2*", secondo il quale "*ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poenitentiae signa (...)*", con le dovute differenze tra *excommunicati vitandi*, per i quali il divieto era assoluto e *tolerati*, ovvero *defuncti cum signis poenitentiae, etsi minimum*. Vedi sul tema GOMMAR MICHIELS, *De delictis et poenis, Commentarius Libri V Cdice Juris Canonici*, V. III, Typis Societatis S. Joannis Evangelistae Desclée et Socii, Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboraci, 1961, in particolare p. 221-224-227 e 229.

tale da generare scandalo nella comunità e per i quali sono stabilite delle conseguenze giuridiche precise.

In conclusione la privazione delle esequie consiste più che in una pena, per chi ha commesso peccato grave e non se ne sia pentito, in un'azione liturgico-pastorale a tutela della comunione, che serva da monito all'intera comunità; una *limitazione dei diritti derivanti dallo status di fedeli cristiani*⁴⁴ che abbia una valenza pedagogica; un'azione, quindi, mediante la quale la Chiesa esprime la propria riprovazione rispetto a certe situazioni e l'invito ad una ricomposizione dell'*unitas* vulnerata.

* * *

Un modello esemplare di tale tipo di reazione dell'Autorità ecclesiastica è rappresentato dal decreto di privazione delle esequie emesso dal Vescovo di Acireale Mons. Antonino Raspanti il 20 giugno del 2013, e diretto a tutti i fedeli della Diocesi di Acireale. L'esame di questo documento consente, inoltre, di evidenziare le peculiarità della disciplina ecclesiastica sicula in materia di mafia nel suo percorso evolutivo.

Nelle premesse del Decreto di Mons. Raspanti si trovano i presupposti giuridici di tale atto, che hanno spinto all'emissione del provvedimento. A sostegno della decisione vengono richiamati alcuni documenti emanati, negli anni precedenti, dall'episcopato nazionale e da quello siculo nell'esercizio della potestà legislativa nei quali si chiarisce in modo inequivoco quale sia la posizione della Chiesa rispetto all'attività criminale che coincide con la commissione di un *peccatum manifestum* e rispetto agli uomini che rinnegano il Vangelo commettendo quei *delicta* che sono principalmente *peccata manifesta*⁴⁵.

In primo luogo viene citato il n. 14 del Documento *Sviluppo e solidarietà*.

⁴⁴ L'espressione puntuale è di ADOLFO LONGHITANO, *La disciplina ecclesiastica contro la mafia*, in *Synaxis*, 1996, 1, pp. 93-122, in particolare p. 115.

⁴⁵ L'interesse della Chiesa alla punizione del peccato manifesto, in cui s'intrecciano i due profili della necessità di protezione della comunità dallo scandalo e, contemporaneamente, quello della salvezza del reo, sono chiari anche in una norma del Concilio Plenario Siculo del 1920, precisamente nel can. 942. In tale disposizione normativa si prevede che il sacramento della estrema unzione: "*non est conferendum illis qui impenitentes in manifesto peccato mortali contumaciter perseverant; quod si hoc dubium fuerit, conferatur sub conditione*". Quindi non solo chi commette un peccato grave e manifesto può incorrere nella privazione dell'esequie religiose, che sono dei sacramentali, ma perfino nella più pesante privazione di un sacramento, come quello della estrema unzione, qualora non vi sia traccia del pentimento. Vedi *Concilium Plenarium Siculum, Panormi anno 1920*, in *I Concili Plenari, Sicilia* (1920), *Abruzzo* (1924), *Piemonte* (1927) a cura di ALESSANDRO TIRA, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2015, p. 45.

Chiesa italiana e Mezzogiorno (18 ottobre 1989) della Conferenza episcopale italiana con il quale si nega fermamente l'equivalenza tra mafia e mezzogiorno e si chiarisce quale sia la posizione ufficiale della Chiesa cattolica, ossia una posizione di condanna aperta, dura ed inequivocabile nei confronti di un agire che si pone contro ogni senso etico e religioso.

Successivamente nel Decreto Raspanti si richiamano i principali documenti della Chiesa sicula. Particolarmente significativo il Decreto n. 171 del II Concilio Plenario Siculo del 22 giugno 1952⁴⁶, là dove stabilisce: *Qui rapi-nam (seu furtum cum actibus violentiae) vel homicidium directe voluntarium (imputabile sive mandantibus, sive exsequentibus, sive positive cooperantibus) patnaverint, incurrunt in excommunicationem Ordinario loci reservatam*. Il Decreto conferma una disposizione dell'episcopato siculo del 1° dicembre 1944 nel quale testualmente i Vescovi siciliani dichiaravano: (...) *in modo particolare insistiamo nell'additarvi alcuni gravi peccati fattisi ormai comuni e generali (...) le rapine e i delitti di sangue. Oh nostra vergogna! Non si è più sicuri né in città né in campagna ed ogni giorno ci riserba nuove amare sorprese. Dinanzi al dilagare di tali esecrandi delitti (...) per parte nostra dichiariamo colpiti da scomunica a Noi riservata tutti coloro che si fanno rei di rapina e di omicidio ingiusto e volontario*⁴⁷. A questi primi due riferimenti seguono, nel Decreto Raspanti, gli Orientamenti pastorali per le Chiese di Sicilia, *Nuova evangelizzazione e pastorale*, stabiliti dalla Conferenza Episcopale Siciliana del 3 aprile 1994, in particolare si riporta la lettera d del citato documento. Dopo queste indicazioni si cita: il Documento del 15 maggio 1996, *Finché non sorga come stella la sua giustizia*, e quello del 9 ottobre 2012, *Amate la giustizia o voi che governate la terra*, in particolare quanto affermato alle pagine 12 e 13. Il filo conduttore di tutte queste disposizioni è l'unanime condanna dell'appartenenza ad un sodalizio mafioso inteso come assolutamente incompatibile con l'adesione al messaggio evangelico, ma tale fine non è sempre palesemente espresso, e vale la pena evidenziare alcuni significativi passaggi nell'evoluzione della disciplina ecclesiastica in materia di mafia.

Nel Decreto del 1952 si parlava di incorrere *in excommunicationem Or-*

⁴⁶ Vedi CONCILIUM PLENARIUM SICULUM II, *Acta et Decreta, A Sacra Congregatione Concilii Recognita*, Romae, 1954, decr. 171.

⁴⁷ Il documento si trova in *Bollettino Ecclesiastico dell'Arcidiocesi di Catania*, n. 48, 1944, pp. 33-37, citato in ADOLFO LONGHITANO, cit., p. 109-110. Sulle reazioni della Chiesa siciliana di fronte al fenomeno mafioso si vedano anche: FEDERICO LOMBARDI, *Di fronte alla sfida della mafia e della camorra*, in *La Civiltà cattolica*, IV, 1982, p. 73 e ss e SILVESTRO PETTINATO, *Chiesa e politica in Sicilia nel cinquantesimo dello Statuto*, in *Scritti in onore di Gaetano Catalano*, Rubettino, Soveria Mannelli, 1998, pp. 1133-1145, in particolare p. 1137, nota n. 5 e la specifica bibliografia sul tema *ivi* citata.

*dinario loci reservatam*⁴⁸, ma il citato documento era chiaro ed inequivoco nel riferirsi a singoli delitti, quali l'omicidio e il furto con rapina, poichè non esisteva, al momento dell'emanazione del citato decreto, una norma penale specifica sul *delictum* di appartenenza mafiosa. Nella singolare disposizione del Concilio Plenario Siculo del 1952 si estendeva, poi, la pena della scomunica non solo all'autore materiale del delitto di omicidio, ma anche a coloro che fossero imputabili *sive exsequentibus, sive positive cooperantibus*, comprendendo, quindi, anche l'ipotesi del concorso di reato, ma senza riferimento esplicito alle forme di associazione di stampo mafioso. Leggere oggi in quelle disposizioni una relazione al reato di associazione mafiosa, peraltro all'epoca inesistente nell'ordinamento statale, avrebbe il sapore di una forzatura del testo e dello spirito della norma.

I toni dell'episcopato siculo, però, sembrarono mutare decenni dopo, in concomitanza con la creazione, con legge dello stato n. 646/1982, della fattispecie del reato di associazione a delinquere di tipo mafioso, che introduce nel codice penale l'art. 416-bis, e in virtù dell'elaborazione giurisprudenziale quella più sofisticata figura – a tutt'oggi priva di disposizione normativa – del concorso esterno⁴⁹. In un comunicato della Conferenza Episcopale Sicu-

⁴⁸ La scomunica disciplinata dal canone 1331 è la sanzione più grave che la Chiesa possa applicare perché consiste nell'esclusione dalla comunione, e le circostanze eccezionali che conducono alla sua applicazione ce la rappresentano come una sorta di ibrido morale-giuridico. Tecnicamente la scomunica è un atto che incide – spezzandola – sulla relazione giuridica tra il fedele e la comunità ecclesiastica, lasciando impregiudicata la comunione mistica fondata sulla grazia santificante. Ma appare consequenziale che se un fedele incorre nella scomunica in seguito ad un delitto grave si presuppone anche l'esistenza di un peccato mortale che produce la perdita dello stato di grazia, rompendo così anche la comunione mistica. Il codice del 1917 era, invece, più esplicito nel definire la scomunica ed i suoi effetti come "*censura qua quis excluditur a communione fidelium*" (canone 2257 CIC 1917). Ecco che nella scomunica vengono a confondersi i due piani del foro esterno ed interno, e nei casi di specie che stiamo esaminando si manifesta una coincidenza tra delitto in senso canonico ed in senso penalistico secolare. Ad ogni modo nell'esercitare il proprio nativo diritto di emettere sanzioni l'Autorità ecclesiastica, nella persona del Vescovo, è tenuta al rispetto del canone 1318 che impone una rigida cautela nella dichiarazione di pene *latae sententiae, maxima cum moderatione et in sola delicta graviora*, senza cioè che si passi dal giudizio di un tribunale, come si diceva nel diritto precodificiale distinguendo tra *sententia canonis* e *sententia hominis* (VI 1.17.1). Questo tipo di pena è specifica dell'ordinamento canonico in cui il procedimento penale non appare, quindi, come indispensabile per ottenere la punizione di un reo e si mostra come una sorta di ibrido derivante dalla fusione tra penitenza privata e disciplina pubblica. La pena *latae sententiae* sopravvive nel Codice del 1983, nonostante le pressioni ad essa contrarie, con una forte connotazione residuale rispetto alle pene *ferendae sententiae ex can.* 1314, che hanno, al contrario, una portata generale, vedi: CLAUDIO PAPALE, *Latae sententiae (poenas)*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, cit., p. 975; VELASIO DE PAOLIS, *Pena latae e ferendae sententiae*, in *Nuovo Dizionario di diritto canonico*, a cura di CARLOS CORRAL SALVADOR - VELASIO DE PAOLIS - GIANFRANCO GHIRLANDA, Ed. San Paolo, Milano, 1997, pp. 769-771.

⁴⁹ Sull'operatività del reato di concorso esterno si rinvia alla fondamentale posizione delle Sezioni Unite espressa nella cosiddetta sentenza Contrada Cass. Pen. S.U. n. 22327/2003. Per una panoramica

la (CESI) successivo alla seduta autunnale del 1982 l'episcopato siculo esprimeva, infatti, piena solidarietà alle posizioni di condanna verso il fenomeno mafioso assunte dal Card. Pappalardo, allora arcivescovo di Palermo, e ribadiva l'esistenza nel diritto particolare siciliano delle pene di scomunica stabilite nel 1944, e nel decreto 171 del 1952, per i reati di rapina ed omicidio, riferendosi, però, all'esistenza di una chiara matrice mafiosa di tali *delicta*⁵⁰.

Va altresì ricordato che la normativa conciliare regionale intervenne a modificare quanto previsto dal codice del 1917, allora vigente, nel quale si faceva riferimento all'*homicidium* nel libro V *de delictis et de poenis*. Nel canone 2354 si stabiliva che il laico *legitime damnatus*, ossia condannato per omicidio secondo la legge dello Stato, *ipso iure exclusus habeatur ab actibus legitimis ecclesiasticis et a quolibet munere, si quod in Ecclesia habeat, firmo onere reparandi damna*. Con l'ulteriore precisazione che il delitto avrebbe dovuto presentarsi come esterno, grave, compiuto e non solo attentato ex can. 2242. Non era esplicitamente prevista, quindi, dal diritto generale la comminazione della scomunica *Ordinario Loci reservata* che venne, invece, introdotta *apertis verbis* dalla norma del citato Concilio Plenario Siculo nel 1952 e successivamente riconfermata nel tempo. Dello stesso avviso era la più autorevole dottrina del tempo. Nel *Jus canonicum* di Wernz, esposto *ad codicis normam* per opera di Vidal, leggiamo: *Poenam in iudicio laicali in homicidam latam in Ecclesia in suo foro agnoscit, et aliam poenam sui fori adiungit in expiationem etiam coram coetu fidelium debitam. Quae poena*

del dibattito dottrinale sul tema si vedano: GIOVANNI FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di VINCENZO MILITELLO, LETIZIA PAOLI, JORG ARNOLD, Milano 2000, p. 249, *Id.*, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 693 e ss.; MICHELE PAPA, *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 703 e ss.; VINCENZO MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale: raccolta di scritti con Prefazione di Giovanni Fiandaca*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, in particolare pp. 41-86 sulla rilevanza penale della contiguità mafiosa e pp. 129-152 sulle prospettive *de jure condendo* in tema di concorso esterno. Sul tema si veda anche la recentissima ordinanza del GIP di Catania 12/2/2016 che, sulla base della sentenza CEDU Contrada c./ Italia del 14 aprile 2015, mette in dubbio l'esistenza nell'ordinamento giuridico italiano del concorso esterno in associazione mafiosa rinviando al legislatore la funzione di colmare il vuoto legislativo, vedi <http://www.giurisprudenzapenale.com/2016/03/03/il-concorso-esterno-in-associazione-mafiosa-dopo-la-sentenza-contrada-gip-catania-1>. Ancora più recenti: SILVIO CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 maggio 2015 e GIUSEPPE MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it del 6 maggio 2016.

⁵⁰ Vedi *Documenti di vita ecclesiale. Inserto redazionale dei bollettini diocesani delle Chiese di Sicilia*, 1982, pp. 297-298.

*canonica est latae sententiae, sed non immediate sequitur delictum sed legitimam damnationem, quae cum soleat esse notoria, non videtur exigere sententiam declaratoriam*⁵¹. Ma non può non notarsi come con le dichiarazioni dei vescovi siciliani ci si muovesse in un terreno delicato che era quello della coscienza, e non più nell'ambito esterno disciplinato dalla normativa penale canonica generale⁵².

Sempre in calce al documento del 1982 i Vescovi siciliani si preoccuparono, infatti, di includere alcune precisazioni che potessero armonizzare le nuove statuizioni con i principi di diritto generale penale del codice piobenedettino. La CESI stabilì che non fosse necessaria una condanna definitiva perchè esistesse la scomunica, ma che fosse sufficiente aver commesso un delitto, di furto o rapina, nella qualità di autore o collaboratore, e che, ad ogni modo la scomunica sarebbe emersa solo in seguito ad una confessione piena per richiedere l'assoluzione dal peccato⁵³.

Ipotesi, questa, che può ben considerarsi da scuola, se si pensa ad un mafioso che in preda a scrupoli di coscienza implori in confessione il perdono dei propri peccati legati all'appartenenza al mondo della criminalità organizzata, per sua stessa natura avvolto nel mistero dell'omertà, e quindi del silenzio e della negazione.

La CESI si pose un ulteriore problema, quello dell'ignoranza della legge penale che avrebbe potuto sospendere l'efficacia della pena di scomunica, precisando che quest'effetto era, però, da escludersi. Inevitabile che si creassero delle contraddizioni con la successiva emanazione del Codice del 1983 che ha ampliato il *favor rei* nei casi di *ignorantia legis* – vedi ad esempio i canoni 1323 e 1324⁵⁴ – ed, oltretutto, tendenzialmente, ha limitato il ricorso allo strumento penale.

Infine i vescovi concludevano tali annotazioni col comminare apoditticamente la pena della scomunica prevista nel 1944 e nel 1952 *a tutte le manifestazioni di violenza criminale e quindi anche a quelle di stampo mafioso*⁵⁵.

Lecito domandarsi, a questo punto, nell'ottica dei principi della successione delle leggi nel tempo e della gerarchia delle fonti, quale sorte potesse avere tale disposizione conciliare particolare con l'entrata in vigore del nuo-

⁵¹ FRANZ XAVER WERNZ, *Ius Canonicum*, auctore p. Francisco Xav. Wernz, S.J., ad codicis norman exactum opera p. PETRI VIDAL, S.J., t. VII, Apud Aedes Universitatis Gregorianae, Romae, 1937, p. 513.

⁵² Vedi ADOLFO LONGHITANO, cit., p. 112.

⁵³ Vedi *Documenti di vita ecclesiale*, cit., pp. 298-299.

⁵⁴ Vedi le considerazioni di ADOLFO LONGHITANO, cit., p. 120

⁵⁵ *Ivi*, p. 300.

vo codice nel 1983. Credo possa affermarsi che tale regola, non ponendosi in contrasto con la normativa generale, sia sopravvissuta ai sensi del can. 20: *lex universalis minime derogat iuri particolari aut speciali, nisi aliud in iure expresse caveatur*. Pertanto chiunque in territorio siculo commetta omicidio e rapina deve ritenersi scomunicato, ed in più può essere destinatario di pene espiatorie secondo quanto previsto dalla norma generale del can. 1397 *qui homicidium patrat (...) privationibus et prohibitionibus, de quibus in can. 1336, pro delicti gravitate puniatur*.

Torniamo brevemente alla questione della punibilità del mafioso, che solleva dei dubbi importanti sul limite tra foro interno e desterno. È indubitabile che nella maggior parte dei casi il “mafioso” si macchi dei delitti di omicidio o di rapina, ma non è detto che sia sempre così, e, soprattutto, non è detto che chi si affilia alla mafia debba favorirla con la commissione di un omicidio o di una rapina o di altro reato in genere. Ma: pur non macchiandosi di tali colpe, per l’ordinamento statale un soggetto può essere accusato del reato di appartenenza ad una associazione mafiosa, ex art. 416 bis cp. o perfino di concorso esterno sempre ex art. 416 cp. Su questo profilo di punibilità i due ordinamenti, quello statale e quello ecclesiale, sembrano differenziarsi, rimanendo il secondo legato alla commissione di specifici *delicta* non avendo positivizzato un peculiare *delictum* di mafia.

Ma ritorniamo al decreto Raspanti che ha dato origine alle precedenti riflessioni. Al momento si tratta dell’unico provvedimento scritto a me noto con il quale la Chiesa in Italia assume una posizione esplicita di contrasto rispetto ai mafiosi, negando a questi ultimi la celebrazione delle esequie funebri, e volendo così tendere, per esplicita definizione, all’*emendatio rei* ed alla restaurazione dell’ordine sociale turbato, che sono, per la verità, le due principali finalità della pena canonica. Tale Decreto, per la verità, si autoqualifica come *sanzione giuridica ecclesiastica*⁵⁶, il che pone alcuni inevitabili interrogativi sulla possibilità di considerare la privazione delle esequie come pena espiatoria, ex can. 1336 § 2, stabilita sulla base di un provvedimento legislativo di carattere generale ex can. 29 ed inflitta nel pieno esercizio del principio di discrezionalità (disciplinato dai canoni del titolo V del libro VI del codice di diritto canonico)⁵⁷. L’intenzione del Vescovo di Acireale, nell’e-

⁵⁶ Sulla indeterminatezza della natura giuridica della privazione delle esequie si vedano le riflessioni di MASSIMO JASONNI, *La nuova disciplina del diniego di sepoltura ecclesiastica*, in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, I/2, Giuffrè, Milano 1988, in particolare pp. 878-879.

⁵⁷ Il provvedimento esaminato nel testo non credo si possa considerare un decreto con cui si applica una pena, proprio per la sua caratteristica di generalità che tradisce la più verosimile natura di atto legislativo. Ad ogni modo è possibile che decreti di privazione delle esequie possano assumere l’effettiva natura di pena espiatoria, se sono, però, dotati di altre caratteristiche tecniche:

esercizio del *munus sanctificandi*, è di applicare il canone 1184, e stabilire una norma che valga per i fedeli sottoposti alla propria giurisdizione, la regola cioè secondo la quale viene privato delle esequie funebri religiose chiunque sia condannato per reati di mafia in via definitiva, sul presupposto che non abbia dato segni di effettivo pentimento prima della morte. In questa circostanza il Decreto non pare configurare quindi, l'applicazione di una pena nelle modalità previste dal can. 1341.

Sebbene la previsione contenuta nel Decreto Raspanti non venga definita *apertis verbis* come pena espiatoria, le si attribuisce, però, il duplice fine di restaurare l'ordine violato dalla commissione di un *delictum* e di cementare il vincolo di unione tra tutti i fedeli nella Chiesa. Volendo leggere gli episodi precedentemente narrati alla luce della necessità di creare, e rinsaldare, i vincoli di comunione tra i fedeli, non mi pare una forzatura intendere che la nuova sensibilità ecclesiale guardi ai reati di mafia non solo come a peccati di particolare gravità, ma anche come a circostanze che comportino, di fatto, la fuoriuscita dalla *communio Ecclesiae*, ma di quest'aspetto dirò qualcosa in seguito.

3. Cenni storici sull'imposizione del divieto di sepoltura ecclesiastica

V'è da dire, però, che il fenomeno della privazione delle esequie non è un fatto recente, collegato alla realtà moderna della criminalità organizzata, ma piuttosto uno degli strumenti da sempre utilizzati dalla Chiesa per colpire situazioni di peccato grave e manifesto che producevano scandalo nella società, e sollecitavano una reazione della Chiesa, pastorale prima che penale, dedicata alla correzione caritatevole prima che alla punizione.

La storia ci mostra come per lungo tempo, prima dell'apparizione dello Stato moderno sulla scena europea e dell'affermazione del monismo normativo-istituzionale ad esso conseguente, in virtù dell'applicazione del principio paolino della delegazione divina del potere – *non est enim potestas nisi a Deo* – l'amministrazione della giustizia sia stata anche affidata alla Chiesa e ai suoi tribunali⁵⁸. Delitto e peccato sono percepiti come il frutto di una

una motivazione della restrizione, l'indicazione della finalità specifica e del tipo di procedimento adottato, secondo le indicazioni fornite dalla stessa Segnatura Apostolica per distinguere le sanzioni amministrative dalle pene vere e proprie, Vedi SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, coram Grocholewsky, 28 aprile 2007, prot. 37937/05 CA, con commento di DAVIDE CITO, in *Ius Ecclesiae*, 19, 2007, p. 611 e ss., in particolare p. 624.

⁵⁸ Vedi *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-XI)*, XLIV Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 11-17 aprile 1996, Spoleto 1997; GIANFRANCO GARANCINI, *Persona,*

medesima concezione culturale immersa nel sacro⁵⁹: nella vita delle città e delle campagne si intrecciano l'attività pastorale e i processi istituzionali⁶⁰.

L'esperienza della *Respublica Christiana sub Deo* segna il periodo medievale nel nome del legame tra la legge morale, la fede e il diritto, tra la figura del *peccatum* e quella del *crimen*. Anche attraverso l'uso del diritto penitenziale, affermatosi grazie alla diffusione del genere letterario dei *Libri poenitentialiaes*, principalmente ad opera del monachesimo irlandese⁶¹, si rinsalda il legame tra cristianesimo e società civile. Il binomio *delictum-peccatum* e quello pena-penitenza diventeranno l'idea centrale del diritto penale canonico e finiranno anche per influenzare il sistema punitivo laico⁶². Nell'esperienza del diritto comune i due sistemi penalistici vivranno legati in un costante processo di fusione delle diverse componenti normative⁶³.

Il diritto penale moderno si fonda sul principio della responsabilità personale e considera, quindi, la morte come *ultima linea rerum*⁶⁴, che al massimo può comportare conseguenze patrimoniali in capo agli eredi del defunto, interrompendo l'esecuzione delle sanzioni⁶⁵. Storicamente il percorso che ha

peccato, penitenza. Studi sulla disciplina penitenziale nell'Alto Medio Evo, in *Rivista di storia del diritto italiano* vol. 47 (1974), p. 19-87.

⁵⁹ Tutta la cultura europea medievale è intrisa della commistione tra pensiero giuridico e teologico e della subordinazione del *jus humanum* al *jus divinum*, vedi FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto. Le fonti*, Milano, 1954, p. 473.

⁶⁰ Per una ricostruzione dell'intreccio tra spirituale e temporale nella costruzione della società medievale si vedano: per una visione generale GABRIEL LE BRAS, *Le istituzioni ecclesiastiche della cristianità medievale (1173-1378)*, edizione italiana a cura di PIO CIPROTTI, SAIE, Torino, 1973-74; ADRIANO PROSPERI, *I tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996; PAOLO PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000: in particolare per il ruolo svolto dal vescovo nell'amministrazione della giustizia come elemento centrale di conservazione dell'ordine politico e sociale si veda MANLIO BELLOMO, *L'Europa del Diritto comune*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1994, in particolare p. 58 e dello stesso Autore *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2002, in particolare pp. 105-110.

⁶¹ Sul tema specifico si vedano gli studi di CYRILLE VOGEL, *La discipline pénitentielle en Gaule des origines à la fin du VII siècle*, Letouzey et Ané, Paris 1952 e in particolare dello stesso Autore *Il peccatore e la penitenza nel Medioevo*, ed. italiana a cura di CLARA ACHILLE CESARINI, Elle Di Ci, Torino, 1988 (già Paris 1969), p. 27 e ss. In generale sull'importanza storiografica, antropologica e giuridica del fenomeno si veda CARLO FANTAPPIÈ, *Storia del Diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 69-72 e la bibliografia ivi citata.

⁶² FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, cit., p. 103.

⁶³ Vedi ANDREA ERRERA, *Ac vivus esset. Sanzione penale e morte del reo nell'esperienza del diritto comune*, in *A Ennio Cortese*, scritti promossi da Domenico Maffei, a cura di ITALO BROCCHI, MARIO CARAVALLE, E.MANUELE CONTE, UGO PETRONIO, T. I, Il Cigno Edizioni, Roma, 2001, p. 557.

⁶⁴ QUINTO ORAZIO FLACCO *Epistulae*, 1.16.79, in <http://www.thelatinlibrary.com/horace/epist1.shtml>.

⁶⁵ Vedi sul tema: ARTURO SANTORO, *Morte del reo*, in *Novissimo Digesto italiano*, a cura di A. Azara

portato a tale consacrazione del principio della non punibilità *post mortem* si rivela articolato e caratterizzato dai continui contatti tra il diritto giustiniano per il quale vale la regola generale della non perseguibilità del reo defunto – *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta* (Dig. 48.1.6)⁶⁶ –, e quello canonico che, invece, introduce progressivamente la prassi di applicare sanzioni *post mortem*. Il diritto canonico recepisce a questo punto un'eccezione alla citata regola giustiniana generale, e tale eccezione è la *damnatio memoriae* in ipotesi criminose di particolare gravità, quali quelle di lesa maestà ed eresia⁶⁷.

Il principio della *damnatio memoriae* viene ulteriormente perfezionato dall'applicazione di una pena accessoria singolare che è quella della privazione della sepoltura⁶⁸. Parallelamente nel diritto della Chiesa cattolica, precisamente tra le disposizioni di natura penale, si fa strada una forma di *damnatio memoriae* che è la scomunica nella forma solenne di *anathema*, prevista dal can. 48 del *Concilium Africanum* nel 424 che sopravviverà, in seguito, nel *Liber Extra* X 5.7 c.5⁶⁹, con l'intento di colpire la sfera morale del defunto e l'onorabilità della sua memoria presso familiari e amici.

In conformità all'idea medievale della pena intesa come medicina, ovvero come corrispettivo del *delictum* compiuto – *punitur quia peccatum est* – il legislatore canonico medievale introduce un'altra sanzione che colpisce questa volta il corpo stesso del reo defunto, mediante la privazione della sepoltura ecclesiastica. Tutto questo rappresenta un rilevante tentativo di autonomizzare le vicende del diritto penale della Chiesa da quelle secolari,

e E. Eula, X, UTET, Torino, 1964, pp. 947-949; CARLO FEDERICO GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, UTET, Torino, 1976, pp. 710-712; GUIDO ZICCONI, voce *Morte del reo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 136 e ss; GIUSEPPE BETTIOL - LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, Cedam, Padova, 1986, pp. 893, 917.

⁶⁶ Vedi EDOARDO VOLTERRA, *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, n. 3, 1949, in particolare pp. 485-500 in particolare pp. 486; accenni su questa prassi in UMBERTO LAFFI, *La morte del reo nel procedimento de repetundis*, in *Studi di Storia romana e di diritto*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2001, in particolare pp. 574-577.

⁶⁷ LUCIA FANIZZA, *Il crimine e la morte del reo*, in *Mélanges de l'École française de Rome*, 96, 1984, pp. 676-695.

⁶⁸ Vedi ALBERTO BURDESE, *Cadavere (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 764 e FULVIO CROSARA, *Cadavere (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 764-768.

⁶⁹ X 5.7 c. 5, *Summarium*, *Episcopus instituens haeredem haereticum consanguineum, vel extraneum, etiam post mortem excommunicatur nunciatur. H. d. secundum communem et veriozem intellectum, et ut faciat ad tit. Potest intelligi, quod ex hoc praesumatur haereticus: "Si quis episcopus haeredes instituerit extraneos a consanguinitate sua, vel haereticos, atiam consanguineos, aut paganos pertulerit, saltem post mortem ei anathema dicatur, atque eius nomen inter Dei sacerdotes nullo modo recitetur"*, in *Corpus Iuris canonici, Editio Lipsiensis secunda*, ed. E. Friedberg, Pars secunda Decretalium collectiones, Graz, 1959, L. V, tit. VII, col. 779.

specialmente nel campo delicato del delitto di eresia⁷⁰.

La disposizione normativa che prevede la privazione della sepoltura risale al Terzo Concilio Lateranense nel 1179 e viene accolta, come la precedente, nel *Liber Extra* X 5.7.8 con riferimento alla condizione degli eretici: *Si autem in hoc peccato decesserit, neque sub privilegiorum nostrorum quibuscunque indultorum obtentu, neque sub alia quacunque occasione oblatio pro eo fiat, aut inter Christianos accipiat sepulturam*⁷¹.

Tale norma continuò a sopravvivere in fondo nel codice del 1917. Pur non essendo prevista come pena, nel libro terzo *De rebus* al canone 1240 furono elencati tutti gli specifici *delicta* per i quali fu stabilito il divieto di sepoltura. Solo nel canone 2291, 5 viene poi più specificamente definita come *poena vindicativa*. Con il codice del 1983 la privazione della sepoltura subisce una depenalizzazione, infatti, precisamente nel canone 1336, non si fa alcun cenno, almeno *apertis verbis*, alla *privatio sepulturae christianae*. Ma su questo punto rifletteremo in seguito.

La canonistica medievale si dedica alle vicende legate all'inumazione cristiana, diritto di ogni fedele, ed elabora una serie di divieti, di natura sanzionatoria, legati alla commissione di altri specifici *delicta*, oltre all'eresia e al *crimen* di lesa maestà, che, per il loro forte impatto morale e sociale, suscitano anche nella Chiesa la necessità di un'azione punitiva nel pieno esercizio della *potestas in temporalibus*. Negli anni che vanno dal 1179 al 1274, ad esempio, l'incremento dell'odioso *crimen usurarum*, che incide molto negativamente sull'assetto economico della nascente Europa, diviene oggetto di considerazione di due Concili, il terzo Lateranense del 1179⁷², ed il Concilio di Lione del 1274⁷³, che predispongono un sistema repressivo del *crimen*

⁷⁰ Vedi ANDREA ERRERA, *Ac vivus esset*, cit., pp. 553-554.

⁷¹ X 5.7 c. 8, *Summarium*, *Haeretici receptatores et fautores eorum excommunicati sunt, et decedentes in hoc peccato, in coemeterio ecclesiae sepeliri non debent, nec pro eis orari*, in *Corpus Iuris canonici*, Editio Lipsiensis secunda, ed. E. Friedberg, cit., col. 779.

⁷² CONCILIO LATERANENSE IV, C. 25, in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, a cura di GIUSEPPE ALBERIGO, GIUSEPPE LUIGI DOSSETTI, PERICLES PETROS JOANNOU, CLAUDIO LEONARDI, PAOLO PRODI, Bologna, Istituto per le Scienze Religiose, 1973, p. 199.

⁷³ CONCILIO DI LIONE II (1274), *Const. 27* in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, cit., pp. 305-306: *"Quamquam usurarii manifesti de usuris quas receperant, satisfieri expressa quantitate vel indistincte in ultima voluntate mandaverint, nihilominus tamen eis sepultura ecclesiastica denegetur, donec vel de usuris ipsis fuerit, prout patiuntur facultates eorum, plenarie satisfactum vel illis quibus est facienda restitutum, si praesto sint ipsi aut alii qui eis possint acquirere vel, coram aliquibus fidedignis de ipsa parochia (...) aut servo publico de ipsius ordinarii mandato, idonee de restitutione facienda sit cautum. Coeterum si receptorum usurarum sit quantitatis manifesta, illam semper in cautione praedicta exprimi volumus; aliquin aliam recipientis cautionem huiusmodi arbitrio moderandam. Ipse tamen scienter non minorem quam verisimiliter creditur, moderetur et si secus fecerit, ad satisfactionem residui teneatur"*.

di usura – considerato principalmente un crimine ecclesiastico⁷⁴ – fondato sulla minaccia della privazione di alcuni beni, tra i quali, principalmente, l'ammissione alla comunione e la sepoltura in terra consacrata. Questi due divieti costituiscono l'oggetto specifico delle sanzioni ecclesiastiche previste dal canone 25 *Quia in omnibus* del terzo Concilio Lateranense, che poi ri-fluisce nel Liber Extra X 5.19.3 nel cui testo si legge: *quod usurari manifesti nec ad communionem admittantur altaris nec christianam, si in hoc peccato de-cesserint, accipiant sepulturam*⁷⁵. Il secondo Concilio di Lione insiste, ancora, sulla scia di questa politica repressiva segnata dal Lateranense con altri due canoni, incentrati sullo stesso tema della privazione della sepoltura da riservare agli usurai cosiddetti manifesti, che non avessero attuato la *restitutio* del maltolto, o, quantomeno, prestato la *cautio restitutionis* delle somme indebitamente ottenute⁷⁶. Già, comunque, prima di Lione si leggeva nel Liber Extra della possibilità di non negare sepoltura cimiteriale ad un fedele che si fosse macchiato di taluni specifici gravi *delicti*, quali, l'omicidio, l'incendio, la violenza nei confronti di un ecclesiastico, alla duplice condizione che avesse ricevuto assoluzione e che i suoi eredi fossero costretti alla *restitutio* del maltolto⁷⁷. Ancora più avanti, sempre nel Liber Extra, veniva ribadito il concetto dell'importanza del pentimento unito alla restituzione di quanto illecitamente acquisito: *qui in Urbe suggerente diabolus violenter surrexerint in rapinam, sive in ecclesiarum violatione manifeste fuerit deprehensus, nisi prius ablata restituat (...) poenitentiae beneficium ei penitus denegetur (...) si emendationem vel emendandi securitatem praestiterit (...) ei poenitentia et sepultura ecclesiastica concedantur*⁷⁸. La repressione di un delitto odioso viene all'epoca avvertita come strettamente collegata alla salvezza dell'ani-

⁷⁴ Sul punto si veda GIOVANNI D'ANDREA, *Apparatus in Sextum VI 5.5.2*, (= c. *Quaquam*) s.v. *aliter facta*, ed. Romae 1584, p. 450a: "*Et quia istud crimen ecclesiasticum est (...) Habet enim ratione huius criminis jurisdictionem in talibus (...)*", citato da ORAZIO CONDORELLI, *Tre quaestiones di Marsilio Mantigbelli, L'usuraio, il testamento e l'Aldilà*, in *Medieval Church law and the origins of the Western Legal tradition, a tribute to Kenneth Pennington*, edited by Wolfgang P. Miller & Mary E. Sommar, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 2006, p. 217 nota n. 27.

⁷⁵ X. 5.19.3, *Summarium*, *Manifesti usurari, ad communionem altaris et ecclesiasticam sepulturam et oblationem offerendam admitti non possunt, et clerici, contra hoc facientes, puniantur, ut hic dicitur*, ed. E. Friedberg, cit., col. 812. Sul tema vedi ORAZIO CONDORELLI, *L'usuraio, il testamento e l'Aldilà. Tre quaestiones di Marsilio Mantigbelli*, cit., pp. 211-229.

⁷⁶ *Ivi*, p. 218 in particolare note 31 e 32.

⁷⁷ X, 3.28.14, *Summarium*, *Excommunicatus, qui per suum presbyterum fuit absolutus in morte, in coemeterio sepeliri debet, et ad satisfaciendum coguntur haeredes*, in *Corpus Iuris canonici*, Editio Lipsiensis secunda, ed. E. Friedberg, cit., col. 554.

⁷⁸ X, 5.17.2, *Summarium*, *Manifestus raptor vel ecclesiae violator, si restituit vel de restituendo cavet, in vita et in morte ad poenitentiam et ad sepulturam admittitur*, in *Corpus Iuris canonici*, Editio Lipsiensis secunda, ed. E. Friedberg, cit., col. 808.

ma: si pensi, infatti, a che impatto sociale di umiliazione potesse avere, su un individuo e sulla sua famiglia, subire il disonore di vedersi privato di una degna sepoltura e del conforto delle orazioni comunitarie. Tale infamante prospettiva spronava il colpevole di tali *delicta* a provvedere, seppure *in limine mortis*, a ripristinare l'assetto giuridico-morale sconvolto dalle proprie azioni. Una volta soddisfatte, dunque, le due condizioni, quella di assoluzione in foro sacramentale e quella di restituzione del maltolto, non esisteva ragione di privare l'individuo del godimento dei beni ecclesiastici.

Riflettendo sulla *ratio* dei provvedimenti attuali di privazione delle esequie, non si può non rilevare come l'intenzione dell'episcopato del meridione italiano sia proprio quella di utilizzare la comminazione di tali provvedimenti pastorali con l'intenzione di aiutare il peccatore ad intraprendere un percorso serio e motivato di conversione che ricomponga l'unità di vita spezzata dall'appartenenza ad un'associazione mafiosa, un percorso che imponga al reo, il quale non sia formalmente colpito da sanzioni penali, di ristabilire l'ordine di giustizia violato e di riparare il danno arrecato⁷⁹.

A questo proposito interessanti spunti di riflessione emergono dalla recente Nota Pastorale sulla 'ndrangheta, "Testimoniare la Verità del Vangelo", promulgata dalla Conferenza Episcopale Calabria il 25 dicembre 2014 sul tema della reazione della Chiesa di fronte al fenomeno criminale organizzato. Nella Nota si ribadisce, in primo luogo, l'idea centrale di considerare le organizzazioni criminali come strutture di peccato totalmente incompatibili con la vita cristiana vissuta secondo la testimonianza del Vangelo. Da questa premessa discende l'inevitabile conseguenza di considerare come posti, nel senso di auto-posti, fuori dalla comunione quei soggetti che volontariamente aderiscono ai sodalizi criminosi⁸⁰. Si legge, infatti: *da ciò deriva che il mafioso, se non dimostra autentico pentimento, né volontà di uscire da una situazione di peccato, non può essere assolto sacramentalmente nel rito della Confessione-*

⁷⁹ Vedi sul tema della *restitutio* vedi ORAZIO CONDORELLI, Norma giuridica e norma morale, giustizia e *salus animarum* secondo Diego de Covarrubias. Riflessioni a margine della *Relectio super regula "Peccatum"*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19 (2008), pp. 163-202; *Id.*, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata, tra Occidente latino e Oriente bizantino: percorsi e concezioni a confronto*, in *Lex Iustitia Veritas. Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi* (Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma "La Sapienza" 59), Napoli, Jovene Editore, 2012, pp. 115-195; *Id.*, *Consuetudine delle città di Sicilia e restituzione dei "male ablata" tra "ius proprium" e "utrumque ius"*, in *Recto ordine procedit magister. Liber amicorum E.C. Coppens*, edd. Louis Berkvens - Jan Hallebeek - Georges Martyn - Paul Nève, Iuris Scripta Historica 28, Brussel, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2012, pp. 55-91; MARIA D'ARIENZO, *Responsabilità giuridica e riparazione del danno nel sistema sanzionatorio canonico*, cit., in particolare p. 7 e ss.

⁸⁰ Vedi ADOLFO LONGHITANO, cit., p. 116 e nota n. 37.

*Riconciliazione, né può accedere alla Comunione Eucaristica; tantomeno può rivestire uffici e compiti all'interno della comunità ecclesiale*⁸¹.

Più avanti, sempre nella menzionata Nota pastorale, si legge della necessità di accompagnare il pentimento a manifestazioni esterne e concrete della volontà, di ristabilire gli equilibri sconvolti dal peccato, con un serio impegno ad intraprendere un cammino penitenziale che preveda anche la disponibilità al risarcimento ed alla riparazione⁸². Questo porre l'accento sull'importanza del ravvedimento operoso mi pare esattamente in coerente continuità con la tradizione della dottrina canonistica.

4. Alcune considerazioni critiche sull'esercizio dello jus puniendi nella Chiesa

Ogni comunità si definisce in base al proprio fine e conseguentemente obbedisce a regole specifiche; però *principio, soggetto e fine di tutte le istituzioni sociali è e deve essere la persona umana* (Conc. Ecum. Vat. II, *Gaudium et spes*, 25). Chiesa e Stato sono due comunità distinte per fini e struttura, sono due ordinamenti giuridici diversi, ma hanno in comune l'elemento personale, l'uomo, che è al tempo stesso *christifidelis et civis*, ed egli, nei confronti di entrambe le comunità cui appartiene, rivendica il diritto al conseguimento della propria *felicitas*, del proprio bene⁸³, inteso come momento unificante della stessa socialità⁸⁴ e finalità della legge, secondo la tradizione

⁸¹ Conferenza Episcopale Calabria (CEC), Nota Pastorale "Testimoniare la verità del Vangelo", 25 dicembre 2014, p. 6.

⁸² *Ivi*, p. 10.

⁸³ Benedetto XVI, Lettera enciclica, *Caritas in veritate*, 29 giugno 2009, § 56 in www.vatican.va; ANTONIO MESSINEO, *Il bene comune e la persona umana*, in *La Civiltà Cattolica*, II, 1944, pp. 6-14; "Se l'origine è fuori del mondo, il popolo di Dio vive però nel mondo, pertanto l'ordinamento canonico in cui si esteriorizza e formalizza la vita della Chiesa, non è dissociabile da questa, cioè la *societas juridica* è intimamente connessa con la *societas hierarchica e spiritualis*"; ANTONIO ACERBI, *Uniti nel servizio all'uomo*, in *Vita e Pensiero*, III, 67, 1984, p. 10; GABRIELE MOLTENI MASTAI FERRETTI, *Lo studio del diritto canonico dopo il Vaticano II*, in *Id.*, *Tra celeste e terrestre. Studi di diritto canonico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001, pp. 125-126; CARLO CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 163-202.

⁸⁴ Sull'idea della *cooperatio* al bene comune si veda: KENNETH PENNINGTON, *The prince and the law, 1200-1600: sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley, University of California Press, 1993; BRIAN TIERNEY, *Church, law and constitutional thought in the Middle Ages*, London, Variorum Reprints, 1979; *Id.*, *Religion, law, and the growth of constitutional thought, 1150-1650*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1982; WALTER ULLMANN, *Il pensiero politico del Medioevo, Principi di governo e politica nel Medioevo* (1966), il Mulino, Bologna, 1972; PIETRO COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 314 e ss; PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, in

aristotelico-tomistica⁸⁵.

Di fronte alla recrudescenza dell'azione mafiosa la reazione della Chiesa è stata via via sempre solidale con quella dello Stato e, perfino, più vigorosa, fino ad assumere toni apparentemente più intransigenti, come nei provvedimenti assunti dai Vescovi del Sud, ma solo se non letti con la lente della *lex caritatis*, e sempre in ossequio al principio del rispetto della dignità della persona⁸⁶.

A ben guardare le vicende narrate nelle pagine precedenti non può non rilevarsi che la figura centrale sia quella dell'Ordinario del Luogo, interpellato ad intervenire, con decisioni singolari, di fronte ad un fenomeno criminale, dilagante e difficilmente arginabile, che pregiudica l'ordine morale e giuridico della comunità da lui amministrata.

In quanto titolare del potere della chiavi il Vescovo è chiamato a prendersi cura delle sue anime scegliendo, in autonomia, i mezzi con cui farlo, e nel diritto canonico anche il sistema penale è strumento di perseguimento del fine ultimo della *salus animarum*⁸⁷ (can. 1752) e nelle sue norme *elucere de-*

particolare p. 127 e ss; GIANFRANCO MAGLIO, *L'idea costituzionale nel Medioevo*, Il segno dei Gabrielli editori, Negarine di S. Pietro in Cariano, 2006, pp. 100-103.

⁸⁵ Il concetto di bene comune ha un primo fondamento nella filosofia aristotelica che viene, successivamente, sviluppato nella dottrina dell'Aquinate. Si vedano, ARISTOTELE, *Politica*, 1129b11-27 e TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I, II, q. 90, a. 2: "*Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur*" e I, II, q. a.3: "*Et ideo sicut bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ordinatur ad commune bonum*"; *Sententia libri Politicorum*, liber 1, lectio 1: "*Est ergo coniectrix principalissimi boni inter omnia bona humana: intendit enim bonum commune quod est melius et divinius quam bonum unius, ut dicitur in principio Ethicorum*" in www.corpusthomisticum.org.

⁸⁶ "*Humanae personae dignitas et tuitio iurium omnino observentur*", così il Principio sesto dei *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, in *Communicationes*, 1975, I, p. 93 e ss.

⁸⁷ *Primo principio direttivo per la revisione del Codice del 1983* in VELASIO DE PAOLIS, *De sanctionibus in Ecclesiae*, cit., pp. 8-9. In particolare sulle caratteristiche di pastoraltà del diritto penale canonico nel Terzo principio direttivo per la revisione del codice 1983 vedi le affermazioni di VELASIO DE PAOLIS, *De sanctionibus in Ecclesiae*, cit., pp. 13-14: "*Christianae misericordiae maximus datus est locus, pastorales rationes summopere promotae sunt atque totis viribus curatum est punitio iis nunquam noceat, ut et humanae personae dignitas et iurium tuitio omnino observentur*"; in generale CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa, per una teoria fondamentale del diritto canonico*, p. 124. Il principio della *salus animarum* – ci ricorda Ivo di Chartres, citando nel suo Prologo sant'Agostino – è per il *diligens et prudens lector* motivo di consapevolezza del volto unitario della legge canonica nonostante la sua apparente contraddittorietà: "*Habe charitatem, et fac quidquid vis. Si corripis, corripe cum charitate. Si parcis, parce cum charitate*". *Sed in his adhibenda est summa diligentia, et mundandus oculus cordis, quatenus in puniendo, vel parcendo, sanandis morbis charitas sincera subveniat, et nemo ibi venalium medicorum more, quod suum est quaerat et prophetiam illam reprehensionem incurrat. Mortificabant animas quae non moriebantur, et vivificabant animas quae non vivebant* (Ezech. XIII). *Sicut enim ratio corporalis medicine vel depellere morbos, vel curare vulnera salute servare (...)*", IVO DI CHARTRES, *Prologus in Decretum a se concinnatum, et partibus seu libris septem ac decem Digestum*, in JACQUES PAUL MIGNE, *Patrologia Latina*, T. CLXI, Paris, 1895, ed. Typographi Brepols Editores Pontificii, Thurnoltz, 1977, col. 48; in alternativa si può

*bet spiritus caritatis, temperantiae, humanitatis ac moderationis*⁸⁸. Nell'effettuare le proprie scelte il Vescovo valuterà, senza dubbio, quale possa essere la portata delle conseguenze connesse alle proprie decisioni, in un costante bilanciamento tra le esigenze del singolo fedele e quelle dell'intera comunità. In tale ottica si possono leggere i provvedimenti assunti dai Vescovi del sud Italia che operano in territorio mafioso. Le Autorità ecclesiastiche, ammonendo i mafiosi sul pericolo di incorrere in scomunica, e irrogando provvedimenti che hanno, sotto certi aspetti, natura pedagogico-punitiva sembrano anteporre ad ogni altra considerazione l'effetto di scandalo che si riversa sulla comunità, che dilaga dalle azioni peccaminose volontariamente compiute, e reiterate nel tempo dall'azione di gruppi di individui con le colpevoli omissioni di altri. Ma in concreto i Vescovi del Sud non esercitano di fatto nessun tipo di azione penale, attenendosi, quindi, alle cautele previste dal codice del 1983 che sottopongono l'introduzione e l'applicazione di pene canoniche a criteri rigidi di necessità, prudenza e opportunità, secondo quanto stabilito nei canoni dal 1315 al 1319. Inoltre il precorso storico esaminato in precedenza rivela come nell'attuale codice di diritto canonico la privazione della sepoltura ecclesiastica non sia più qualificata come pena espiatoria, così come non lo è neppure il diniego delle esequie ecclesiastiche *ex can.* 1184, oggetto delle decisioni vescovili all'origine di queste riflessioni, sebbene ci possa indurre in inganno quanto scritto nel testo del Decreto di Acireale nel quale si adopera il termine "sanzione giuridica". Oggetto della replica ecclesiastica è la situazione oggettiva di indegnità morale in cui si pongono i mafiosi in quanto peccatori manifesti⁸⁹, una situazione già di per sé sufficiente a provocare determinate reazioni di riprovazione e contrasto, senza che sia necessario ricorrere al diritto penale ed ai suoi strumenti repressivi.

Nel vuoto sono cadute le *ammonitiones* di vivere secondo la legge del Vangelo, che necessariamente devono precedere l'azione penale *ex cann.* 1339-1341, ed alle quali i fedeli delle diocesi coinvolte nei fatti narrati sono rimasti indifferenti. La necessità di ripetute *ammonitiones* lascia intendere in modo inequivocabile che vi sia, da parte degli associati alla criminalità organizzata, un'adesione convinta ad un programma ideologico di vita che si

consultare l'edizione critica recente di BRUCE CLARKE BRASINGTON, *Ways of Mercy. The prologue of Ivo of Chartres. Edition and Analysis* (Vita Regularis. Ordnungen und Deutungen religiösen lebens im Mittelalter, Editionen 2), Münster 2004, pp. 115-142.

⁸⁸ Ancora *Primo principio direttivo per la revisione del Codice del 1983* in VELASIO DE PAOLIS, *De sanctionibus in Ecclesia*, cit., pp. 8-9.

⁸⁹ Vedi ADOLFO ZAMBON, *La celebrazione delle esequie in situazioni particolari*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 15, 2002, pp. 282-283.

pone in netta antitesi al messaggio evangelico ed ai contenuti essenziali della Rivelazione cristiana (can. 214)⁹⁰, e che colloca *de plano* l'individuo, che a questi gruppi deliberatamente si lega, fuori dalla *communio* ecclesiale⁹¹, quasi si realizzasse una forma speciale di apostasia⁹².

L'appartenenza alla mafia implica *de facto* l'esclusione dell'individuo dal-

⁹⁰ Vedi VELASIO DE PAOLIS, *Note di teologia del diritto*, Marcianum Press, Venezia, 2013, pp. 324-325 e ALESSANDRO CESERANI, *La fede rinnegata: le pene medicinali*, in *Davanti a Dio e davanti agli uomini*, a cura di NATASHA MARCHEI, DANIELA MILANI, JLIA PASQUALI CERIOLO, il Mulino, Bologna, 2014, p. 165 e ss.

⁹¹ Preme ricordare, però, che non si tratta di una rottura definitiva ed assoluta, difatti il fedele che ottiene la riammissione non deve nuovamente ricevere i sacramenti di iniziazione. La *Lumen gentium* nel descrivere la condizione del fedele peccatore richiama sant'Agostino per il quale il peccatore appartiene alla comunità *in corpore* ma non *in corde*, e, continua ammonendo che a motivo della condizione privilegiata dell'appartenenza alla Chiesa dovuta alla grazia di Cristo i fedeli "se non vi corrispondono col pensiero, con le parole e con le opere, non solo non si salveranno, ma anzi saranno più severamente giudicati". CONCILIO VATICANO II, *Costituzione dogmatica Lumen gentium*, n. 14., *Costituzione dogmatica Lumen gentium*, n. 14. Sebbene in questa sede non si intenda soffermarsi su un tema tanto complesso, è comunque necessario accennare in forma sintetica alla necessaria distinzione che nel codice del 1983 si opera tra la condizione giuridica dello scomunicato e quella di chi, in forme diverse, si pone fuori dalla comunione rompendone i vincoli di cui parla il can. 205. Sul tema si vedano le considerazioni di VELASIO DE PAOLIS, *Communio et excommunicatio*, in *Periodica de re canonica, liturgica, morali*, n. 70, 1981, pp. 271-302 e dello stesso Autore *Communio in novo Codice*, in *Periodica de re canonica, liturgica, morali*, n. 77, 1988, pp. 521-552 e in particolare pp. 536 e ss.

⁹² Vedi VELASIO DE PAOLIS, voce *Apostasia*, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, a cura di CARLOS CORRAL SALVADOR, VELASIO DE PAOLIS E GIANFRANCO GHIRLANDA, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo, 1993, pp. 34-45. Pur non essendoci ancora alcun documento ufficiale della Chiesa che dichiari in modo solenne la condanna dei mafiosi alla scomunica, perché, con il loro *modus vivendi* antitetico al messaggio evangelico, configurano un'ipotesi di apostasia *de facto*, circolano diverse dichiarazioni di alti prelati che sembrano interpretare in questo senso le dichiarazioni del Papa, e i provvedimenti assunti dagli Ordinari di luoghi ad alta densità mafiosa. Si veda, ad esempio, quanto riferito in una recente intervista da Mons. Vincenzo Bertolone Arcivescovo di Catanzaro, che utilizza l'espressione apostasia per indicare la fuoriuscita dei mafiosi dalla comunione, FILIPPO PASSANTINO, *Dai Narcos alla Mafia: la dura condanna di Bergoglio*, in www.diocesicatanarosquillace.it/download/gazzetta_del_sud_2016.pdf. La suggestione di un tale accostamento nasce anche dalla lettura di AA. VV., *Per un discorso cristiano di resistenza alla mafia*, Salvatore Sciascia Editore, Caltanissetta, 1995. Di appartenenza mafiosa come forma di apostasia si parla anche in VINCENZO PILATO, *La Mafia, la Chiesa, lo Stato*, Effatà Editrice, Torino, 2009, in particolare p. 91. L'atteggiamento di adesione a principi inconciliabili con la dottrina della Chiesa, proprio degli appartenenti alle associazioni mafiose, potrebbe anche essere posto in relazione a quello degli appartenenti alle logge massoniche, colpiti da giusta pena (*ferendae sententiae*) ex canone 1374 codice 1983, dove però è scomparso l'esplicito riferimento alla massoneria, canone che sostituisce il 2335 del codice piano-benedettino con il quale, invece, palesemente si puniva la massoneria con la scomunica *latae sententiae*. La lettura dell'interpretazione autentica del can. 1374, fornita dalla Congregazione per la Dottrina della Fede nel 1983 (Dichiarazione del 26 novembre 1983 in AAS, n. 76, 1984, p. 300), può essere utile a comprendere che l'intenzione del legislatore canonico è quella di colpire il metodo massonico, non tanto l'associazione in se stessa, in quanto questo *modus vivendi et operandi* si pone come incompatibile con il messaggio evangelico e quindi l'adesione piena alla fede cattolica. Si potrebbe, quindi, intendere analogicamente che l'adesione alla mafia corrisponde, in quanto agli effetti contro la Chiesa, ad un'iscrizione alla loggia massonica, poiché realizzerebbe un delitto permanente che dura fintanto duri l'incorporazione all'associazione criminale.

la società, o meglio la sua consapevole autoesclusione, perché i reati di mafia presuppongono e materializzano la volontà di sovvertire le regole su cui si fonda una società civile e democratica. Come conseguenza connessa viene, inoltre, prospettata l'esclusione anche dalla comunione ecclesiale, nonostante le tradizionali commistioni tra il mondo mafioso e la religiosità popolare rendano assai difficile l'individuazione di una colpa evidente, certa, derivante dalla violazione di una norma penale canonica e quindi punibile in foro esterno. È inverosimile pensare ad un mafioso che si autoproclami tale e di conseguenza si autoaccusi *in facie Ecclesiae*⁹³.

Ad ogni modo non può negarsi che aderire al progetto mafioso rende di fatto inconciliabile la realizzazione vera e coerente del messaggio evangelico proclamato dalla Chiesa, che è obbligo di natura morale di ogni fedele. Afferma, invece, più esplicitamente il canone 209 che in capo ad ogni fedele vige l'obbligo di conservare la comunione nella Chiesa, anche con il modo di agire⁹⁴. Il peccato grave e manifesto, infatti, – perché di questo trattasi in assenza di una positivazione come *delictum* dei comportamenti legati all'appartenenza mafiosa – compromette la realtà sacramentale della Chiesa, quindi essa reagisce non tanto al delinquente, ma tenta di ristabilire la sua realtà sacramentale di comunità di salvezza che è stata spezzata. Questo fine ultimo si raggiunge riprovando il comportamento del fedele delinquente ed, eventualmente, indicandogli la strada da seguire attraverso la pena e sempre nel rispetto della libertà del singolo individuo⁹⁵.

Ciò che preme rilevare è che al fondo del *jus corrigendi* nella Chiesa non vi è uno scontro tra interesse pubblico, espresso nel danno subito dalla *societas ecclesiae* a causa della violazione della legge, e interesse privato, espresso nella finalità rieducativa del reo. Non può esservi scontro per l'operatività del principio di uguaglianza ontologica e diversità funzionale tra gerarchia e *christifideles*, e perché il fine della *salus animarum* si esprime nella stessa

⁹³ Vedi sul punto le riflessioni critiche di ADOLFO LONGHITANO, *La disciplina ecclesiastica contro la mafia*, cit., pp. 93-122, in particolare p. 115-116.

⁹⁴ Allo stato attuale si registra una tendenza al forte ridimensionamento del diritto penale canonico, per quanto in dottrina vi è chi sottolinei il duplice fine della pena canonica ed il suo collegamento con la tutela della *communio*: FRANCESCO NIGRO, *Le sanzioni nella Chiesa come tutela della comunione ecclesiale (libro VI CIC)* in *La nuova legislazione canonica*, Edizioni Pontificia Università Urbaniana, Roma, 1983; ARTUR GRZEGORZ MIZINSKI, *La pena canonica come mezzo a difesa della comunione della Chiesa e dei diritti dei fedeli*, in *Apollinaris*, 1-2, 2004, p. 859 e ss. Si veda anche GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, n. 3: "la pena comminata (...) va vista infatti come strumento di comunione, cioè come mezzo di recupero di quelle carenze di bene individuale e di bene comune" in www.vatican.va.

⁹⁵ Vedi VALENTIN RAMALLO, *Derecho penal canónico y libertad religiosa*, in *Revista española de derecho canónico*, n. 28, 1972, pp. 9-12.

misura sia nell'intenzione di redimere il reo sia in quella di difendere la comunità dal pericolo di scandalo⁹⁶.

È al risanamento delle ferite del peccato che la Chiesa è incessantemente chiamata, sia quando agisce in qualità di *societas iuridica*, mediante il ricorso agli strumenti sanzionatori che naturalmente le appartengono, sia quando operando come Madre, nell'esercizio della carità che dà compimento alla legge, accoglie i suoi figli dispersi dal peccato⁹⁷ ricompattando la *communio* infranta. Ed è, dunque, sempre nel nome della carità, legge suprema⁹⁸ dell'ordine creato, che nella Chiesa si esercita la giustizia che esige, e la misericordia che dona⁹⁹.

⁹⁶ Vedi MARCO VENTURA, *Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1999, p. 73.

⁹⁷ PAOLO, *Lettera ai Romani*, 13, 18-14. Il concetto di carità come forma della Chiesa è espresso nella *Deus caritas est*, in cui si sottolinea come anche la Chiesa in quanto comunità debba vivere secondo la carità, e che questa necessita di un'organizzazione per offrire un servizio ordinato. Vedi BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica *Deus caritas est*, n. 20.

⁹⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II^a, II^ae, q. 29, a.3, ad 3. e q. 99 a. 1 ad. 2. Sul tema vedi REGINALDO PIZZORNI, *Giustizia e carità*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1995.

⁹⁹ "Lo stile pastorale, l'afflato di carità, lo spirito di comprensione mirano precisamente a questo. Non la legge per la legge, dunque, non il giudizio per il giudizio, ma legge e giudizio a servizio della verità, della giustizia, della pazienza e della carità", PAOLO VI, *Allocuzione alla Rota Romana* del 29 gennaio 1971, in AAS 63, 1971, p. 140.

Satira, tutela del sentimento religioso e possibile funzione di deterrenza delle sanzioni canoniche

RAFFAELE SANTORO

1. *Libertà di espressione artistica vs. libertà religiosa: la sottile linea di confine tra satira e sberleffo*

Il rapporto tra satira e religione si intreccia in modo indissolubile con una serie di aspetti strutturali del pluralismo religioso all'interno di un mondo che tende ad essere «sempre più “piccolo”»¹. Del resto, la libertà di espressione artistica entra in contatto con la libertà religiosa anche quando la matita del vignettista si intinge nella variopinta tavolozza del sacro², alimentando ulteriormente la difficoltà di tracciare una oggettiva linea di demarcazione tra satira e sberleffo³.

A tale riguardo, una parte del mondo culturale ritiene che «non ci debba essere alcun limite alla libertà di espressione, anche se offende i principi di altre persone»⁴ e che essa «va difesa sempre, anche quando diventa libertà di dissacrazione»⁵.

In ogni caso, nel porsi sul confine tra lecito e illecito, la satira «ha bisogno

¹ JOSEPH RATZINGER, *Fede, verità, tolleranza. Il Cristianesimo e le religioni nel mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, p. 7.

² Cfr. PIERANGELA FLORIS, *Libertà religiosa e libertà di espressione artistica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2008, p. 175 ss.

³ A tale riguardo, cfr. ampiamente AA.VV., *Blasfemia, diritti e libertà. Una discussione dopo le stragi di Parigi*, a cura di ALBERTO MELLONI, FRANCESCA CADEDDU, FEDERICA MELONI, il Mulino, Bologna, 2015, con particolare riferimento ai seguenti saggi: GIUSEPPE VELTRI, *Sul nome di Dio. Blasfemia, la presenza di Dio e lo scetticismo ebraico*, p. 3 ss.; MAURO PERANI, *La satira blasfema antiebraica*, p. 43 ss.; MARIE LEVANT, *Il mito dell'islamofobia. Uno sguardo storico sulla caricatura religiosa in Charlie Hebdo*, p. 147 ss.; CRISTINA CIANITTO, *Libertà di espressione e libertà di religione: un conflitto apparente?*, p. 205 ss.; GABRIELE FATTORI, *La secolarizzazione dei reati contro il sacro in Italia*, p. 225 ss.

⁴ 'ALA AL-ASWANI, *Noi musulmani dobbiamo reagire*, in AA.VV., *Noi e l'islam. Religione, politica, cultura. Le voci di un confronto*, RCS, Milano, 2015, p. 75 ss.

⁵ ALDO CAZZULLO, *Le mille matite della libertà*, in AA.VV., *Noi e l'islam*, cit., p. 79.

per sua stessa natura di un limite, ma beninteso per provare di infrangerlo», mentre sotto il profilo giuridico «soffre peraltro i limiti stabiliti dal codice penale e dal suo bilanciamento coi diritti protetti a pari titolo costituzionale, in sintesi con il valore della dignità della persona»⁶.

A questo scopo il legislatore statuale ha previsto una serie di delitti contro il sentimento religioso, punendo le offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.), le offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose (art. 404 c.p.) e il turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa (art. 405 c.p.)⁷.

La previsione di norme a tutela del sentimento religioso sostanzia uno degli elementi sui quali trova fondamento la pacifica convivenza all'interno di una società sempre più frammentata sotto il profilo culturale e religioso⁸.

⁶ SALVATORE PRISCO, *Je suis Charlie, mais il faut réfléchir*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2015, p. 2. Similmente, cfr. AA.VV., *Charlie Hebdo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2015, p. 1.

⁷ In merito si rinvia a AA.VV., *Diritto penale della libertà religiosa*, a cura di DAVID BRUNELLI, Giappichelli, Torino, 2010; FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 213 ss.; FABIO BASILE, *A cinque anni dalla riforma dei reati in materia di religione: un commento teorico-pratico degli artt. 403, 404 e 405 c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2011, p. 1 ss.; MARCO CANONICO, *Tutela penale del sentimento religioso ed attuazione normativa della Costituzione dopo oltre mezzo secolo*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2007, p. 196 ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il diritto penale*, in AA.VV., *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di GIUSEPPE CASUSCELLI, Giappichelli, Torino, 2012, p. 357 ss.; ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 "Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2006, p. 631 ss.; ID., *Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali*, in AA.VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela delle libertà*, a cura di GIANNANGELO DE FRANCESCO, CARMELA PIEMONTESE, EMMA VANAFRO, Giappichelli, Torino, 2007, p. 29 ss.; PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 143 ss.; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 77 ss.; ANNA GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 58 ss.; NATASCIA MARCHEI, *La protezione penale della religione tra tutela del sentimento religioso e tutela dell'identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2008, p. 153 ss.; PAOLO MONETA, *L'evoluzione del diritto comune in materia religiosa nella legislazione nazionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2010, p. 14 ss.; VINCENZO PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2007; MARIO RICCA, *Panttheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 274 ss.; ERNICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 182 ss. Inoltre, circa il rapporto tra satira e religione, si rinvia a PLACIDO SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: "nuove" incriminazioni e "nuove" soluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2007, p. 1 ss.

⁸ Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione"*, in AA.VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2008, p. 267 ss.

Al suo interno, il mutuo rispetto e la tutela delle «legittime diversità»⁹ che contraddistinguono le singole religioni costituiscono il cardine del principio di uguaglianza nella sua coeva declinazione¹⁰, quale antidoto alle tensioni indotte da un possibile reflusso della «sindrome da sradicamento»¹¹ negli immigrati di seconda generazione.

Anche la diplomazia ecclesiastica, da sempre impegnata nello scenario internazionale per la tutela della libertà religiosa dei popoli, ha sottolineato che

«La protezione della diversità delle culture si basa sul principio di uguaglianza. Uguaglianza significa che nessun gruppo culturale deve scusarsi per le proprie origini e richiede che l'eredità culturale deve essere incoraggiata piuttosto che ignorata. Uguaglianza è il diritto di ognuno ad avere riconosciuta e protetta la propria diversità culturale sia nell'ambito privato che pubblico, con la finalità di promuovere un clima di solidarietà e comprensione reciproca»¹².

Circa la rilevanza sociale del fattore religioso, Benedetto XVI ha fatto riferimento al concetto di «sana laicità» e di «laicità positiva»¹³, la quale, al fine di garantire ad ogni persona il diritto di vivere liberamente la propria fede anche all'interno dello spazio pubblico, «non deve significare in sé un'ostilità alla realtà religiosa, o un'espulsione delle religioni dal campo sociale e dai dibattiti che lo animano»¹⁴.

Nella medesima prospettiva, in ragione del «processo di ritorno del religioso nello spazio pubblico occidentale»¹⁵, è stato sottolineato che

«vivere insieme rispettando la diversità culturale è una delle maggiori sfide che i Paesi soprattutto occidentali devono affrontare. I gruppi culturali

⁹ BENEDETTO XVI, Lettera enciclica *Caritas in Veritate*, 29 giugno 2009, n. 53.

¹⁰ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Studium, Roma, 1992, p. 286 ss.

¹¹ MARIO RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Edizioni Dedalo, Bari, 2008, p. 124.

¹² NICOLA GIRASOLI, *Cento pensieri di pace. I diritti umani non si possono negoziare*, STR Press, Pomezia (Roma), 2011, p. 25.

¹³ BENEDETTO XVI, Lettera al Presidente del Senato Marcello Pera in occasione del convegno di Norcia «Libertà e laicità», 15 ottobre 2005, edita nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va), p. 1.

¹⁴ FRANCESCO, *Discorso alla delegazione dei parlamentari francesi del Gruppo di amicizia Francia-Santa Sede*, 15 giugno 2013, edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va), p. 1.

¹⁵ SILVIO FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 58.

possono dividere le società quando cercano di emergere, sottolineando la loro esclusività. È pertanto necessario comprendere che all'interno della vita sociale bisogna costruire ponti e non barriere, attraverso relazioni interculturali. Una giusta soluzione può essere quella di considerare i gruppi culturali minoritari non come una sfida all'unità del Paese, ma piuttosto un arricchimento»¹⁶.

Appare dunque evidente come la tutela della libertà religiosa¹⁷, ponendosi al vertice della scala dei diritti fondamentali¹⁸, si intrecci in modo indissolubile con le dinamiche che coinvolgono la costruzione di una pacifica convivenza tra i popoli, nella consapevolezza che «le culture sono sempre un arricchimento, un modo di cogliere che la diversità culturale può rafforzare l'unità e promuovere una migliore comprensione di se stessi»¹⁹, soprattutto all'interno di un panorama sociale caratterizzato dal convivio di «differenze normali» e «differenze diverse»²⁰.

In questo contesto, il diritto di satira non può mai tradursi in una licenza di offendere l'altrui identità religiosa, rendendo oggetto di sberleffo valori e principi che nella vita del fedele sono circondati da un alto senso di sacralità. Ne consegue che l'insulto non può mai rappresentare un valore aggiunto alla funzione di pungolo che contraddistingue la satira²¹, poiché «chi tocca il credente nella sua fede, lo colpisce nel suo intimo e lo ferisce nella sua identità»²².

2. *L'intervento della Chiesa Cattolica a margine del caso Charlie Hebdo e l'importanza di un corretto utilizzo degli strumenti di comunicazione sociale*

L'incidenza di queste dinamiche sulla libertà religiosa ha sollecitato la Chiesa Cattolica ad intervenire in merito ai tragici eventi che hanno colpito

¹⁶ NICOLA GIRASOLI, *Cento pensieri di pace. I diritti umani non si possono negoziare*, cit., p. 31.

¹⁷ Circa il regime della libertà religiosa nel diritto canonico, *ex plurimis*, si rinvia a PASQUALE COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico*, Jovene, Napoli, 1999; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Dio e Cesare paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008, p. 88 ss.

¹⁸ Cfr. ANGELO SCOLA, *Non dimentichiamoci di Dio. Libertà di fede, di cultura e politica*, Rizzoli, Milano, 2013, p. 91.

¹⁹ NICOLA GIRASOLI, *Cento pensieri di pace. I diritti umani non si possono negoziare*, cit., p. 27.

²⁰ SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 33.

²¹ Cfr. DOMENICO MOGAVERO, *Niente censura, ma la libertà non è a senso unico*, in AA.Vv., *Je suis Charlie? Je suis Charlie!*, Micro Mega, Roma, 2015, p. 77.

²² DOMENICO MOGAVERO, *Niente censura, ma la libertà non è a senso unico*, cit., p. 78.

il periodico satirico Charlie Hebdo, in ragione del proprio diritto nativo di annunciare sempre e ovunque i principi morali anche circa l'ordine sociale e così pure procedere ad un sindacato su qualsiasi realtà umana, qualora necessario per la tutela dei diritti fondamentali della persona umana o la salvezza delle anime (can. 747 § 2 *c.j.c.*)²³.

La Chiesa Cattolica, nell'esercizio del *munus docendi*, è «consapevole che la sua missione essenzialmente religiosa include la difesa e la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo»²⁴. Pertanto, il relativo impegno pastorale si articola in una duplice direzione, in quanto da un lato annuncia il fondamento cristiano dei diritti dell'uomo e dall'altro denuncia le violazioni di tali diritti²⁵.

A margine dell'evento terroristico di Parigi, nel condannare in modo assoluto ogni forma di terrorismo, Papa Francesco, circa il rapporto tra satira e religione, ha affermato che

«La libertà di espressione. Ognuno non solo ha la libertà, il diritto, ha anche l'obbligo di dire quello che pensa per aiutare il bene comune. L'obbligo. (...) Abbiamo l'obbligo di dire apertamente, avere questa libertà, ma senza offendere. (...) Non si può provocare, non si può insultare la fede degli altri, non si può prendere in giro la fede. (...) C'è un limite. Ogni religione ha dignità, ogni religione che rispetti la vita umana, la persona umana. E io non posso prenderla in giro. E questo è un limite»²⁶.

In questo contesto, assume una significativa importanza il corretto utilizzo dei mezzi di comunicazione sociale, circa il quale, nel can. 823 *c.j.c.*, si sancisce che:

a) affinché sia conservata l'integrità della verità della fede e dei costumi, i Pastori della Chiesa hanno il dovere e il diritto di vigilare che non si arrechi danno alla fede e ai costumi dei fedeli con gli scritti o con l'uso degli strumenti di comunicazione sociale; parimenti di esigere che vengano sottoposti al proprio giudizio prima della pubblicazione gli scritti dei fedeli che tocca-

²³ Cfr. DIMITRIOS SALACHAS, *Il magistero e l'evangelizzazione dei popoli nei Codici latino e orientale. Studio teologico-giuridico comparativo*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2001, p. 15 ss.; RAFFAELE SANTORO, *I diritti umani nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Quaerite*, 1, 2011, p. 136 ss.

²⁴ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, n. 159.

²⁵ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIONE IUSTITIA ET PAX, *La Chiesa e i diritti dell'uomo*, 10 dicembre 1974, nn. 60-90.

²⁶ FRANCESCO, *Incontro con i giornalisti durante il volo verso Manila*, 15 gennaio 2015, edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va), p. 6 ss.

no la fede o i costumi; e altresì di riprovare gli scritti che portino danno alla retta fede o ai buoni costumi (§ 1);

b) il dovere e il diritto, di cui nel § 1, competono ai Vescovi, sia singolarmente sia riuniti nei Concili particolari o nelle Conferenze Episcopali, nei riguardi dei fedeli alla loro cura affidati, d'altro lato competono alla suprema autorità della Chiesa nei riguardi di tutto il popolo di Dio (§ 2).

Queste norme prescrivono alcuni diritti e doveri dei Pastori nell'esercizio del *munus docendi*²⁷, nel quale rientra anche l'attività di vigilanza²⁸.

Circa la relativa applicazione, la Conferenza Episcopale Italiana, con la delibera n. 24 del 18 aprile 1985, in conformità alle competenze previste nel suo Statuto, ha assegnato alla propria Presidenza il compito di provvedere alla vigilanza circa gli scritti e l'uso dei mezzi di comunicazione sociale, di cui al can. 823 *c.j.c.*, nel caso in cui si manifesti una esigenza di carattere nazionale, fatta sempre salva la responsabilità dei Vescovi competenti singolarmente o riuniti nei Concili particolari²⁹.

Dal costante impegno della Chiesa Cattolica in questo delicato ambito ad alto impatto sociale emerge in modo evidente che la religione «non deve servire ad alimentare la contrapposizione e l'odio, ma a promuovere l'amore e la pace»³⁰. Del resto, dialogare «non è annullare le differenze e accettare le convergenze, ma è far vivere le differenze allo stesso titolo delle convergenze: il dialogo non ha come fine il consenso ma il reciproco progresso, un avanzare insieme»³¹.

3. *Vignette satiriche offensive del sentimento religioso e possibile funzione di deterrenza delle sanzioni penali canoniche*

Il legislatore universale, nel disciplinare i delitti contro la religione e l'unità della Chiesa, ha previsto l'applicazione di sanzioni penali in caso di bestemmia, oltraggio al pudore e vilipendio della Chiesa³², nella consape-

²⁷ Cfr. ANGELO GIUSEPPE URRU, *La funzione di insegnare della Chiesa nella legislazione attuale*, Edizioni Vivere In, Roma, 2001, p. 172 ss.

²⁸ Cfr. LUIGI SABBARESE, *La Costituzione gerarchica della Chiesa universale e particolare. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro II, Parte II*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 1999, p. 78.

²⁹ Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Delibera 18 aprile 1985, n. 24, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 3, 1985, p. 44 ss.

³⁰ GIOVANNI PAOLO II, *Non uccidere in nome di Dio*, Piemme, Casale Monferrato, 2005, p. 220.

³¹ ENZO BIANCHI, *L'altro siamo noi*, Einaudi, Torino, 2010, p. 14.

³² Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 230.

volezza che «oggi la mentalità secolarizzata porta a dissacrare ogni cosa»³³.

In particolare, a norma del can. 1369 *c.j.c.*, deve essere punito con una giusta pena colui che in uno spettacolo o in una pubblica adunanza o in uno scritto pubblicamente divulgato, o in altro modo servendosi degli strumenti di comunicazione sociale, proferisce bestemmia od offende gravemente i buoni costumi o pronuncia ingiurie o incita all'odio o al disprezzo contro la religione o la Chiesa³⁴.

Questa norma, trasfusa nel can. 1448 § 1 *c.c.e.o.*, ha lo scopo di «richiamare l'impegno dei Pastori alla difesa della fede, dei costumi e dell'unità della Chiesa contro eventuali pericoli derivanti da abusi compiuti tramite i "media"» e di «invitare alla responsabilità anche i fedeli che usano detti mezzi, mettendoli in guardia dalle perniciose ripercussioni morali di cui possono farsi autori o complici»³⁵, talvolta anche attraverso immagini satiriche. Difatti, il riferimento ai mezzi di comunicazione sociale, presente nel can. 1369 *c.j.c.*, è da ritenersi «puramente indicativo», da cui consegue che «la sanzione penale si estende quindi anche all'utilizzo di mezzi non espressamente elencati»³⁶.

Questa norma prevede una pena *ferendae sententiae* indeterminata ma obbligatoria³⁷, assegnando alla competente autorità ecclesiastica il compito di stabilire la pena da applicare tenendo conto del «carattere assai ampio e comprensivo delle figure di delitto considerate» e dei «notevoli margini di imprecisione nella determinazione del loro campo di applicazione»³⁸.

In base al combinato disposto con il can. 18 *c.j.c.*, a norma del quale le leggi che stabiliscono una pena devono essere sottoposte a interpretazione stretta³⁹, il can. 1369 *c.j.c.* può essere tuttavia applicato solo nell'ipotesi in cui l'azione delittuosa in esso prevista abbia ad oggetto la religione cattolica. Ne consegue che, in presenza di vignette satiriche gravemente offensive verso

³³ VELASIO DE PAOLIS, DAVIDE CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008, p. 308.

³⁴ Cfr. ANTONIO CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 261 ss.

³⁵ BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto penale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2014, p. 353.

³⁶ RAFFAELE BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 182.

³⁷ Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *Le sanzioni nella Chiesa (cann. 1311-1399)*, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, vol. 3, Lateran University Press, Roma, 2004, p. 527.

³⁸ RAFFAELE BOTTA, *La norma penale nel diritto della Chiesa*, cit., p. 182.

³⁹ Cfr. MARIA D'ARIENZO, *Il diritto penale canonico*, in MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 110; VELASIO DE PAOLIS, ANDREA D'AURIA, *Le Norme Generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro I*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008, p. 151 ss.

altre religioni, visti i ristretti margini di applicazione del can. 1399 *c.j.c.*⁴⁰, le competenti autorità ecclesiastiche potrebbero intervenire attraverso l'emanazione di un precetto penale singolare⁴¹.

Anche in questo caso, all'intervento dell'autorità ecclesiastica verrebbe assegnata una fondamentale funzione di deterrenza, la quale sarebbe ancora più efficace rispetto alla susseguente – se necessaria – applicazione delle sanzioni canoniche, la cui entità resterebbe in ogni caso non proporzionata rispetto agli effetti negativi che possono scaturire da una vignetta offensiva del sentimento religioso⁴².

La Congregazione per la Dottrina della Fede ha ribadito che i Vescovi devono «applicare, a seconda dei casi, le sanzioni amministrative o penali previste dal diritto della Chiesa, per chi, trasgredendo le norme canoniche, viola i doveri del proprio ufficio, costituisce un pericolo per la comunione ecclesiastica, arreca danno alla fede o ai costumi dei fedeli (cf. cann. 805; 810 § 1; 194 § 1, n. 2; 1369; 1371, n. 1; 1389)»⁴³.

In ragione dell'indole pastorale che ammantava il processo penale canonico⁴⁴, il medesimo Dicastero ha precisato che

«nel seguire le procedure canoniche, gli strumenti disciplinari siano gli ultimi ai quali ricorrere (cf. can. 1341), anche se non si può dimenticare che per provvedere alla disciplina ecclesiastica l'applicazione delle pene in certi casi si rivela necessaria (cf. can. 1317)»⁴⁵.

La previsione di queste norme, trasfuse anche all'interno del Direttorio

⁴⁰ Cfr. ANTONIO CALABRESE, *Diritto penale canonico*, cit., p. 347 ss.

⁴¹ Cfr. VELASIO DE PAOLIS, DAVIDE CITO, *Le sanzioni nella Chiesa. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VI*, cit., p. 369; LUIGI SABBARESE, *Diritto canonico*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2015, p. 276 ss.

⁴² La funzione di deterrenza delle sanzioni canoniche è stata rilevata anche in merito agli illeciti finanziari. A tale riguardo, cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Potestà punitiva della Chiesa Cattolica e illeciti finanziari: la pena canonica in ausilio agli ordinamenti civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2015, p. 1 ss.

⁴³ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione circa alcuni aspetti dell'uso degli strumenti di comunicazione sociale nella promozione della dottrina della fede*, 30 marzo 1992, art. 2, lett. d.

⁴⁴ Cfr. CLAUDIO MARRAS, *Indole pastorale e carità nel diritto penale canonico*, Saletta dell'Uva, Caserta, 2011, p. 33 ss. Circa la disciplina del processo penale canonico si rinvia ampiamente a CLAUDIO PAPALE, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VII, Parte IV*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2012.

⁴⁵ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione circa alcuni aspetti dell'uso degli strumenti di comunicazione sociale nella promozione della dottrina della fede*, cit., art. 3.

per il ministero pastorale dei Vescovi *Apostolorum Successores*⁴⁶, evidenzia ancora una volta l'importanza che il corretto utilizzo dei mezzi di comunicazione sociale assume anche nel contesto del dialogo interreligioso⁴⁷, da cui consegue che

«le religioni, soprattutto nel nostro tempo, segnato da conflitti in cui impropriamente, a volte, sono chiamate in causa, devono dare, anche attraverso i media, il loro fondamentale contributo alla costruzione della pace nella giustizia e nella solidarietà»⁴⁸.

È in questa prospettiva che l'apparato sanzionatorio previsto dall'ordinamento giuridico della Chiesa Cattolica può assumere una importante funzione di deterrenza, in ragione della consapevolezza che, negli ultimi tempi, soprattutto in questo delicato settore ad alto impatto sociale, è valevole il principio in base al quale il minimo battito d'ali di una farfalla sia in grado di provocare un uragano dall'altra parte del mondo e che, purtroppo, l'uragano nell'opposto emisfero può germinare anche da un tratto di matita.

⁴⁶ Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi Apostolorum Successores*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, nn. 140-141.

⁴⁷ Cfr. FRANCESCO, *Esortazione apostolica Evangelii gaudium*, 24 novembre 2013, nn. 250-254.

⁴⁸ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Direttorio sulle comunicazioni sociali nella missione della Chiesa Comunicazione e missione*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, n. 72.

*Il sigillum confessionis: dalla tutela dell'intimità alla realizzazione della metanoia**

DANIELA TARANTINO

1. *Nascondimento del segreto e svelamento della verità: dal piano dell'etica alla dimensione del diritto. Spunti per una riflessione canonistica*

«Nessun uomo ha diritto a una verità che nuoccia ad altri»¹. Quest'affermazione di Constant ben si adatta al contenuto ed alla funzione che il segreto dovrebbe svolgere nel suo alternarsi di nascondimenti e svelamenti, laddove la divulgazione di una verità che si confida ad altri con la volontà di tenerla segreta, non solo andrebbe ad interrompere il rapporto di fiducia tra i soggetti, ma potrebbe comportare il verificarsi di un danno nelle esistenze degli stessi.

Il discrimine tra segreto e nascosto starebbe, dunque, nella stessa struttura dei due concetti: il segreto ha il compito di custodire e contemporaneamente attestare l'esistenza di qualcosa che non deve essere rivelato; mentre ciò che si vuol nascondere deve necessariamente essere consegnato all'oblio, poiché si tratta di un qualcosa da dimenticare attraverso un'operazione di rimozione². Del resto le stesse definizioni di segreto – che ha già nel derivare dal participio passato (*secretum*) di *secernere*, cioè separato o messo da parte, esprime il senso della confidenza fatta col desiderio che la stessa non venga violata o tradita dalla divulgazione – elaborate nel corso del tempo dalla dottrina, ben evidenziano la tensione che si crea, sul piano pratico, fra il nascondere e lo svelare, azioni che implicano necessariamente il coinvolgimen-

* Dedico questo studio alla cara memoria del Professore Luciano Musselli.

¹ BENJAMIN CONSTANT, *Sulle relazioni politiche*, in IMMANUEL KANT, BENJAMIN CONSTANT, *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica*, Mondadori, Milano, 1996, p. 212.

² Sul tema dello svelamento del segreto cfr. MIMMO PESARE, *Disvelamento come trasformazione*, in *Quaderno di Comunicazione*, n. 5, 2005, pp. 62-73; sul tema del nascondimento cfr. LUCIANA DIDATO, *L'arte della bugia*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002.

to volontario tanto del soggetto confidente, quanto di quello depositario del segreto medesimo³.

Tenere segreta un'informazione, infatti, può generare comportamenti ingannevoli finalizzati al mantenimento della stessa nella sfera intima: ciò impone una valutazione sul piano etico poiché si passa dalla dimensione della verità a quella della menzogna, che può diventare mezzo per tutelare il segreto ed anche giustificazione delle azioni compiute per evitarne lo svelamento⁴. Il passaggio dal piano della menzogna al diritto alla *privacy* appare, dunque, segnato dal principio per cui il bene pubblico non può essere limitato né, tanto meno, leso dall'individualità dei singoli soggetti che compongono la società. Il diritto a mantenere segreto un insieme di dati attinenti la soggettività deve essere costituzionalmente tutelato mediante una serie di principi dai quali deriva una rete di criteri dentro cui imbrigliare la definizione dei rapporti tra sfera privata e sfera pubblica, tra interessi personali e bene collettivo, tenendo conto di come la dimensione soggettiva sia composta da una serie di diritti, quali quella della persona, della personalità e della *privacy*, che non possono né sovrapporsi né separarsi⁵.

³ Per una panoramica storico-giuridica sulla nozione di segreto si vedano, fra gli altri: GIOTTO BIZZARRINI, *v. Segreto professionale*, in *Digesto italiano*, vol. XXI, UTET, Torino, 1891, p. 391; EUGENIO FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, in *Trattato di diritto penale*, vol. III, Vallardi, Milano 1923, p. 495; UGO RUFFOLO, *v. Segreto (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1015-1027; MARIA VITTORIA CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁴ Si segnala a tal proposito come la riflessione teologica ponga l'accento non tanto sulla dimensione puramente antropologica della sincerità, all'interno della quale la menzogna acquisirebbe uno spessore legato solamente all'ingiustizia, quanto sulla sfera teologica in cui la menzogna assume la veste di peccato (per approfondimenti sul tema cfr. FRANCESCO D'AGOSTINO, *Persona - Interpersonalità - Comunicare*, in *Il sigillo confessionale e la privacy pastorale*, a cura di KRZYSZTOF NYKIEL - PAOLO CARLOTTI - ALESSANDRO SARACO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 19-38 e FRANCESCO BORGHINI, *La comunicazione interpersonale oggi tra sfide e tutele*, in *Il sigillo confessionale e la privacy*, cit., pp. 9-17).

⁵ In particolare il concetto di *privacy* definito inizialmente come «the right to be let alone» (SAMUEL WARREN, LOUIS D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 4, 1890, p. 193), col passare del tempo nella cultura anglosassone ha assunto una rilevanza tanto civilistica quanto costituzionalistica, laddove concerne sia l'interesse individuale all'autodeterminazione ed all'autonomia, sia quello volto ad escludere l'ingerenza dei pubblici poteri dalla sfera privata, cosicché lo stesso concetto di *privacy* diventa il diritto di controllare le proprie informazioni determinando i modi e gli strumenti attraverso cui edificare la propria sfera privata (cfr. GIORGIO PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2003, pp. 238-241 e STEFANO RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *Id., Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995, p. 122; sul rapporto tra segreto, potere ed etica cfr. MARIO RICCIARDI, *La rilevanza etica del segreto*, in *Problemi dell'attuazione e della produzione normativa*, a cura di ALBERTO ARTOSI, GIORGIO BONGIOVANNI, SILVIA VIDA, Gedit, Bologna, 2001, pp. 425-437; sulla costruzione storico-giuridica del rapporto tra segreto e norme costituzionali cfr. da ultimo CLAUDIO STORTI, *Il segreto di Stato tra "flessibilità" e "invecchiamento" della Costituzione*

È, dunque, evidente come l'ingresso del concetto di segreto nel mondo del diritto, e conseguentemente l'elaborazione di una nozione dello stesso in senso giuridico, passi non solo per lo studio semantico del termine, ma anche dall'analisi della contrapposizione fra una procedura ordinamentale rivolta all'individuazione del segreto e la tutela giuridicamente garantita dell'interesse personale alla segretezza, fra il diritto alla pubblicità ed il dovere di non violare la *privacy*, dicotomia che trova la sua soluzione nella valutazione degli interessi contrapposti, ossia della situazione occultata in rapporto al principio costituzionale della libertà di informazione⁶. Ciò significa che compito dell'interprete è anche quello di «confrontare l'interesse al mantenimento del segreto ... con il contrapposto interesse alla rivelazione e alla diffusione della notizia»⁷. Gli elementi costitutivi del segreto, pertanto, possono sintetizzarsi nel “sapere”, nella dissimulazione del sapere e nel rapporto con gli altri, elemento quest'ultimo che consente di comprendere in profondità come il sistema di relazioni in cui i soggetti coinvolti agiscono ed aderiscono in quanto portatori di interessi convergenti, possa essere intaccato quando non addirittura compromesso definitivamente dalla divulgazione del sapere e, dunque, dalla comunicazione del segreto⁸. È per questo che il tema del diritto al segreto è stato usualmente affrontato relazionandolo a quello del diritto alla riservatezza e le stesse norme poste dall'ordinamento a difesa del segreto (che spazia dalla figura del Segreto di Stato a quello di ufficio e di polizia, dal segreto professionale, bancario, industriale a quello documentale ed epistolare) agiscono tanto sul piano penale – allo scopo di prevenire la violazione delle singole previsioni sanzionate nelle fattispecie regolamentate – quanto su quello dei limiti imposti all'assunzione delle prove raccolte durante lo svolgimento di un processo in relazione alla presenza di uno o più segreti⁹. Se l'elemento unificante «è la protezione di quell'aspetto

negli anni 60 e 70, in *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di GIUDITTA BRUNELLI, GIOVANNI CAZZETTA, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 279-295).

⁶ Maggiore sarà l'affermazione del principio di trasparenza, più forte sarà la riduzione della sfera del segreto privato e viceversa, di modo che le norme a regolamentazione dei due diversi tipi di interessi siano soggette alla ponderazione delle eventuali lesioni scaturenti dalla loro mancata osservanza o dalla non attuazione delle corrispondenti eccezioni (cfr. MARGHERITA RAVERAIRA, v. *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., UTET, Torino, 1999, vol. XIV, pp. 19-21).

⁷ UGO RUFFOLO, *op. cit.*, p. 1018.

⁸ Cfr. sul punto DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, Eupress FTL, Lugano, 2008, pp. 91-98.

⁹ Cfr. sul punto MASSIMO DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, diretto da PIETRO RESCIGNO, vol. II, t. 1, UTET, Torino, 1982, p. 143 ss.; sulla distinzione

della libertà individuale riguardante l'esigenza di mantenere immuni dall'in-discrezione di terzi determinate comunicazioni o notizie»¹⁰, si comprende perché il segreto, ed in particolare il segreto professionale, rilevi sotto un duplice aspetto: dal punto di vista passivo, in quanto comporta l'obbligo per i non autorizzati di non divulgare, procurarsi o utilizzare notizie relative a certi oggetti; dal punto di vista attivo, poiché attribuisce un potere, spettante a determinate persone, di escludere i terzi da quella conoscenza, dal suo sfruttamento o dalla sua comunicazione ad altri¹¹. Partendo da tale presupposto, la dottrina introduce una distinzione di massima tra segreto reale e segreto personale: mentre il primo presuppone un rapporto tra funzioni e informazioni indipendentemente dal soggetto preposto alle funzioni (il cui esempio principale è rappresentato dal segreto di Stato); il secondo si basa sia sulla qualità delle informazioni poste sotto segreto, sia su quella del soggetto detentore delle stesse informazioni, come accade nel segreto professionale¹². Per i sostenitori del diritto naturale tale segreto è fondato sul diritto dell'uomo alla buona fama, di cui nessun individuo può essere privato dagli altri. Questo pensiero prende spunto dalla dottrina del *Doctor Angelicus* e sta a fondamento dell'odierna elaborazione dottrinale dei teologi moralisti, i quali basano le loro teorie sul diritto personale alla fama che, se rispettato, favorirebbe il bene comune¹³.

fra riservatezza in senso stretto ed in senso lato cfr. GIOVANNI BATTISTA FERRI, *Persona e privacy*, in *Rivista commerciale*, n. 1, 1982, p. 756 ss.).

¹⁰ VINCENZO MANZINI, *Violazione del segreto professionale privato*, in *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, UTET, Torino, 1961, p. 904.

¹¹ Cfr. PAOLA MUTTI, *v. Segreto professionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV ed., vol. XIII, UTET, Torino, 1997, p. 125. Per approfondimenti sul tema cfr., da ultimo, ROBERTO BORGOGNO, *Segreto professionale e riservatezza. Profili penali e implicazioni sistematiche*, Dike Giuridica, Roma, 2013.

¹² Cfr. GREGORIO ARENA, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Cedam, Padova, 1984, p. 181 ss.

¹³ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, Tipografia del Senato, Romae 1886-1887, II-II, q. 73, artt. 2-3, pp. 527-530. Seguendo tale tesi per via deduttiva si arriva ad affermare che il vincolo contrattuale, più che essere il fondamento dell'obbligazione del segreto professionale, risulterebbe esserne una determinazione (cfr. in proposito PIETRO PALAZZINI, *v. Segreto professionale*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. XI, Sansoni, Città del Vaticano 1953, p. 262). Restando in tema di segreto professionale, in ambito secolare, limitandoci al contesto italiano nell'età della codificazione, si deve ricordare l'art. 378 del Codice penale napoleonico del 1810, adottato l'anno successivo in una traduzione ufficiale nel Regno italico, che disciplina la violazione del segreto professionale sanzionando il comportamento di specifiche figure depositarie di segreti ad essi confidati per il loro stato o professione, che li rivelano indebitamente al di fuori dei casi in cui la legge li obbliga a darne denuncia. Tale norma verrà quindi ripresa da diversi codici degli Stati preunitari compreso il Codice sardo del 1859 (art. 587), destinato ad essere esteso a tutte le nuove province dello Stato unitario con eccezione della Toscana, per essere quindi sostituito dal primo codice unitario italiano Zanardelli che disciplina l'istituto all'art. 163. Il Codice del 1889 indicava in maniera generica i depositari del segreto, indicazione integrata dall'art. 248, comma 1 del Codice di procedura penale del 1913 (r.d. m. 127) che elencava puntualmente le figure legittimate ad eccepire il segreto professionale, tra cui si

In questa prospettiva la regolamentazione secolare del segreto professionale e la normativa canonistica circa la tutela del segreto confessionale, benché simili in ordine alla finalità (tutelare il soggetto dalla diffusione di informazioni che lo riguardano), si differenziano in ordine alla natura, all'origine ed alle sanzioni derivanti dalla loro violazione. Se il segreto professionale «obbliga coloro che per motivo di stato, ufficio, professione, arte, vengono a conoscenza di notizie riservate pertinenti a persone che si sono a loro rivolte per consiglio o per aiuto»¹⁴, il segreto sacramentale implica «propriamente l'obbligo stretto ed assoluto di osservare il segreto e di astenersi da ogni uso extrasacramentale circa tutto ciò che è stato detto dal penitente in ordine all'assoluzione sacramentale»¹⁵.

Pertanto, il segreto metaforicamente racchiuso nel *sigillum confessionis* lascia emergere fortemente un diritto della persona sulle proprie azioni, a sua volta portatore di risvolti problematici legati a due diversi profili, che sono propri tanto del confessore quanto del penitente, poiché inerenti la confessione resa, sia al livello contenutistico, sia in relazione alle modalità attraverso cui si realizza, e precisamente il profilo relativo alla conoscenza di un fatto ed alla modalità attraverso cui tale conoscenza avviene, e quello riguardante il linguaggio utilizzato e la comunicazione del fatto medesimo¹⁶.

In relazione al sacramento della confessione, poi, si possono individuare due tipi di interessi, i quali consentono al penitente ed al confessore di cooperare nell'amministrazione del sacramento: quello proprio della Chiesa, che si concretizza nella *salus animarum*; e quello personale del penitente, che si sostanzia nella volontà della persona di mantenere il segreto intorno a qualsiasi cosa che le possa risultare dannosa e nell'intenzione della stessa a conseguire la remissione dei peccati («ravvedetevi, dunque, e convertitevi

menzionavano espressamente i ministri di un culto ammesso nello Stato, divieto riproposto dall'art. 351, comma 1 del codice di rito del 1930, pur con delle differenze riguardanti la sostituzione del termine "stato" con quello di "ministero" accentuando il profilo funzionale, l'individuazione dei ministri di culto ed il potere accordato all'autorità procedente di svolgere l'esame testimoniale tutte le volte in cui non avesse ritenuto fondata la dichiarazione resa dai soggetti a questo autorizzati per esimersi dal deporre. Attualmente l'art. 200 del Codice di procedura penale riproduce sostanzialmente il contenuto del vecchio art. 351, pur con la modifica sul piano dell'individuazione dei ministri di culto legittimati ad eccepire il segreto, in quanto la formula vigente si richiama espressamente all'art. 8, comma 2 della Costituzione.

¹⁴ PIETRO PALAZZINI, *op. cit.*, p. 261.

¹⁵ ANGELO CRISCITO, *v. Segreto (sigillo) sacramentale*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. XI, Sansoni, Città del Vaticano, 1953, p. 256.

¹⁶ Per approfondimenti sull'argomento e soprattutto sulle differenti motivazioni alla base del nascondimento del fatto cfr. CARLO COLLO, *Riconciliazione e Penitenza-Comprendere, Vivere, Celebrare*, Edizioni paoline, Cinisello Balsamo, 1993.

affinché siano cancellati i vostri peccati»¹⁷.

I suddetti interessi, poi, trovano la propria naturale difesa nella disciplina del *sigillum confessionis* che, come sottolineato dal Catechismo della Chiesa Cattolica al § 1467, può essere definito come l'obbligo gravissimo che incombe sul confessore di mantenere il segreto su tutti i peccati confessati dal penitente e su tutto ciò che è stato conosciuto in sede di confessione¹⁸. Il fondamento di tale obbligo poggia su un motivo religioso che ha ad oggetto le relazioni dell'uomo con Dio e su una motivazione di giustizia, in quanto si deve mantenere il patto, implicitamente stipulato con il penitente, di tacere e, ove si tratti di peccato occulto, il segreto naturale di non diffamare il prossimo. L'obbligo del sigillo è di diritto divino perché scaturisce direttamente dalla stessa divina istituzione del sacramento della Penitenza, e anche di diritto ecclesiastico in quanto, fin dall'inizio, è stato osservato nella Chiesa l'intendimento di mantenere il segreto circa i peccati conosciuti per confessione, la cui funzione di strumento divino mediante il quale si raggiunge la riconciliazione fra l'uomo e Dio è stata sottolineata più volte da diversi Pontefici, fra cui certamente, per la rilevanza degli interventi, va ricordato San Giovanni Paolo II¹⁹, e da numerosi teologi e canonisti che, come si vedrà a breve, nelle loro opere ne hanno analizzato natura, genesi, evoluzione e significato.

2. Il sigillo sacramentale come tutela del peccatore nel diritto canonico codificato. Una storia antica

«In verità vi dico: tutto ciò che legherete sulla terra sarà legato in cielo e tutto ciò che scioglierete sulla terra sarà sciolto in cielo»²⁰. Questo è senz'altro il passo evangelico in cui viene ad essere maggiormente evidenziato il ca-

¹⁷ *Atti degli apostoli* 3, 19.

¹⁸ Cfr. PAOLO FERRARI DA PASSANO, *Il segreto confessionale*, in *La Civiltà Cattolica*, vol. IV, 1993, pp. 358-369.

¹⁹ Il Pontefice ha sottolineato a più riprese l'esigenza della riconciliazione fra Dio e l'uomo, innanzitutto nell'Enciclica *Dives in Misericordia* (soprattutto 5-6, in *Acta Apostolicae Sedis* (d'ora in poi *AAS*), n. 72, 1980, pp. 1193-1199) e poi nell'Esortazione Apostolica *Reconciliatio et poenitentia*. Particolarmente rilevante per l'argomento ivi trattato è l'Allocuzione del 12 marzo 1994, nella quale il Sommo Pontefice riafferma l'assoluta necessità del sacro silenzio, che il sacerdote confessore deve osservare sui contenuti dell'accusa sacramentale *usque ad effusionem sanguinis* se necessario. L'argomento della sacralità ed inviolabilità del sigillo è stato ripreso da Giovanni Paolo II nel discorso del 31 Marzo 2001 rivolto ai partecipanti al corso sul foro interno promosso dalla Penitenzieria Apostolica, e nella lettera apostolica in forma di motu proprio *Misericordia Dei* dell'aprile 2002.

²⁰ *Mt.* 18, 15-18.

rattere sacramentale della confessione ed il cosiddetto “potere delle chiavi”, consegnato da Cristo ai suoi discepoli ed al quale è inscindibilmente connessa l’inviolabilità del segreto che sigilla quanto detto dal penitente al confessore, al fine di condurre lo stesso verso il pentimento sincero e da questo alla vera conversione che porta alla riconciliazione con Dio e con la Chiesa²¹. Sul piano neotestamentario «la terminologia del *sigillo* e del *segreto* rimanda alla dimensione del *mysterion*, che rimane e deve rimanere chiuso nella sua essenza e verità. Solo Dio può aprire e rivelare il segreto che il sigillo chiude e reca con sé nella sua valenza e significanza»²².

La tutela del sigillo sacramentale si lega da un lato allo sviluppo storico della forma del sacramento della penitenza - infatti, l’esistenza di una penitenza pubblica di per sé esclude la rilevanza del segreto confessionale, del quale si comincia a vedere traccia, per quel che concerne la Chiesa d’Oriente, in Afraate il Saggio, vissuto nella prima metà del IV secolo, che definisce i sacerdoti “medici delle anime”²³, e per quel che riguarda la Chiesa d’Occidente, in Tertulliano²⁴ – e dall’altro all’elaborazione da parte della normativa canonica di forme propriamente giuridiche, pur se basate su regole teologiche o morali.

Furono essenzialmente tre le cause per cui tra il V ed il VI sec. la confessione pubblica perse la sua efficacia: il principio in base al quale la penitenza dovesse essere unica ed irripetibile a seguito del quale la confessione diveniva una sorta di preparazione alla morte, l’obbligo della penitenza a vita ed il rigore della disciplina penitenziale²⁵. Si deve alla Chiesa celtica il merito

²¹ Sulla “potestà delle chiavi” cfr. AGOSTINO MAYER, *v. Penitenza*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. IX, Sansoni, Città del Vaticano, 1952, pp. 1107-1110.

²² KRZYSZTOF JOZEF NYKIEL, *Il sigillo sacramentale nella normativa canonica*, in *Teka Kom. Praw. - OLPAN*, 2014, p. 83.

²³ «Cumque (infirmis) vobis revelaverit, nolite eam publicare, ne propter illum ab inimicis et ab iis qui nos oderunt, innocentes in culpa esse indicentur» (Aphraates, *Demonstrationes*, in *Patrologia syriaca*, Paris 1894-1907, I-II, 7, 3, pp. 3189-3190).

²⁴ TERTULLIANUS, *De poenitentia*, in *Patrologia latina* (d’ora in poi PL), a cura di J.P. Migne, vol. I, Paris, 1844-1855 - PL, X. 1, col. 1240. La grande penitenza pubblica aveva inizio con una confessione generale di fronte al vescovo e alla comunità, la cosiddetta *exomologesis*, un invito alla comunità di pregare per il peccatore; quindi il vescovo (e più tardi un sacerdote addetto alla penitenza) provvedeva alla scomunica temporanea che poteva essere levata solo attraverso la penitenza pubblica, la cui durata ed il cui grado erano stabiliti dallo stesso vescovo. Terminato il periodo di penitenza aveva luogo la riconciliazione (solitamente il giovedì santo) e la riammissione nella comunità della Chiesa, e si poteva ricevere la comunione nella notte di Pasqua (cfr. JOSEF BOMMER, *La confessione nella dottrina e nella prassi*, Borla, Torino, 1965, pp. 61-62). Sul tema cfr. anche ORAZIO CONDORELLI, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata, tra Occidente latino e Oriente bizantino: percorsi e concezioni a confronto*, in *Lex Iustitia Veritas. Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi*, Jovene, Napoli, 2012, p. 117 ss.

²⁵ Già nel III secolo gli eventi che erano andati a sconvolgere la vita della Chiesa avevano inevita-

di avere introdotto il rito della confessione privata ripetibile, cioè la confessione dei peccati in forma privata davanti al sacerdote. Mediante i libri penitenziali si elaborarono ampi cataloghi di peccati con le relative penitenze viste come strumenti di salvezza²⁶. L'evoluzione avuta dal sacramento diede sempre maggiore importanza alla figura del sacerdote, alla sua azione e al comportamento che questi doveva assumere nei riguardi del peccatore e dei peccati ascoltati²⁷. Durante l'epoca della riforma carolingia si tentò di riportare in auge l'antico sistema penitenziale, ma tale tentativo ebbe solo parzialmente successo a causa della ormai effettiva corrispondenza del nuovo sistema della penitenza privata ai cambiamenti sociali verificatisi e provocò la dicotomia tra la confessione dei peccati occulti, che restava privata, e quella per i peccati gravi commessi dai laici in pubblico, che diventava pubblica²⁸.

Sebbene la penitenza pubblica perda progressivamente rilevanza durante l'Alto Medioevo a beneficio di quella segreta che prenderà il nome di "confessione"²⁹, risulta difficile sostenere che in tale periodo vi fosse una netta separazione fra "pubblico" e "privato", tenendo anche conto di come proprio la penitenza segreta dia avvio allo sviluppo di un autentico foro interiore e di come l'uso indifferenziato dei termini *crimen*, *delictum*, *peccatum*, *pena* non consentisse di attuare una chiara distinzione tra foro penale e

bilmente dato l'*input* alla definizione del sistema legato alla confessione dei peccati, inoltre l'attività conciliare dei secoli IV e V aveva dato luogo all'elaborazione di una normativa comune (cfr. *Id.*, pp. 117 e 123).

²⁶ Sul tema cfr. fra gli altri BRIAN EDWIN FERME, *Introduzione alla storia del diritto canonico*, I, *Il diritto fino al Decretum di Graziano*, Mursia, Milano, 1998, pp. 108-194.

²⁷ Il primo documento che sottolinea l'importanza del mantenere segreto quanto rivelato dal penitente è costituito dalla lettera scritta da San Leone Magno nell'anno 459 ai Vescovi della Campania, Sannio e Piceno, con la quale proibisce espressamente la confessione pubblica dei singoli peccati (LEO MAGNUS, *Epistolae*, 168 in *PL*, vol. LVI, p. 1211).

²⁸ Tale dicotomia durerà sino alla fine del XII secolo, distinguendosi tra «penitenza pubblica solenne, riservata ai vescovi, inflitta ai laici per i peccati più gravi e scandalosi commessi pubblicamente; penitenza pubblica non solenne, cioè il pellegrinaggio penitenziale, imposto ai laici per colpe pubbliche meno gravi e ai chierici; penitenza privata, per i peccati occulti, fossero essi gravi o lievi» (ORAZIO CONDORELLI, *op. cit.*, pp. 131-132).

²⁹ Nel canone *Mensuram temporis*, attribuito già da Burcardo di Worms a San Girolamo e delineante il ruolo discrezionale svolto dal sacerdote nell'imposizione della penitenza, il termine *poenitentia* risulta l'unico adoperato, non comparendo affatto quello di *confessio* (cfr. BURCHARDUS WORMATIENSIS, *Decretum libri XX*, Parisii, apud Ioannum Fouclerium, 1549, lib. XIX, cap. XXXI, c. 286 rv, brano recepto successivamente nel *Decretum* di Graziano (C. 33, q. 3, *de poenit.*, D. 1. c. 86); sull'argomento cfr. MARIA GIUSEPPINA MUZZARELLI, *Teorie e forme di penitenza in fase di transizione (secoli XI-XIII)*, in *Dalla penitenza all'ascolto delle confessioni: il ruolo dei frati mendicanti*, Atti del XXIII convegno internazionale di studi francescani, Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 1996, pp. 31-58).

foro penitenziale³⁰. Non è, perciò, un caso che proprio nell'Alto Medioevo «se per un verso il mantenimento del segreto si giustifica già per il carattere medicinale della penitenza “privata”, dall'altro esso mira essenzialmente a impedire l'emergere dello scandalo, evitando di rivelare la colpa attraverso la pubblicità della pena»³¹.

A partire dalla fine dell'XI secolo la riforma gregoriana, soprattutto per le sue posizioni prese in relazione alla lotta contro gli scandali causati dagli eccessi dei religiosi, gioca un ruolo di primo piano nella trasformazione, sotto il profilo istituzionale e sotto quello giuridico, del significato, dell'uso e della classificazione dei termini occulto, segreto e pubblico, spianando la strada a quella profonda attenzione alla procedura che nel corso del XII secolo avrebbe portato alla compilazione del *Decretum Magister Gratiani* ed alla protezione del segreto legata alla volontà di evitare lo scandalo³² ed all'esigenza di rivendicare uno spazio per il “tribunale della coscienza”, che nel rispetto dell'autonomia del soggetto ne indagherà le intenzioni³³.

Non meraviglia, allora, se proprio a partire dall'XI secolo acquistino maggiore rilevanza interventi specifici sul segreto confessionale, tra i quali occorre ricordare per la particolare incisività un brano tratto dall'XI libro, ancora inedito, della *Collectio canonum* di Anselmo di Lucca che verrà riproposto successivamente con qualche variante nel *Decretum* di Graziano, precisamente all'interno del *Tractatus de Poenitentia* inserito nella *Quaestio tertia della causa 33*³⁴. Dal *Decretum Gratiani*, in cui era il timore dello scandalo a giustificare immediatamente la deposizione del prete che avesse

³⁰ In proposito cfr. CHARLES MUNIER, *Discipline pénitentielle et droit pénal ecclésial*, in *Concilium*, n. 107, 1975, p. 25 ss.

³¹ JACQUES CHIFFOLEAU, *La Chiesa, il segreto e l'obbedienza*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 26.

³² Per approfondimenti storico-giuridici sul concetto canonistico di scandalo cfr. CAPUCINE NEMOPEKELMAN, *Scandal et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XIIe – XIIIe siècle)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 85, 2007, pp. 491-504 e RICHARD HENRY HELMHOLZ, *Scandalum in the Medieval Canon Law and the English Ecclesiastical Courts*, in *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung*, vol. 96, 2010, pp. 258-274.

³³ Sul tema cfr. JACQUES CHIFFOLEAU, *op. cit.*, pp. 27-33. Tale esigenza contribuisce a rendere inevitabilmente più chiara, all'interno della sfera giudiziaria della Chiesa, la distinzione tra foro interno e foro esterno e, conseguentemente, tra foro ecclesiastico e fori laici, comportando la centralità del sacramento della penitenza con la relativa soppressione, nelle opere dei teologi del tempo, dei termini di “remissione” e “riconciliazione”, a vantaggio di quello di “assoluzione”, evocativo di una cancellazione giuridica della colpa (cfr. *ivi.*, pp. 36-37 e PAOLO PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 40 ss.

³⁴ «Sacerdos ante omnia caveat ei confitentur peccata, alicui recitet, non propinquis, non extraneis, neque quod absit pro aliquo scandalo. Nam si hoc fecerit deponatur et omnibus diebus vitae suae ignominiosus peregrinando pergat» (C. 33, q. 3, *de poenit.*, D. 6, c. 2); sulla *Collectio* di Anselmo, composta intorno al 1080 e intrisa dei concetti scaturenti dalla riforma gregoriana, cfr. BRIAN EDWIN FERME, *op. cit.*, pp. 171-174).

rivelato i peccati ascoltati in confessione³⁵, ha tratto a sua volta tale passo Pietro Lombardo, il quale lo ha riproposto praticamente inalterato nel IV libro delle sue *Sentenze*, precisamente nella *distinctio* 21^a, inserimento di grande rilevanza data la centralità che tale testo assume nelle scuole di teologia, essendo fatto oggetto di commenti dalle somme autorità della suddetta disciplina, primo fra tutti l'Aquinate³⁶. San Tommaso commenta tale passo quando lo stesso si è già da tempo imposto come principale fonte ispiratrice del pontefice Innocenzo III nella stesura della parte conclusiva del Decreto 21 del Concilio Lateranense IV del 1215³⁷, quell'*Omnis utriusque sexus* che rende inviolabilmente segreta la confessione sacramentale, facendo sì che la stretta tutela del *sigillum confessionis* esprima pienamente il legame esistente tra la protezione assoluta del foro interno e l'assolutezza del potere divino³⁸:

Caveat omnino (sacerdos), ne verbo aut signo quovis modo aliquatenus prodat peccatorem. Sed, si prudentiore consilio indigerit, illud absque ulla espressione personae caute requirat, quondam, qui peccatum in paenitentiali sudicio sibi detectum praesumpserit rivelare non solum a sacerdotali officio

³⁵ Cfr. *Decretum, De poenitentia*, d. 6, c. 2, in *Corpus Iuris Canonici*, ed Friedberg, Lipsia 1879, vol. I, p. 1244. Già a partire dalla seconda metà dell'XII secolo si inizia ad ammettere che durante il sacramento della penitenza il confessore ascolta il penitente non come uomo *sed ut Deus*, come si può leggere nella decretale di Eugenio III inserita nel *Liber Extra* (1, 31, 2, in *Corpus Iuris Canonici*, ed Friedberg, cit., p. 186) in cui, in relazione alla conoscenza di un crimine mediante la confessione sacramentale, il Pontefice afferma: «sed tamen, non nominatim potest eum remove a comunione, licet sciat eum esse reum, quia non ut iudex scit sed ut deus».

³⁶ Nell'ambito del suo Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo, il *Doctor Angelicus* affronta anche il problema della natura del *sigillum confessionis* che trova il suo fondamento giuridico nel diritto naturale ed il quello positivo, riproducendo nel rapporto fra il sacerdote ed il penitente il modello divino: come Dio non rivelerà mai i peccati a lui confidati in confessione, allo stesso modo dovrà comportarsi il sacerdote, in quanto ministro di Dio (cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Commento alle Sentenze di Pietro Lombardo*, Bologna 1999, vol. VIII, in *IV Sententiarum librum*, D. 21, q. 3, artt., 1-2, pp. 880-885). Sullo stesso tema l'Aquinate tornerà nel suo capolavoro *Summa Theologica*, in cui è affrontato il problema della rivelazione di quanto appreso in confessione da parte del confessore qualora ciò realizzi il maggior bene per il penitente, concludendo negativamente in quanto l'obbligo del sigillo sacramentale è ritenuto di diritto divino, scaturendo dalla divina istituzione del sacramento della penitenza (cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, tertiae partis supplementum*, cit., q. XI, art. 1, 1, p. 67).

³⁷ Per una panoramica sulla storia del Concilio cfr. RAYMONDE FOREVILLE, *Storia dei Concili Ecumenici*, IV, *Lateranense I, II, e Lateranense IV*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001; sul canone 21 cfr. JAN DOHNALIK, *Il precetto pasquale. La normativa sulla Comunione e la Confessione annuale (cann. 920 e 989) alla luce della tradizione canonistica*, Pontificia Università Gregoriana, Roma 2015.

³⁸ Cfr. JACQUES CHIFFOLEAU, *op. cit.*, p. 40. Riguardo all'origine dell'espressione *sigillum confessionis*, secondo il più importante studio storico-giuridico sul tema essa sarebbe stata utilizzata per la prima volta intorno alla metà del XII secolo da Niccolò di Clairvaux, un discepolo di San Bernardo (BERTRAND KURTSCHIED, *A history of the seal of confession*, St. Louis-London 1927, pp. 1-3).

deponendum decernimus, verum etiam ad agendam perpetuam paenitentiam in arctum monasterium detruendum³⁹.

L'evoluzione iniziata dagli scolastici sulla base delle affermazioni del Lateranense IV in ordine alla confessione ed al sigillo sacramentale, proseguita negli anni successivi da teologi e canonisti, raggiunge un'importante tappa nel XVI sec. con il Concilio di Trento. Questo, pur non trattando in maniera specifica il tema del *sigillum confessionis* e della sua violazione, lascia di fatto inalterata la normativa del Lateranense IV richiamandola espressamente, rendendo maggiormente articolata la disciplina dei casi riservati, e limitandosi ad apporre qualche modifica, come nel caso della mancata riproposizione della discussa formula di confessarsi di fronte al proprio sacerdote, che apre la strada all'azione pastorale in campo penitenziale degli ordini religiosi, soprattutto nuovi e rinnovati, nell'età della Controriforma. Tale Concilio dedica molta attenzione al tema della confessione, definendola come istituzione di diritto divino che può essere amministrata solo dai vescovi e dai sacerdoti, ai quali il penitente può liberamente mostrare le proprie ferite senza vergognarsi e senza avere il timore che ne possa essere data notizia ad altri⁴⁰.

Il Concilio di Trento segna anche l'inizio dell'età della Controriforma, che vede la Chiesa contrastare strenuamente la diffusione delle dottrine eretiche istituendo un organo apposito quale quello del Sant'Uffizio⁴¹. Introducendo il rito inquisitorio romano all'interno del sistema penale e definendo al contempo la disciplina del sacramento penitenziale, la confessione intesa come pratica per il reintegro del peccatore nella comunità dei fedeli ebbe come

³⁹ Cfr. *Concilium Lateranense IV*, in *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Bologna 1973, can. 21, p. 245. Tale canone doveva risultare di fondamentale importanza per la disciplina canonistica della materia a seguito del suo inserimento nel *Liber Extra* di Gregorio IX che sarà la prima delle grandi compilazioni ufficiali di decretali pontificie destinate a far parte del *Corpus Iuris Canonici* (cfr. X. 5. 38. 12; su tale compilazione cfr. ALFONS MARIA STICKLER, *Historia juris canonici latini*, I, *Historia fontium*, LAS, Romae, 1985, pp. 200-216). Non va, poi, dimenticato, che dell'argomento si era già occupato il Sinodo di Parigi (1203-1214) la cui cost. 38 così recitava: «nullus ira vel odio vel etiam metu moris, in aliquo audeat revelare confessionem signo vel verbo, generaliter vel specialiter; ut dicendo "Ego socio quales estis"; et, si revelaverit, absque misericordia debet degradari» (cfr. KRZYSZTOF JOZEF NYKIEL, *Il sigillo sacramentale nella normativa canonica*, cit., p. 82).

⁴⁰ Cfr. *Concilium Tridentinum*, in *Conciliorum...*, cit., Sess. XIV, cap. VI *De ministro huius sacramenti et absolutione*, pp. 707-708. Sul ruolo della confessione all'interno della normativa scaturiente dal concilio tridentino cfr. fra gli altri ADRIANO PROSPERI, *La confessione e il foro della coscienza*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, a cura di A. Prodi, W. Reinhard, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 225-254.

⁴¹ Sul tema dei rapporti fra *sigillum confessionis* e repressione dell'eresia ad opera dell'inquisizione Romana cfr. GIOVANNI ROMEO, *Ricerche su confessione dei peccati ed Inquisizione nell'Italia del Cinquecento*, La Città del Sole, Napoli 1997, p. 9 e ss. In particolare sui canoni sesto e ottavo della sessione 24 del 1563 cfr. ELENA BRAMBILLA, *Alle origini del Sant'Uffizio. Penitenza, confessione e giustizia spirituale dal medioevo al XVI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 488-491.

conseguenza la configurazione di due opposte esigenze: da un lato quella di mantenere segreto quanto rivelato nella confessione sacramentale, ponendo al centro l'assolutezza del principio di inviolabilità del *sigillum*; dall'altro l'esigenza antieretica propria dell'Inquisizione, avente come obiettivo la confessione giudiziale, in base alla quale, al fine di evitare l'incombere dei gravi pericoli insiti nella diffusione dell'eresia, il bene superiore da tutelare fosse quello della fede, a vantaggio dell'intera comunità, la cui protezione veniva considerata primaria anche di fronte al rispetto del principio dell'inviolabilità del *sigillum sacramenti*, che pertanto poteva venir meno a salvaguardia della fede stessa e dell'unità della cristianità⁴². Pur affermando la regola formale dell'assolutezza del segreto confessionale, pertanto, la prassi individuava quelle circostanze in cui la conoscenza dell'occulto aveva preminenza, attivando una serie di strumenti procedurali che consentivano di sottoporre al giudizio del foro esterno colpe gravi che sino a quel momento erano state soggette soltanto al foro della confessione sacramentale, e facendo sì che per molti canonisti la causa di eresia diventi la giustificazione non tanto dell'apertura del sigillo, quanto dell'utilizzo della *denunciatio evangelica* modellata sul principio della correzione fraterna (Matteo, 18, 15-18)⁴³.

⁴² Cfr. sul punto ADRIANO PROSPERI, *v. Confessione: gli intrecci*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, vol. I, Edizioni della Normale, Pisa, 2010, pp. 370-372. In sostanza partendo dal presupposto della grave pericolosità dell'eresia, l'obbligo della segretezza della confessione poteva essere sottoposto a dei limiti. La sorveglianza effettuata dal tribunale del foro esterno finiva, così, per sovrapporsi a quella del foro interno caricando da un lato i penitenti dell'obbligo di comparire dinanzi all'Inquisizione sia per rivelare le loro conoscenze riguardo le eresie, sia per denunciare casi di *solicitatio ad turpia* da parte dei confessori; dall'altro assegnando al giudice inquisitore il compito di approfondire l'inchiesta andando ad individuare gli eventuali complici del delitto di eresia al fine di catturarli e punirli (cfr. *Id.*, *Il sigillo infranto: confessione e inquisizione in Portogallo nel '700*, in *Id.*, *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2003, pp. 416-422). A risolvere il conflitto dottrinale circa la possibilità, da parte del confessore, di servirsi dei fatti appresi in confessione senza far ricadere il sospetto sul penitente, intervenne una prescrizione di Clemente VIII (*Decretum Clementis PP. VIII Dominus noster*, in *Constitutiones et decreta apostolica a regularibus in publica mensa sive alias in capitulo ad hoc specialiter convocato singulis annis ad statutis temporibus legenda*, Romae, ex typographia Reverendae Camerae Apostolicae, 1720, p. 221). Le riforme introdotte dai canonici tridentini e gli studi effettuati dalla scienza canonistica sulla base delle premesse della teologia tomistica concorrono al fiorire tra il XV ed il XVII secolo di interventi sul tema del *sigillum confessionis* sia canonistici (cfr. ad esempio AGOSTINO BARBOSA, *Pastoralis sollicitudinis, sive de officio et potestate parochi tripartita descriptio*, Laurentii Durand, Lugduni 1688, p. II, cap. XIX, pp. 157-158) che moralistici (cfr. ad esempio PAULUS LAYMANN, *Theologia moralis*, typis Georgii Valentini, Venetiis, 1730, t. II, *Id.* V, tract. VI *De Sacramento Poenitentiae*, cap. IV, p. 294; sulle tendenze della teologia morale fra XVI e XVII secolo cfr. BERNHARD HÄRING, *La legge di Cristo. Trattato di Teologia morale*, vol. I, *Teologia morale generale*, Morcelliana, Brescia, 1957, pp. 27-30).

⁴³ Cfr. JACQUES CHIFFOLEAU, *op. cit.*, pp. 76-79. In proposito Guglielmo di Auxerre, sulla scorta degli insegnamenti dei suoi predecessori che in situazioni eccezionali ammettevano che il sacerdote potesse rivelare il contenuto della confessione in quanto *non infrangit sigillum sed aperit*, in termini più prudenti affermava che in caso di eresia si potesse eccepire al segreto della confessione «per

La problematica legata alla liceità della violazione del segreto confessionale al fine di contrastare il fenomeno dell'eresia si esaurì progressivamente con l'attenuarsi della minaccia ereticale nel corso della prima metà del XVIII secolo, periodo in cui l'affermarsi del giurisdizionalismo con il conseguente ridimensionamento della giurisdizione ecclesiastica a vantaggio di quella statale portò verso la fine del secolo in molti contesti, anche a seguito dell'affermarsi delle dottrine illuministiche e della Rivoluzione francese, all'abolizione dei tribunali inquisitoriali⁴⁴.

Nei secoli seguenti, infatti, si insiste sempre più energicamente sulla necessità di dare adeguata rilevanza al sigillo sacramentale⁴⁵ e sull'esigenza di sottolineare l'intrinseco legame presente nel foro interno tra elemento giuridico ed elemento morale, tendenze che trovano il loro sbocco naturale nella normativa contenuta in proposito nel *Codex Iuris Canonici* del 1917⁴⁶.

quam magnum detrimentum incurreret ecclesia» (cfr., GUGLIELMO DI AUXERRE, *Summa Aurea* (1215-1220ca), I, IV, 3, 2, a cura di J. Ribaillet, Paris-Grottaferrata, 1985, p. 256). Addirittura Raimondo da Peñafor arriva a ritenere che il rifiuto di collaborazione da parte dell'eretico o del sospettato che non abbia rinunciato alla propria eresia, sia in grado di sciogliere il confessore dal segreto (cfr. RAIMONDO DA PEÑAFORT, *Summa de casibus* (1222-1229 ca), III, 34, 4, Lyon 1718, p. 449).

⁴⁴ Sul tema del "sigillismo", termine con cui si indica la tutela del sigillo sacramentale, e sul conflitto di natura spirituale e religiosa che si originò in Portogallo sul finire della prima metà del XVIII secolo intorno alla liceità dell'uso delle informazioni apprese in confessione al fine della correzione individuale e sociale della persona, cfr. Z. SANTOS, *v. Sigillismo*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, vol. III, Edizioni della Normale, Pisa, 2010, pp. 1423-1424; sul fenomeno del giurisdizionalismo cfr. da ultimo CARLO FANTAPPIÉ, *v. Giurisdizionalismo e la Chiesa in Italia*, in *Dizionario Storico Tematico La Chiesa in Italia* (versione telematica), vol. I, *Dalle Origini all'Unità Nazionale*, Roma 2015; sul riformismo settecentesco e sulle ripercussioni avute nella storia e nell'organizzazione della Chiesa cfr. da ultimo MARIO ROSA, *La contrastata ragione. Riforme e religione nell'Italia del Settecento*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2009.

⁴⁵ Cfr. ad esempio BENEDICTUS XIV, *De Synodo dioecessana libri tredecim*, sumtibus Silvestri Gatti, Venetiis 1775, t. I, lib. IX, pp. 253-259. Anche i moralisti continuarono a dare il loro contributo al dibattito sul tema del *sigillum confessionis* e fra questi ricordiamo la figura di S. Alfonso Maria de Liguori che, con le sue opere, influenzerà la teologia morale della seconda metà del Settecento e di buona parte dei due secoli successivi (cfr. ALFONSO MARIA DE LIGUORI, *Theologia moralis*, suis typis Remondini editit, Bassani 1837, t. II, lib. VI, tract. IV *De Sacramento Poenitentiae*, pp. 416-421, in cui precisa come il penitente non sia tenuto al *sigillum* nei riguardi del confessore, ma sia comunque obbligato ad uno stretto *secretum naturale*). Si segnala infine un decreto del Sant'Uffizio del 18 novembre 1882 in cui si affermò che nessun confessore potesse far uso della scienza acquistata in confessione *cum gravamine poenitentis*, rigettando la liceità delle future ed eventuali opinioni contrarie (cfr. TEOFILO SANTACHIARA, *v. Sigillum confessionis*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XV/II, Società Editrice Libreria, Milano, 1925, p. 696).

⁴⁶ Sul concetto di foro interno, sia dal punto di vista storico-giuridico, sia da quello dottrinale, in specie sulla distinzione tra foro giuridico e foro morale e sul legame tra diritto naturale e legge positiva con le relative problematiche di tipo dogmatico derivanti dal differente approccio metodologico posto in essere dal diritto canonico e dalla teologia morale, cfr. GUIDO SARACENI, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, Cedam, Padova, 1961; per approfondimenti cfr. MIRIAM TURRINI, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna*, Il Mulino, Bologna 1991.

In particolare, i canoni 889 ed 890 disciplinavano il sacramento della penitenza, mentre i canoni 1755 e 1757 concernevano l'obbligo di testimoniare in giudizio ed infine i canoni 2369 e 2398 riguardavano le sanzioni penali. Il canone 889 non lasciava al confessore alcun margine di discrezionalità nell'osservanza del sigillo che doveva dunque essere assoluta⁴⁷. Il sigillo sacramentale, andava a coincidere con l'obbligo di "*non prodere peccatorem*"⁴⁸, obbligo esteso anche all'interprete ed a tutti coloro ai quali fosse giunta notizia dei peccati rivelati in confessione.

Con il Concilio Vaticano II il Sacramento della Penitenza si spoglia della connotazione moralistica che per secoli lo aveva appesantito. L'esercizio della Penitenza non è ridotto alla sola celebrazione del sacramento, ma esteso a tutta la vita: ai cristiani è richiesta la conversione continua, perché tutto ciò che essi compiono o sopportano può essere gradito al Signore (*Lumen Gentium* n. 35). La richiesta del Concilio Vaticano II di rivedere i libri che regolano la celebrazione dei sacramenti porterà, in materia di sacramento della Penitenza, alla promulgazione, il 2 dicembre 1973, del nuovo testo, dal titolo *Ordo Paenitentiae*, contenente il rito della penitenza, con un significativo rinnovamento di vocabolario. Al confessore è nuovamente riconosciuto il compito di giudice, ma ancor più quello di medico spirituale, custode di tutti i peccati, anche gravi. Proprio la celebrazione del Concilio Vaticano II ha in un certo senso «decretato la revisione del Codice di Diritto Canonico secondo criteri più aderenti alla missione pastorale della Chiesa e alle legittime esigenze della vita moderna»⁴⁹. Infatti è fuor di dubbio che il Concilio Vaticano II abbia avuto un'impostazione dottrinale di tipo pastorale con grande apertura al mondo contemporaneo ed il *Codex* sia stato uno strumento normativo della vita ecclesiale in cui tale dimensione ha trovato la sua piena realizzazione⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. GOMMAR MICHIELS, *De delictis et poenis: Commentarius libri V Codicis Iuris Canonici*, vol. III, sub. can. 2369, typis societatis S. Joannis Evangelistae, Desclee et socii, Paris-Tournai-Romae-Neo Eboraci, 1961.

⁴⁸ Cfr. FELICE MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, ed. 4, Romae 1944, v. 2 de poenitentia, 584, p. 603.

⁴⁹ PAOLO VI, *Allocuzione ai Prelati Uditori ed Ufficiali del Tribunale della Sacra Romana Rota*, 27 gennaio 1969, in AAS 61 (1969), pp. 174-178. Per approfondimenti sul tema cfr. FRANCESCO D'OSTILIO, *La storia del nuovo Codice di diritto canonico. Revisione - promulgazione - presentazione*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1983.

⁵⁰ La corrispondenza fra principi conciliari e disciplina codicistica risulta proprio dalla recezione dell'ecclesiologia del Vaticano II, espressa dai documenti da questo scaturiti (cfr. VINCENZO FAGIOLO, *Vaticano II e Codex iuris canonici*, in *Teologia e Diritto canonico, Studi giuridici* - XII, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, pp. 37-47). Per approfondimenti sull'ecclesiologia conciliare e sul rapporto col vigente Codice cfr. ROSARIO CASTILLO LARA, *Criteri di lettura e comprensione del nuovo*

Nel vigente *Codex*, infatti, pur essendovi sostanzialmente una ripresa della precedente normativa circa il sigillo sacramentale, tanto la terminologia adoperata quanto l'impostazione data alla disciplina, sono intrise dell'ecclesiologia conciliare. Differentemente dal Codice del 1917 – in cui il segreto sacramentale era detto *sigillum* sia in rapporto al confessore, sia in rapporto ad altre persone venute a conoscenza dei peccati o colpe accusate in confessione – il can. 983 del *Codex* vigente contiene due obblighi: quello di osservare il sigillo sacramentale (proprio del solo confessore), e quello di osservare il segreto sacramentale (in riferimento agli interpreti ed a tutti coloro che, eventualmente, fossero venuti a conoscenza, dalla confessione, della materia della confessione stessa). La materia del sigillo sacramentale e quella del segreto sacramentale è la medesima, così come la caratteristica dell'inviolabilità che sta alla base di entrambi. Ciò che cambia è l'ambito nel quale si opera: quello sacrale, dell'assoluzione di peccati, nel primo caso, quello del segreto naturale e del diritto canonico nel secondo⁵¹. La tutela offerta al sigillo sacramentale, continua nel Codice con quanto disposto dal canone 984, specularmente al precedente canone 890. Il confessore ha, infatti, l'obbligo di non usare della scienza acquisita in confessione, anche se è escluso qualsiasi pericolo di violazione. Vi è una differenza di una certa rilevanza nel dettato normativo dei due codici in relazione alla possibilità o meno di essere sciolti dal vincolo. Infatti, il canone 1757 del Codice pio-benedettino al § 3 n. 2, quando si definiscono incapaci a testimoniare i sacerdoti per quello che riguarda tutto ciò che essi hanno appreso in sede di confessione, sembra aggiungere con l'inciso “*etsi a vinculo sigilli soluti sint*” l'implicita possibilità per i sacerdoti di essere sciolti dal vincolo, cosa che non si trova nel corrispondente canone 1550 § 2 n. 2 del Codice vigente, il quale attribuisce ai sacerdoti l'incapacità assoluta ad assumere la qualità di testi davanti al giudice ecclesiastico “*et si poenitens eorum manifestationem petiterit*”⁵².

codice, in *Il nuovo Codice di diritto canonico. Novità, motivazione e significato. Atti della settimana di studio 26-30 aprile 1983*, Libreria Editrice della Pontificia Università Lateranense, Roma, 1982, pp. 9-33; sulla riforma del diritto canonico post-conciliare cfr. RENÉ METZ, *La nouvelle codification du droit de l'église (1959-1983)*, in *REVUE DE DROIT CANONIQUE*, vol. XXXIII, 1983, pp. 112-115.

⁵¹ Cfr. in proposito PAOLO FERRARI DA PASSANO, *Il segreto confessionale*, in *La civiltà cattolica*, vol. IV, 1993, pp. 361-362. Il fatto che il *sacramentale sigillum* si riferisca al solo confessore mentre l'*obligatio secreti servandi* valevole nei confronti di soggetti diversi da questo che possano in qualche modo venire a conoscenza della confessione, non significa che la sacramentalità del segreto operi in maniera meno intensa nelle due fattispecie, e questo è tanto più vero quanto più si approfondisca il tema delle sanzioni applicabili in caso di violazione dell'*obligatio secreti servandi* da parte dell'interprete e degli altri soggetti tenuti ad esso, violazione che viene punita con una “giusta pena”, la quale può anche corrispondere alla scomunica (can. 1388, § 2).

⁵² Cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La tutela penale del sacramento della penitenza. I delitti nella celebra-*

Relativamente alle sanzioni previste nel caso di violazione del sigillo sacramentale, il canone 1388 del *Codex* vigente rende chiara la distinzione fra violazione diretta (la rivelazione del peccato e del peccatore), punita con la scomunica *latae sententiae* riservata alla Santa Sede (da cui il sacerdote può essere assolto nel caso previsto dal can. 1357) e violazione indiretta (la rivelazione del peccato o del peccatore e comunque col pericolo di rivelazione dell'altro), punita con una pena *ferendae sententiae*, indeterminata, obbligatoria, commisurata alla gravità del delitto, tenuto conto della circostanze di probabilità di divulgazione, di scandalo provocato, e di altri fattori⁵³. In entrambi i casi, perché vi sia violazione del sigillo, è necessario che via sia stata la divulgazione o rivelazione della materia oggetto del sacramento. Sebbene le pene per le due fattispecie di violazione siano diverse, entrambe sono riservate alla Congregazione per la Dottrina della Fede nel foro esterno ed alla Penitenzieria Apostolica nel foro interno⁵⁴. Bisogna anche ricordare come la Chiesa adotti particolare severità nel caso di violazione del segreto confessionale tramite registrazione o divulgazione per mezzo di strumenti di comunicazione, comminando all'interessato la pena della scomunica *latae sententiae*⁵⁵.

La tutela del segreto confessionale nel diritto italiano trova, poi, la propria ufficialità negli Accordi di Villa Madama del 1984 fra la Santa Sede e lo Stato italiano. Tale normativa, divenuta poi legge dello Stato, all'art. 4 n. 4 sancisce che gli ecclesiastici non sono tenuti a fornire ai magistrati o ad altre autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza in ragione del loro ministero e può essere modificata solo attraverso leggi precedute da corrispondenti accordi con le competenti autorità religiose⁵⁶. L'art. 200 del Codice di Procedura Penale vigente dichiara che

zione del sacramento, in *Le sanzioni nella Chiesa*, Quanderni della Mendola, n. 5, Milano 1997, pp. 213-235. Per approfondimenti storico-canonistici sul tema della pena cfr. MARCO VENTURA, *Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare*, Edizioni scientifiche italiane, Perugia, 1996.

⁵³ Nel caso di violazione dovuta a negligenza, superficialità od imprudenza, non si ravvisano gli estremi del delitto di cui al canone 1388 § 1, mancando la volontà determinata, ma eventualmente si potrebbe ipotizzare la realizzazione della fattispecie di delitto colposo di cui al canone 1389 § 2 (abuso colposo di ufficio o di funzione) (cfr. LAURA MARIA RENZONI, *Il diritto del ministro del culto di astenersi dal deporre in giudizio*, in *Archivio Penale*, 1985, pp. 95-98).

⁵⁴ Cfr. *Pastor Bonus*, artt. 52 e 118; Reg. Gen. Curia Romana, art. 128, § 2; Congr. Per la Dottrina della Fede, Rescr. *Ex audientia SS.mi*, del 7 febbraio 2003.

⁵⁵ Cfr. Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, Dichiarazione *Sacra Congregatio de tuendi sacramenti paenitentiae dignitate*, 23 marzo 1973, in *AAS* 65 (1973), p. 678 e *AAS* 80 (1988), p. 1367. Cfr. della stessa Congregazione *Normae de gravioribus delictis*, 15 luglio 2010, in *AAS* 102 (2010), pp. 419-430.

⁵⁶ Sul coordinamento e l'integrazione delle disposizioni legislative statali con le norme di matrice

i ministri di confessioni religiose i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano, non possano essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto in ragione del loro ministero: la legge non impone loro l'obbligo di tacere, ma se decidessero di prestare testimonianza, incorrendo in tutte le sanzioni penali previste dal diritto canonico, dovrebbero farlo assumendo la qualifica piena di testi e dunque contraendo tutti gli obblighi per quanto riguarda la veridicità della deposizione. Inoltre l'art. 256 del Codice di Procedura Penale afferma che il giudice può ingiungere al ministro di culto la consegna immediata all'autorità giudiziaria degli atti e documenti e di ogni altra cosa esistente presso di lui per ragione del suo ministero, ma il sacerdote può opporsi con una dichiarazione scritta, invocando il segreto inerente il suo ministero, impedendo così all'autorità giudiziaria la presa di cognizione coattiva delle cose in cui è custodito il segreto⁵⁷.

Da quanto detto si può evincere come il diritto canonico, nel prescrivere l'obbligo del segreto confessionale, vada anche a tutelare il diritto alla riservatezza del penitente le cui identità e dignità sarebbero irrimediabilmente lese dalla rivelazione, da parte del confessore, di quanto appreso⁵⁸. È chiaro che tale tutela garantisce al fedele in quanto tale il rispetto della sua sfera privata ed in particolare evita che siano danneggiate il diritto alla sua buona fama ed alla sua intimità, intesi quali diritti di origine naturale che consentono allo stesso di vivere il rapporto con Dio all'interno della

bilaterale in tema di segreto professionale cfr. GERALDINA BONI, *Giurisdizione matrimoniale ecclesiastica e poteri autoritativi della magistratura italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, settembre 2007, pp. 1-40.

⁵⁷ Per un approfondimento su quanto fin'ora esposto cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *op. cit.*, pp. 213 e ss. Le regole stabilite dal diritto processuale penale italiano sono sostanzialmente riprese anche dal diritto processuale civile (artt. 118 c.1 e 210 c.1). Per un'accurata analisi comparatistica sulla tutela assicurata dall'ordinamento giuridico della Chiesa al *sigillum confessionis* e forme di segreto assimilabili ad esso rinvenibili in altre confessioni cfr. DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale*, cit., pp. 141-151. Per una sintetica panoramica sul significato del sigillo sacramentale e sulla protezione accordata dal diritto canonico cfr. DAVIDE CITO, *v. Sigillo sacramental*, in *Diccionario general de derecho canónico*, vol. VII, Universidad de Navarra, Pamplona, 2012, pp. 307-310.

⁵⁸ Sul diritto alla riservatezza in generale cfr. GIOVANNI GIACOBBE, *v. Riservatezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1243-1259; sul diritto alla riservatezza come garanzia della tutela dell'intimità e, dunque, del diritto al che non vengano divulgate informazioni attinenti la vita privata dell'individuo, indipendentemente dal fatto che queste ledano la sua dignità, e sulle manifestazioni del suddetto diritto nel foro interno (sacramentale ed extrasacramentale) cfr. ANGELA SOLFERINO, *I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità*, in *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Atti delle giornate canonisti che veneziane 6-7 giugno 1994, a cura di RINALDO BERTOLINO, SANDRO GHERRO, GAETANO LO CASTRO, Giappichelli, Torino 1996, p. 374 e ss.

propria coscienza, senza possibilità di interferenze da parte degli altri fedeli o dell'autorità ecclesiastica⁵⁹. Proprio l'intimità, cui fa esplicito riferimento il can. 220 nell'affermare che «nemini licet bonam famam, qua quis gaudet, illegitime laedere, nec ius cuiusque personae ad propriam intimitatem tuendam violare», si inquadra all'interno di quella *condicio libertatis* caratterizzante l'autonomia di ogni fedele, non subordinabile al potere della gerarchia ecclesiastica bensì derivante direttamente dalla volontà divina, autonomia che resta di esclusiva responsabilità del fedele, specie nell'ambito delle attività compiute allo scopo di perseguire i fini cristiani⁶⁰. Se il suddetto canone non prevede in sé una tutela assoluta del diritto all'intimità dal momento che, evitando la divulgazione di informazioni attinenti all'ambito personale del soggetto e non alla sua condizione canonica pubblica, mira a reprimere o impedire quella lesione che avvenga *illegitime* ammettendo, pertanto, la liceità morale e giuridica della rivelazione ove fossero attaccati beni superiori della società e della Chiesa, la prospettiva cambia quando lo si lega al tema del sigillo sacramentale⁶¹. In tal caso, infatti, la potenziale liceità della rivelazione di quanto appreso in confessione al fine di tutelare beni superiori viene meno, in quanto vige l'assoluto divieto alla rivelazione medesima.

Per comprendere, dunque, i termini in cui si sviluppa il rapporto fra segreto confessionale e diritto all'intimità è senza dubbio necessaria una breve analisi di quello che risulta essere l'inquadramento che il *Codex Iuris Canonici* fa di tale diritto, sia dal punto di vista concettuale che da quello normativo.

⁵⁹ Tale diritto non può essere riferito alla *Lex redemptionis* in quanto non rappresenta un'espressione caratterizzante la Chiesa quale *societas religiosa*, bensì è da rapportare alla *Lex creationis*, riferendosi al fedele in quanto uomo (cfr. in proposito GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 227-229).

⁶⁰ Cfr. JAVIER HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 117-118.

⁶¹ Cfr. RAFFAELE TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, in *Il Diritto ecclesiastico*, p. I, 2001, pp. 298-299. Lo stesso autore sottolinea come la *ratio* giustificativa dell'inserimento della tutela del diritto all'intimità nel Titolo I del II libro del *Codex iuris canonici* vada individuata «nella peculiare indole di tale diritto e nella rilevanza di cui esso gode nella vita del popolo di Dio... la cui previsione nel *Codex* deriva dal bisogno assoluto di tutelare lo specifico diritto del fedele – non anche di tutti gli uomini – di vivere il proprio rapporto con Dio nell'intimo della coscienza... l'intimità costituisce la parte più profonda di ogni persona, quella parte che non si manifesta all'esterno e nella quale sono racchiusi i segreti più intimi. Non è lecito, pertanto, entrare all'interno di tale ambito... senza il consenso esplicito e libero di colui al quale esso appartiene» (*ibidem*, p. 299).

3. *Segreto confessionale e diritto all'intimità nella codificazione canonistica. Diversa semantica nell'uguaglianza del fine*

«An acceptable definition of privacy remains elusive»⁶². Definire il concetto di riservatezza risulta effettivamente operazione assai complessa, sia a causa degli inevitabili condizionamenti di tipo antropologico, sia per l'evoluzione storica che il significato di tale termine ha subito nel corso dei secoli, complici le modificazioni dei fattori culturali, sociali, politici ed economici. Interessante in questa sede è notare come quello che oggi comunemente definiamo col termine di *privacy* in latino si traduca con le parole *pudor* e soprattutto *intimitas*, a sua volta originata dal superlativo *inter*, ad indicare la parte più interna e riservata della propria persona⁶³. Le definizioni di intimità che si sono susseguite nel corso del tempo possono essere classificate in quattro categorie: oggettive, soggettive, sociologiche e giuridiche. Le prime focalizzano l'attenzione sulle condizioni oggettive che permettono l'espressione del diritto stesso e che, pertanto, si legano strettamente ai conflitti che accompagnano la socialità e che, a loro volta, esigono la prescrizione di un confine, di un limite all'interazione⁶⁴. Le definizioni soggettive, invece, evidenziano la "disposizione emozionale" dell'individuo quando deve relazionarsi con gli altri e regolare le modalità delle stesse relazioni, inquadrando l'intimità come una sorta di stato mentale della persona⁶⁵.

Le definizioni sociologiche anziché incentrarsi sulla rete di relazioni messe in atto dal soggetto, puntano all'analisi di quelle presupposte dall'intimità: se l'individuo nel suo agire sociale indossa una maschera che lo porta a nascondere, dietro le fattezze della persona pubblica, la sua vera indole, sia per motivi legati alla tutela della propria autonomia, sia per ragioni connesse all'inganno, l'intimità rappresenterebbe quell'alveo in cui lo stesso può levarsi la maschera, interrompere la recita ed agire in piena libertà⁶⁶. Infine, le definizioni giuridiche hanno lo scopo di tutelare il diritto

⁶² RAYMOND WACKS, *Privacy. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford 2010, p. 40.

⁶³ Cfr. MAURO PIACENZA, *Presentazione*, in *Il sigillo confessionale...*, cit., p. 6.

⁶⁴ Cfr. MARTIN CARBAJO NÚÑEZ, *Informazione e diritto all'intimità. Basi teoriche dell'attuale impostazione conflittuale*, in *Frontiere. Rivista di filosofia e Teologia*, 2010, p. 98; sul tema cfr. anche BARRY SCHWARTZ, *The social psychology of privacy*, in *American Journal of Sociology*, n. 73, 1968, p. 744-751.

⁶⁵ Su quest'ultima definizione cfr. PAUL HALMOS, *Solitude and privacy. A study of social isolation, its causes and therapy*, New York 1969, p. 102; sul tema cfr. MARTIN CARBAJO NÚÑEZ, *Informazione e diritto all'intimità*, cit., p. 98.

⁶⁶ Cfr. *ivi*, p. 99.

soggettivo al controllo delle informazioni relative alla sfera privata, fissando i limiti superati i quali si ha la violazione di tale diritto⁶⁷.

Se si esamina l'ambito canonistico, si nota come le definizioni giuridiche del diritto all'intimità assumano delle connotazioni necessariamente legate all'aspetto antropologico-cristiano, in particolare a quella fondamentale sfaccettatura aperta al trascendente che ricomprende nel concetto di intimità i valori della gratuità e del dono. In tal senso, il diritto all'intimità non farebbe sorgere un mero diritto ad "essere lasciato in pace", bensì il diritto del soggetto a riservarsi un proprio spazio intimo proteggendolo da eventuali ingerenze indebite, al fine di uscire dall'isolamento e donarsi agli altri liberamente⁶⁸.

Solo guardandolo da tale prospettiva si può comprendere l'evoluzione subita dal diritto all'intimità nell'epoca compresa fra i due Codici. Infatti, la tutela del diritto all'intimità nel Codice del 1917 non era prevista da una norma specifica, semplicemente il solo diritto alla buona fama veniva indirettamente garantito da alcune norme di carattere penale (cann. 2147 § 2, n. 3; 2157, 2355). In particolare era previsto il delitto di ingiuria e di diffamazione, a sua volta distinta in detrazione e calunnia⁶⁹. D'altronde buona fama ed intimità, pur formando due fattispecie connesse, hanno differenti peculiarità laddove la prima configura un diritto alla dignità ed al decoro personale e la seconda il diritto alla riservatezza, senza necessariamente implicare che la divulgazione di fatti personali sia lesiva della dignità della persona, comportando un'espressione tipicamente canonistica del diritto stesso in quanto riferita al foro interno, sacramentale ed extrasacramentale⁷⁰.

Che il diritto alla buona fama e la conseguente sanzione destinata a chi abbia commesso lesione dello stesso mediante calunnia appartengono alla tradizione del pensiero cattolico, risulta evidente dallo studio delle fonti riguardanti lo stesso, basti qui pensare a come già nel *Decretum Gratiani* la calunnia fosse considerata *crimen*⁷¹ e a come l'Aquinate, nel trattare le ingiurie

⁶⁷ Cfr. *ivi*, pp. 99-100.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, pp. 117-118.

⁶⁹ Nel primo caso la giurisprudenza rotale per lungo tempo insegnava che non sussistesse delitto se la qualità o il fatto attribuiti fossero notori, in quanto si aveva mancanza del presupposto della buona fama, mentre il delitto di diffamazione era tale solo nel caso in cui vi fosse l'attribuzione di fatti falsi, altrimenti sarebbe venuta meno l'illiceità dell'azione (cfr. GIUSEPPE DE MATTIA, *La diffamazione in persona disonorata nel diritto canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, n. XVI, 1960, p. 171 ss.).

⁷⁰ Cfr. ANGELA SOLFERINO, *op. cit.*, pp. 374-375.

⁷¹ Per approfondimenti sull'evoluzione dell'istituto dell'infamia nel diritto canonico attraverso il contributo della decretistica cfr. FRANCESCO MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Giannotta, Catania, 1985, soprattutto pp. 49-57.

verbali, considerasse l'insulto come lesivo dell'onore e la maldicenza come lesiva della fama, ritenendoli peccati mortali⁷²; diversamente il concetto moderno di diritto all'intimità trova i suoi prodromi codicistici primariamente nella *Gaudium et spes* n. 27, in cui si afferma che tutto ciò che viola l'integrità della persona umana, come gli sforzi per far violenza sull'intimo dello spirito, sia da considerare "vergognoso"⁷³, e in via secondaria nel discorso tenuto da papa Pio XII al XIII Congresso internazionale di psicologia applicata nel 1958⁷⁴, nel *Monitum* della Congregazione del S. Ufficio nel 1961⁷⁵, nell'Istruzione della Congregazione per i Religiosi *De Accommodata Renovatione Institutionis ad vitam religiosam dicendam* del 1969⁷⁶.

Il fatto che nel previgente Codice il diritto all'intimità non fosse previsto, configurava indirettamente una sorta di sovrapposizione fra il concetto di intimità e quello di segreto, in quanto il dovere di non ledere l'intimità privata riceveva indiretta tutela nell'imposta inviolabilità del segreto confessionale, comportando necessariamente una maggiore evidenziazione del legame esistente fra la lesione di tale diritto e l'inviolabilità del sigillo sacramentale: in sostanza sulla base del diritto naturale alla non lesione della propria intimità, si fonda il dovere di mantenere il segreto su quanto appreso in confessione⁷⁷. Le motivazioni che hanno indotto il legislatore al riconoscimento esplicito di tale diritto vanno ricercate soprattutto nel magistero pontificio immediatamente precedente al Concilio Vaticano II e nella nuova ecclesiologia del Concilio stesso: l'attenzione verso i cosiddetti "segni dei tempi" ha fatto sì che la Chiesa si interessasse in maniera più approfondita e consapevole all'affermazione in chiave positiva dell'essere umano come persona, e quindi come soggetto centro di imputazione di precisi diritti e doveri inalienabili, inviolabili ed universali necessitanti di un idoneo sistema giuridico atto a proteggerli e garantirli efficacemente⁷⁸.

⁷² Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 72, a. 2 c e q. 73, a. 2, pp. 523-524 e 527-528.

⁷³ Cfr. *Il Concilio Vaticano II. Documenti. Testo latino-italiano*, Edizioni Paoline, Roma, 1966, p. 825.

⁷⁴ Cfr. Pio XII, *Ai partecipanti al XIII Congresso internazionale di psicologia applicata* (10 aprile 1958), in AAS, n. 50, 1958, pp. 276-277.

⁷⁵ Cfr. *Monitum «Cum compertum»*, S.C.C., Officii, in AAS, n. 53, 1961, p. 571.

⁷⁶ Cfr. S.C. pro religiosi et Institutis Saecularibus, *Instructio de Accommodata Renovatione Institutionis ad vitam religiosam ducendam*, in AAS, n. 61, 1969, p. 113.

⁷⁷ Cfr. ANGELA SOLFERINO, *op. cit.*, p. 375.

⁷⁸ Cfr. Giovanni XXIII, *Pacem in Terris*, in AAS, n. 45, 1963, p. 273. Sulla scia delle affermazioni del Pontefice, il Concilio Vaticano II arriva ad indicare il diritto al buon nome ed al rispetto degli altri come universale ed inviolabile ed auspica un'adeguata tutela dello stesso (cfr. *Gaudium et spes*, nn. 26 e 75 b). Certamente alla predisposizione di un'adeguata riflessione sul tema dei diritti inviolabili dell'uomo e di un altrettanto idoneo apparato normativo di tutela degli stessi, hanno senz'altro contribuito la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea

Con l'elaborazione del can. 220 il Codice vigente si pone sulla strada della realizzazione dell'auspicio conciliare. Il contenuto del canone si presenta modificato rispetto alla previsione dell'analogo canone dello *Schema Novissimum* del *Codex Iuris Canonici* del 1982, in quanto si è avuta l'aggiunta dell'ultima parte in cui si afferma «nec ius cuiusque personeae ad propriam intimitatem tuendam violare», dove il termine di “intimità” fa riferimento tanto alla sfera psicologica quanto a quella morale della persona⁷⁹. Tale canone fa parte di quel gruppo di norme riguardanti i diritti ed i doveri dei fedeli «la cui titolarità deriva all'uomo dall'incorporazione a Cristo mediante il battesimo, il quale, come afferma il can 96 lo costituisce “persona” nella Chiesa, cioè soggetto di diritto, titolare quindi di tutti i diritti ed obblighi propri del cristiano»⁸⁰. All'interno, poi, di questo raggruppamento vi sono dei canoni riguardanti la persona in quanto tale, a prescindere dalla sua fede, poiché discendenti dallo stesso *ius naturale*, fra i quali si colloca appunto il diritto all'intimità avente sia una matrice giuridica, su cui poggia la radice dell'esigibilità sociale del dovere ad esso connesso, sia matrice morale, da cui deriva il dovere etico del suo rispetto⁸¹.

È chiaro che tale diritto, pur spettando a tutti gli uomini, assume nell'ordinamento canonico delle connotazioni del tutto peculiari: se, infatti, il diritto all'intimità attiene di per sé alla custodia ed alla protezione della sfera più interiore dell'uomo segnando così, in maniera più marcata, il confine fra pubblico e privato, nel diritto della Chiesa il dovere di rispettare la riservatezza si caratterizza per essere strumentale alla *salus animarum* in quanto ogni soggetto ha diritto a vivere il proprio rapporto con Cristo senza interferenze indebite da parte di altri fedeli e dell'autorità ecclesiastica⁸². Ciò fa sì che tale diritto, così come formulato e concepito dal can. 220, possa assolvere all'interno della Chiesa allo stesso ruolo che nell'ordinamento statale svolge il principio di libertà di coscienza, garantito dall'art. 19 della Costituzione Repubblicana Italiana che mira alla tutela della “dimensione spirituale”

Generale dell'ONU il 10 dicembre 1948 e le legislazioni statuali di recepimento ed attuazione della normativa europea.

⁷⁹ Cfr. VITTORIO MARCOZZI, *Il diritto alla propria intimità nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *La Civiltà Cattolica*, n. 134/IV, 1983, p. 574; per un approfondimento sulla formulazione del can. 220 e sull'origine dei canoni relativi ai diritti ed ai doveri dei fedeli cfr. ROSARIO CASTILLO LARA, *I doveri ed i diritti dei christifideles*, in *Saestianum*, n. 48, 1986, p. 313 ss.

⁸⁰ ALESSIA VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico (il civis-fidelis e la disciplina della privacy)*, in *Ius Ecclesiae*, n. 14, 2002, p. 264.

⁸¹ Cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, in *Persona y Derecho*, I, 1991, p. 29.

⁸² Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 43 e ss.

dell'uomo intesa come libera formazione e lecita esplicazione dell'interiorità della persona umana⁸³.

Inserendo tali riflessioni nell'ambito sacramentale, ne consegue che le norme poste dal diritto canonico a tutela del sigillo sacramentale sono finalizzate non solo alla protezione del singolo fedele nell'atto della confessione, ma anche «a garantire a tutti, specie quelli che al momento non trovano in sé la forza di fare il passo verso la conversione, un luogo in cui fare l'esperienza della misericordia e da dove ripartire a testa alta, consapevoli della riacquistata stima di sé»⁸⁴. Il sigillo sacramentale, pertanto, non rappresenta solamente uno strumento attraverso il quale si esplica quel rapporto di fiducia tra confessore e penitente garantendo la riservatezza sul colloquio penitenziale, bensì dal punto di vista dogmatico rappresenta un elemento qualificante del sacramento della confessione in quanto rivelatore del carattere divino dello stesso, in cui l'incontro tra *privacy* sacramentale e misericordia del Dio rivelato concorrono alla realizzazione del cambiamento che segue al pentimento nella prospettiva teologica del perdono⁸⁵.

Il rapporto di fiducia che si instaura nel momento della confessione emerge ancora più chiaramente dal fatto che sono sempre lasciati nella piena e libera disponibilità del penitente tempi e modi di esposizione, laddove l'ammissione serena e spontanea del proprio peccato è riconosciuta unilate-

⁸³ Cfr. sul punto CARLO CARDIA, *v. Religione (libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, II aggiornamento, Giuffrè, Milano 1995, p. 919 e ss. Il legame canonistico tra coscienza e intimità nell'ambito della violazione del segreto risulta evidente dalle stesse parole della *Gaudium et spes* laddove al n. 16 si afferma che «La coscienza è il nucleo più segreto e il sacrario dell'uomo. Dove egli si trova solo con Dio, la cui voce risuona nell'intimità propria». Del resto è anche sulla scorta degli apparati normativi statuali, oltre che sulla base del can. 220, che la XLVI Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana, tenutasi a Roma dal 17 al 21 maggio 1999, ha approvato un Decreto generale contenente le *Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama ed alla riservatezza*, al fine di tutelare i dati personali non tanto in chiave sociologica o semplicemente utilitaristica, bensì inserendole in un contesto ecclesiologico specifico, ossia la sfera ontologica dei *christifideles* (cfr. DOMENICO MOGAVERO, *Diritto alla buona fama e alla riservatezza e tutela dei dati personali*, in *Ius Ecclesiae*, n. 12/2, 2000, pp. 589-591 e 596-597 e DANIELA MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, in www.olir.it, marzo 2005). Sul tema del diritto alla riservatezza in diritto canonico ed in quello civile cfr. anche DANIELA MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative ed interventi giurisprudenziali*, in «Il diritto ecclesiastico», p. I (2001), pp. 266-293; RAFFAELE TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 2001, pp. 294-316; VENERANDO MARANO, *La protezione dei dati personali fra diritto statale e "garanzie" confessionali*, in *Ius Ecclesiae*, n. 18, 2006, pp. 61-81).

⁸⁴ PAOLO FERRARI DA PASSANO, *op. cit.*, p. 368. Sul tema della misericordia legato al sacramento della penitenza cfr. da ultimo MAURO GAGLIARDI, *La riconciliazione con Dio nel segno della sua misericordia*, in *Il sigillo confessionale*, cit., a cura di K. Nychiel, P. Carloti, A. Saraco, pp. 105-120.

⁸⁵ Cfr. KRZYSZTOF JOZEF NYKIEL, *Il sigillo confessionale in prospettiva canonica*, in *Il sigillo confessionale*, cit., pp. 41-47.

ralmente, senza l'utilizzo di strumenti investigatori o addirittura di mezzi coercitivi, ma soltanto con la chiara consapevolezza di vedere rispettata senza alcun tipo di eccezioni né restrizioni la propria sfera intima, che viene custodita proprio attraverso la piena sicurezza dell'inviolabilità dell'affidamento realizzato⁸⁶. Il fatto che la penitenza sia parte costitutiva del sacramento e che la *satisfactio* dei peccati possa compiersi anche grazie all'azione svolta dal *sigillum confessionis*, evidenziano come nella confessione operino contemporaneamente giustizia e misericordia: quest'ultima, infatti, interviene proprio al fine di ripristinare il penitente nella giustizia divina, in quanto per "levare" il male del peccato occorre necessariamente un'idonea cooperazione alla purificazione "delle pene dovute"⁸⁷.

L'intersoggettività che si palesa nel sacramento della penitenza è proprio quella simboleggiata dall'incontro tra confessore e peccatore: la condivisione dell'esperienza vissuta da quest'ultimo con il ministro del sacramento, la consapevolezza di trovare in esso accoglienza e solidarietà, ma mai connivenza e la certezza che quanto condiviso resterà tutelato dall'inviolabilità del segreto – il quale, dunque, si pone sia come servizio nei confronti della custodia della libertà personale, sia come mezzo di protezione della suscettibilità soggettiva, sia come strumento di giustizia pubblica – diventa segno esteriore della misericordia ecclesiale e divina che attraverso la "liberazione dal male" sgancia il penitente dal suo passato e dallo sbaglio compiuto, neutralizza il meccanismo del senso di colpa e consente il ritorno alla vita riconciliata attraverso il percorso di una rinnovata conversione⁸⁸.

La tutela della segretezza da parte del legislatore canonico evidenzia la profonda cura che lo stesso ha inteso prestare alla relazione interpersonale cui il sacramento della penitenza si ispira, poiché «non soltanto il penitente è protetto nella sua *privacy*, ma addirittura nella sua posizione istituzionale, in tutto ciò che egli rappresenta in quanto insostituibile tessera del mosaico ecclesiale»⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Reconciliatio et Paenitentia* al n. 29, in AAS, n. 87, 1985, pp. 252-253. Attraverso la penitenza si sostanzia l'incontro tra l'uomo convertito ed il Dio che perdona, e si realizza l'azione mediatrice della Chiesa «cum ... sit in Christo veluti sacramentum seu signum et instrumentum intimae cum Deo unionis totiusque generis humani unitatis» (Const. Dog. *Lumen Gentium*, n. I, in AAS 1965, LVII, p. 5; sul tema cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *v. Penitenza (sacramento della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 887-892).

⁸⁷ Cfr. MAURO GAGLIARDI, *op. cit.*, pp. 115-119.

⁸⁸ Cfr. PAOLO CARLOTTI, *Il senso, il soggetto e l'oggetto del sigillo sacramentale*, in *Il sigillo confessionale*, cit., pp. 59-63.

⁸⁹ MARCO VENTURA, *op. cit.*, p. 98.

4. *Sigillum e metanoia. Dal pentimento al cambiamento*

«C'è una larga parte del proprio mondo interiore che la persona non manifesta che a pochi confidenti e difende contro l'intrusione altrui»⁹⁰. Con queste parole Pio XII sottolinea non soltanto la rilevanza dell'interiorità individuale, ma anche e soprattutto l'esigenza di proteggerla e di tutelarla nei confronti degli abusi cui può essere sottoposta nel momento in cui diventa patrimonio comune fra il confidente ed il soggetto che la confidenza riceve. Proprio a tal fine, la rigorosa protezione giuridica del segreto confessionale non solo tutela l'intimità del penitente, ma contribuisce in maniera determinante al percorso verso il cambiamento cui lo stesso deve tendere già nel momento in cui si accosta al sacramento della penitenza.

Assolvere dai peccati significa anzitutto che da parte del fedele ci sia stato un effettivo pentimento per il peccato compiuto, pentimento che viene preso dal confessore come punto di partenza per stimolare il penitente ad una riconciliazione autentica con la Chiesa e con Dio, riconciliazione che a sua volta segna il passaggio da una situazione di contrizione ad una di conversione, da uno stato di iniquità ad un percorso di cambiamento rivolto al bene. Tale fenomeno è mirabilmente espresso nel concetto greco di μετανοεῖν, laddove per μετάνοια si va ad indicare quell'invito alla conversione finalizzato al cambiamento della vita morale e religiosa dell'individuo, che si distacca dal male per tendere al bene, che muta radicalmente il suo modo di agire e di pensare in maniera pienamente consapevole, libera e volontaria per staccarsi dal peccato e celebrare un ritorno verso Dio⁹¹.

Nelle parole dell'evangelista Luca «Mi alzerò e andrò da mio padre»⁹² e nell'intera parabola del figliol prodigo sono immediatamente evidenti i due aspetti di cui la metanoia si compone, ossia quello negativo, rappresentato dall'abbandono del peccato, e quello positivo, espresso dalla conversione come ritorno alla "casa del Padre" ed al suo amore. L'invito profetico alla conversione, che permea tutte le pagine del Vangelo ed evidenzia quanto il perdono divino sia illimitato e misericordioso, non è rivolto soltanto ai peccatori⁹³, ma anche ai cristiani che si trovano nello stato di grazia, affin-

⁹⁰ PIO XII, *Discorso ai partecipanti al XIII Congresso internazionale di psicologia applicata*, in AAS, n. 50, 1958, p. 276. Sul tema cfr. da ultimo ADRIANA CHIRICO, *Profili giuridici della comunicazione nella Chiesa*, Cacucci, Bari 2014, pp. 189-204.

⁹¹ Cfr. JOSEF BOMMER, *op. cit.*, pp. 37-38

⁹² Lc. 15, 18.

⁹³ Mt. 3, 2; Mt. 3, 7; Mt. 3, 8; Lc. 3, 12; Lc. 3, 14; Lc. 15, 22; *Atti degli Apostoli* 2, 38; *Atti degli Apostoli* 3, 19; *Atti degli Apostoli* 8, 22; *Atti degli Apostoli* 11, 18.

ché proseguano nel loro cammino di conversione⁹⁴. E tale conversione non è da considerarsi solo sotto il profilo personale, ma anche sotto l'aspetto del legame comunitario: il peccato allontana l'uomo da Dio e dalla Chiesa, dall'amore del Padre e dal legame d'amore che Egli manifesta nella società ecclesiale. Pertanto la metanoia non è soltanto un ritorno al vincolo di amore con Dio, ma anche un riallacciare il legame d'amore con la comunità dei battezzati davanti alla quale il peccato compiuto rende colpevoli. In questo senso opera la misericordia divina: il peccato contro Dio, infatti, non può essere giudicato alla stregua di un reato per il cui compimento i tribunali terreni fanno conseguire un'adeguata soddisfazione, poiché la sua gravità ha un valore infinito e come tale non può soddisfare una pena di egual valore⁹⁵.

La misericordia, allora, diventa l'andare incontro ai difetti dell'umanità, nell'ottica cristiana per cui Dio vuole sempre il bene delle sue creature e trova la sua sede naturale nella struttura liturgica e dogmatica della confessione in cui si prevede una forma di *satisfactio* per riparare le pene causate dalla commissione del peccato, perdonato mediante l'assoluzione che consente la riconciliazione con Dio e con la Chiesa, «se voi infatti perdonerete agli altri le loro colpe, il Padre vostro che è nei cieli perdonerà anche a voi»⁹⁶. La riconciliazione, pertanto, può avvenire solamente dalla Chiesa e nella Chiesa, perché riconciliarsi con Dio significa riconciliarsi con la comunità dei fedeli, significa far assumere alla metanoia quel carattere ecclesiastico-sacramentale essenziale perché si palesi agli occhi del fedele la connessione fra perdono divino e perdono ecclesiastico, perché la penitenza personale può essere valutata concretamente nel suo spessore sociale soltanto nel momento del giudizio, quando cioè si attua il passaggio dal pentimento alla confessione e quindi alla conversione⁹⁷.

Al perdono divino, infatti, si aggiunge il perdono della Chiesa a cui Dio stesso ha dato mandato e poteri: «Ricevete lo Spirito Santo; a coloro a cui perdonerete i peccati saranno perdonati, a coloro a cui non perdonerete non saranno perdonati»⁹⁸. Proprio per tale ragione il giudizio penitenziale rispecchia il giudizio divino e si collega tanto all'elemento personale del peccato, quanto all'elemento ecclesiale dell'espiazione che conduce alla riconciliazione ed alla conversione del penitente e dunque, alla riammissione in quella società di *christifideles* dalla quale la commissione del peccato

⁹⁴ 1 Cor. 5, 7; Ef. 2, 1; Ef. 4, 20; Col. 1, 21.

⁹⁵ Cfr. MAURO GAGLIARDI, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁹⁶ Mt. 6, 14-15.

⁹⁷ Cfr. JOSEF BOMMER, *op. cit.*, pp. 40-42.

⁹⁸ Gv. 20, 21-23.

aveva comportato l'espulsione⁹⁹. Non va dimenticato, infatti, che seppure di rilievo ecclesiale, il sacramento della confessione si concretizza comunque in una situazione in cui la dimensione personale è talmente importante da imporre modalità di attuazione speciali, tutte costruite interamente a misura dello stesso sacramento e tali da realizzare un incontro privo di condizionamenti ambientali tra l'individualità della persona e la misericordia divina, attraverso un colloquio che nella sua segretezza possa porre il penitente nella condizione di «recuperare la radicale sintonia con Dio che il peccato ha interrotta», al fine di poter giungere alla «intima e profonda conversione dell'essere, quindi in una prospettiva quant'altre mai soggettiva ed intima»¹⁰⁰.

Il passaggio della metanoia dalla dimensione personale (pentirsi davanti a Dio per recuperare il rapporto che legava a Lui attraverso la realizzazione della conversione nella propria vita di cristiano), alla dimensione collettiva (ricongiungersi, attraverso il pentimento, alla società ecclesiale da cui ci si era distaccato mediante l'abbandono al peccato), implica necessariamente un rivolgimento fiducioso al ministro del sacramento, accostandosi allo stesso con una predisposizione psicologica rivolta all'apertura ed all'ascolto che deve condurre il penitente al racconto della verità sul proprio peccato e che, per essere scevra da timori e paure, ha bisogno di fondarsi sulla certezza che le confidenze espresse saranno coperte dal segreto. È proprio questa consapevolezza a spingere il penitente verso l'attuazione di un colloquio sacramentale rivolto alla conversione, sentendosi accolto nella propria identità e sicuro dell'assolutezza del *sigillum*, che consente facilità ed accessibilità all'assoluzione sacramentale, ostacolata o quando non addirittura impedita dalla mancanza di una previsione normativa così rigorosa¹⁰¹.

Dal punto di vista morale quanto detto si iscrive nell'etica che generalmente deve interessare la comunicazione, configurando sia il diritto naturale alla riservatezza, sia il segreto professionale che sorge in ordine all'esercizio di una specifica professione, ma dal punto di vista religioso la dimensione sacramentale che caratterizza il *sigillum confessionis* rende la tutela del diritto all'intimità del penitente assoluta ed inviolabile, consentendo alla con-

⁹⁹ Cfr. JOSEF BOMMER, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁰ PIERO ANTONIO BONNET, *op. cit.*, p. 890.

¹⁰¹ Affinché, infatti, il segno sacramentale possa produrre i suoi effetti, è necessaria «la collaborazione attiva del penitente all'atto sacramentale: *contritio, confessio, satisfactio*» (PIERO ANTONIO BONNET, *op. cit.*, p. 887), atteggiamento collaborativo che sarebbe impossibile mettere in atto da parte del penitente se non ci fosse l'assoluta tutela della sua intimità attraverso l'invulnerabilità assoluta del sigillo confessionale.

versione di operare nel penitente a livello psicologico, emotivo e razionale¹⁰². Il fatto che il segreto confessionale non sia rapportabile né sovrapponibile al segreto professionale o “ministeriale” è tanto più evidente quanto più lo si valuti in relazione alla protezione ed alla tutela del diritto all'intimità del penitente, sia al fine di evitare che l'istanza esplicita o implicita di quest'ultimo possa in qualche modo giustificare la divulgazione da parte del confessore di quanto appreso durante il colloquio sacramentale, sia per evitare che si rendano applicabili al ministro del sacramento le eccezioni previste dalla legge civile per il segreto professionale. L'inviolabilità è una caratteristica intrinseca del *sigillum*, in quanto «il penitente parla al confessore *non ut homini sed ut Deus*. Onde “disporre” di quello che è di Dio solo, il fatto e i contenuti della confessione, è vero e proprio sacrilegio»¹⁰³. Come affermato dall'Aquinate, infatti, «In sacramento ... poenitentiae ... sunt actus humani pro materia, qui proveniunt ex inspiratione interna. Unde materia non adhibetur a ministro, sed a Deo interior operante»¹⁰⁴, e come sottolineato dal Soto, «Secretum sigilli sacerdotis est ad imitationem secreti Dei, ut dictum est: sed peccata impenitentis Deus non celat, nec habet pro oblitis, sane, quae in die irae revelabit ad vindictam. Ergo nec ea tenetur sub sigillo servare sacerdos»¹⁰⁵. Il sigillo sacramentale non è «un punto di semplice disciplina, o di Ecclesiastica politica: ma di legge naturale, e divina, per tal modo che senza la inviolabilità di questo segreto caderebbe a Terra la Confessione»¹⁰⁶. Esso “sigilla”, appunto, il contenuto della confessione come esclusivamente di Dio e totalmente indisponibile agli altri, senza alcuna eccezione, per motivi teologici legati al diritto naturale (il penitente che confessa i propri peccati stipula una sorta di accordo in cui gli viene garantito che la sua confessione rimarrà segreta e mai verrà rivelata); al diritto divino (il confessore che ascolta i peccati non esercita in nome proprio tale ministero bensì esclusivamente in vece di Dio Padre che, tramite il sacerdote, assolve il penitente); al diritto canonico (come afferma il Catechismo della Chiesa Cattolica al n. 1467, infatti, «...ciò che il penitente ha manifestato al sacerdote viene “sigillato” dal sacramento»).

¹⁰² Cfr. LUCA FERRARI, *La pastorale del sacramento della riconciliazione oggi: tra disagi, rischi e risorse*, in *Il sigillo confessionale*, cit., pp. 121-131.

¹⁰³ DAVID MARIA A. JAEGER, *Situazioni particolari e questioni specifiche del ministero penitenziale*, in *Il sigillo confessionale*, cit., p. 94.

¹⁰⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, III, q. 84, art. I, ad. 2, p. 778.

¹⁰⁵ DOMINICUS SOTO, *Relectio de ratione tegendi*, cit., p. 335.

¹⁰⁶ CHARLES MATHIAS CHARDON, *Storia de' Sacramenti*, t. II, *Storia della Penitenza*, presso Giammaria Rizzardi Brescia, 1758, p. 54.

La motivazione sacrale del *sigillum* racchiude in sé sia il rispetto che si deve al sacramento, sia la protezione e la cura che si devono all'intimità della persona, che costituisce la parte più profonda, sacra e segreta dell'uomo e che, per il diritto canonico, custodisce la presenza di Dio e come tale va tutelata proprio dalla presenza del sigillo confessionale che si configura su un piano sacramentale. La tutela del diritto all'intimità avviene, pertanto, da un lato attraverso la messa in opera di principi che evitano la realizzazione di prevaricazioni e abusi, e dall'altro, in quanto diritto naturale, mediante norme che vietano non solo l'utilizzo sconsiderato dell'investigazione psicologica, ma anche l'esternazione di quanto appreso in situazioni in cui il segreto si configura come assolutamente non divulgabile da parte dei soggetti preposti all'ascolto, garantendo la libertà dei *christifideles* di poter serenamente esporre il contenuto del proprio animo ad una persona di fiducia, in special modo nel foro sacramentale¹⁰⁷.

Nella disciplina canonica riguardante il sigillo sacramentale, dunque, «la Chiesa intende trasmettere da una parte la pedagogia d'amore del Padre della misericordia e, dall'altra, desidera orientare i Suoi ministri a sperimentare e vivere il dono della paternità ministeriale e spirituale, che permette loro, in ogni esperienza di questo *sigillo-segreto del dialogo auricolare* della confessione, di essere testimoni privilegiati di questo sacramento... il sigillo sacramentale, così inteso, diventa anche garanzia della *mirabilia Dei* nel cuore di ogni singolo penitente»¹⁰⁸.

Proprio in quest'anno giubilare dedicato alla Misericordia, il tema del legame esistente tra la difesa dell'intimità del fedele e la fiducia nella segretezza sul contenuto della confessione a cui lo stesso fedele si accosta con la certezza di essere accolto dal confessore «con la tenerezza del Padre», risulta quanto mai attuale e rilevante. La confessione sacramentale, infatti, «nunca es la simple apertura de la concienda, protegida entonces por el derecho a la intimidad ... tiene un valor teológico diferente que lo sitúa en una particular dimensión del diálogo con la misericordia de Dios que actúa a través de la ministerialidad de la Iglesia en la persona del confesor»¹⁰⁹.

Lo stesso Papa Francesco, nell'omelia della celebrazione penitenziale tenuta nella Basilica Vaticana il 13 marzo 2015, ha sottolineato come «la tra-

¹⁰⁷ Per un'analisi più approfondita del concetto di diritto all'intimità nei due Codici ed un confronto con l'analogo can. 23 del CCEO (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) cfr. ALFONSO CAUTERUCIO, *Il diritto alla buona fama ed alla intimità. Analisi e commento del canone 220*, in *Commentarium pro religiosis et missionariis*, vol., LXXIII – fasc. I-III, 1992, pp. 39-81; per approfondimenti sul legame tra comunicazione e strumenti di manipolazione cfr. FRANCESCO BORGHINI, *op. cit.*, pp. 10-15.

¹⁰⁸ KRZYSZTOF JOZEF NYKIEL, *Il sigillo sacramentale nella normativa canonica*, cit., p. 90

¹⁰⁹ DAVIDE CITO, *op. cit.*, p. 307.

sformazione del cuore che ci porta a confessare i nostri peccati è un dono di Dio ... essere ... plasmati dalla sua grazia ci consente, pertanto, di avvicinarci al sacerdote ... con la certezza di essere da lui accolti nel nome di Dio»¹¹⁰.

¹¹⁰ *Celebrazione della Penitenza. Rito per la riconciliazione di più penitenti con la confessione e l'assoluzione individuale. Omelia del Santo Padre Francesco, Basilica Vaticana, venerdì 13 marzo 2015, in www.vatican.va/content/francesco/it/homilies/2015/documents/papa-francesco_2015.*

Gruppi sociali, confessioni religiose, intese: sulla giustiziabilità di una pretesa all'avvio delle trattative preordinate alla conclusione di un'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost.

ANDREA BETTETINI

1. *Premessa: diritto all'intesa? Il conflitto di attribuzione tra Governo e Corte di Cassazione e la sentenza n. 52 del 2016 della Corte costituzionale*

La sentenza della Corte costituzionale qui in commento chiude (almeno per il momento) una lunga vicenda giudiziaria cominciata nel 2003, e che ha visto opporsi a livelli di giurisdizione differenti la UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) al Governo in merito alla questione se la richiesta di avviare le trattative per un'intesa ai sensi dell'art. 8, comma terzo Cost., costituisca o non costituisca una "pretesa", e se il mancato soddisfacimento di essa sia giustiziabile innanzi alla giustizia comune, come pure aveva stabilito la Cassazione con la sentenza n. 16305 del 28 giugno 2013.

Specificamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano respinto il ricorso del Consiglio dei Ministri proposto contro la decisione del Consiglio di Stato del 18 novembre 2011 con cui venivano accolte le doglianze dell'UAAR, secondo cui sarebbe stato da ritenere illegittimo il rifiuto dell'Amministrazione, espresso tramite provvedimento del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, a stipulare un'intesa tra lo Stato e la suddetta UAAR ai sensi del comma terzo dell'articolo 8 della Costituzione. Va peraltro ricordato come la difesa erariale avesse costantemente eccepito – sin dal primigenio processo innanzi al Tar del Lazio – il difetto assoluto di giurisdizione ex art. 31 r.d. 1054 del 1924 (ora art. 7 c. p. a.), sostenendo la natura di atto politico, come tale insindacabile giurisdizionalmente, della deliberazione ministeriale¹.

¹ L'art. 7 del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104 del 2010) stabilisce che "Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Si rimanda sui profili sostanziali e processuali della vicenda a SALVATORE BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in www.statoechiese.it, 4/2014, 3 febbraio

Dopo aver evidenziato alcuni elementi critici della pronuncia, le Sezioni Unite avevano sostenuto che *“il principio di laicità dello Stato implica che in un regime di pluralismo confessionale e culturale sia assicurata l'eguale libertà delle confessioni religiose”*. Tramite le intese, sempre secondo la suddetta sentenza, sono tutelate sia la libertà religiosa sia la laicità dello Stato, sebbene l'attitudine di una confessione a stipulare le intese non possa *“essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'Esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8 comma 1”*.

Per la Cassazione, il potere esecutivo non potrebbe pertanto sindacare in maniera discrezionale non solo con quale confessione religiosa stipulare una intesa, ma altresì, in via necessariamente previa, se il soggetto istante possa essere annoverato fra le confessioni religiose di cui all'art. 8 Cost., ritenendo che *“rientra tutt'al più nell'ambito della discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa”*.

Successivamente a tale pronuncia di legittimità, il Tar del Lazio, con sentenza 3 luglio 2014, n. 7068, respingeva nel merito il ricorso dell'UAAR, sostenendo la correttezza della decisione governativa di diniego della trattativa, considerando che l'associazione richiedente non rientrerebbe, secondo la stessa auto-qualificazione contenuta nel proprio statuto, nella categoria delle confessioni “religiose” in senso proprio. Invero, il Tribunale amministrativo ha ritenuto corretta la valutazione effettuata dal Governo in riferimento al carattere non confessionale dell'associazione ricorrente. È apparsa infatti plausibile al giudice amministrativo l'affermazione secondo cui il concetto di confessione religiosa sembra avere un contenuto necessariamente positivo, concretandosi in un fatto di fede rivolto al divino. A tale nozione è invece estranea l'assegnazione di un contenuto prettamente negativo, che si sostanzia nell'escludere l'esistenza del trascendente e del divino.

Nonostante tale pronuncia favorevole nel merito, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della Corte di Cassazione, ribadendo l'insindacabilità del rifiuto in quanto atto politico e, specificamente, il ricorrente ha chiesto che la Corte, decidendo il conflitto, stabilisse che non spettava comunque alla Cassazione affermare la sindacabilità da parte dei giudici comuni del diniego, opposto dal Consiglio dei ministri, alla richiesta del soggetto interveniente di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

La Consulta nella sua pronuncia qui in commento ha infine ed effettiva-

2014; ILENIA GRASSO, *Confessioni religiose e UAAR: il diritto alla stipulazione di un'intesa ex art. 8 comma 3 Cost.*, in *Diritto e religioni*, 9 (2014) pp. 189-202; ALDO ROCCO VITALE, *Elementi per la (ri) definizione della libertà religiosa tra paradossi e antinomie*, in *Diritto e religioni* 8 (2013), pp. 217 e ss.

mente dichiarato che non spettava alla Cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e, per l'effetto, ha annullato la sentenza della Corte di Cassazione, S.U. civili, 28 giugno 2013, n. 16305.

2. *Uguaglianza nella libertà e stipula dell'intesa: l'interpretazione dell'art. 8 Cost. tra Cassazione e Consulta*

Molti sono i profili critici che evidenzia la sentenza, e su due in particolare mi vorrei soffermare, ossia la relazione fra principio di uguaglianza e stipulazione di un'intesa; e il concetto giuridico di confessione religiosa.

Come si è avuto modo di anticipare, la Cassazione aveva posto in stretta relazione il diritto proprio di una confessione religiosa alla stipula di un'intesa e il principio di uguaglianza, sostenendo, nella pronuncia ora censurata dalla Consulta, che *“anche se l'assenza di una intesa con lo Stato non impedisce di professare liberamente il credo religioso, è in funzione dell'attuazione della eguale libertà religiosa che la Costituzione prevede che normalmente laicità e pluralismo siano realizzati e temperati anche tramite il sistema delle intese stipulate con le rappresentanze delle confessioni religiose”*. Inoltre, e conseguenzialmente, la sentenza specifica che *“l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non può [...] essere rimessa alla assoluta discrezionalità del potere dell'esecutivo, che è incompatibile con la garanzia di eguale libertà di cui all'art. 8 comma 1”*.

In definitiva, la discrezionalità del governo nel scegliere un interlocutore per la stipula di un'intesa non può essere quella politica di cui all'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, ma è quella meramente tecnica, sindacabile pertanto in sede giurisdizionale, pena la preclusione dell'accesso dell'ente a uno strumento di uguaglianza nella libertà qual è l'intesa di cui all'art. 8 Cost., presupposto costituzionale per l'emanazione della relativa legge.

È indubbio che le intese siano strumenti di uguaglianza, però appunto, come specifica l'art. 8, comma 1 Cost., di una uguaglianza nella libertà.

In dottrina, in linea con la sentenza di Cassazione ora ricordata, non si è dubitato ad affermare² che i Costituenti abbiano immaginato una “strumen-

² ANNAMARIA POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intesa da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, editoriale del 23 marzo 2016, in www.federalismi.it, 6/2016, pp. 6-7.

talità” tra il terzo comma dell’art. 8 e i primi due commi della stessa norma. Nel senso che il dispositivo dell’Intesa deve essere considerato come garanzia del pluralismo religioso, quale principio fondante la Repubblica.

Ma in realtà il movimento non è “ascendente”, non vi è cioè una funzionalità del terzo comma nei riguardi del primo e del secondo della medesima norma; bensì discendente, in quanto questa previsione è del tutto giustificata dalla precedente norma, dettata dal secondo comma dell’art. 8, la quale riconosce alle confessioni organizzate il rango di ordinamenti giuridici indipendenti e non subordinati. Sarebbe invero stato contraddittorio con questa premessa pensare di imporre a tali organismi una disciplina giuridica eteronoma senza il loro consenso³.

Se così non fosse, sarebbe giocoforza considerare l’intesa quale strumento non meramente opportuno, ma necessario per la garanzia di pluralismo religioso. Ma questa non è né la natura né la funzione di quello specifico negozio giuridico che sono le intese previste nella nostra Carta fondamentale. Sul punto si è ormai formata una consolidata interpretazione giurisprudenziale della Consulta, da ultimo riflessa nella di poco successiva sentenza 63 del 2016, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità della legge della Regione Lombardia n. 12/2005 (Legge per il governo del territorio, come modificata dalla legge n. 2 del 2015), sia per violazione di parametri sostanziali sia per lesione di disposizioni sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in tema di edilizia di culto.

Si ricorda nella motivazione di quest’ultimo arresto che il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale della libertà di religione (art. 19) ed è, pertanto, riconosciuto egualmente a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, primo e secondo comma), a prescindere dalla stipulazione di un’intesa con lo Stato. La sentenza n. 63 richiama poi esplicitamente la pronuncia qui in esame, evidenziando come essa distingua tra libertà religiosa, garantita a tutti senza distinzioni, e il regime pattizio (art. 7 e 8, terzo comma, Cost.), che si basa sulla “*concorde volontà*” del Governo e delle confessioni religiose di regolare specifici aspetti del rapporto di queste ultime con l’ordinamento giuridico dello Stato. Invero, data l’ampia discrezionalità politica del Governo in materia, il concordato o l’intesa non possono costituire *condicio sine qua non* per l’esercizio della libertà religiosa; gli accordi bilaterali sono piuttosto finalizzati al soddisfacimento di esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose come chiarito nella sentenza n. 235 del 1997, oppure a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro parti-

³ In questo senso, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, XII ed. a cura di ANDREA BETTETINI e GAETANO LO CASTRO, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 133.

colari limitazioni (sentenza n. 59 del 1958), oppure ancora a permettere di attribuire rilevanza civile a specifici atti propri della confessione religiosa.

Per questo, in materia di libertà religiosa, la giurisprudenza della Corte costituzionale è costante nell'affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (sentenze n. 346 del 2002 e, in precedenza, n. 195 del 1993)

Volendo allora comprendere il valore e la significazione giuridica dell'art. 8 terzo comma Cost., essi sono visti dalla Corte nell'estensione, alle confessioni non cattoliche, del "metodo della bilateralità" già previsto per la Chiesa cattolica dall'art. 7 della Carta Fondamentale, in vista dell'elaborazione della disciplina di ambiti collegati ai caratteri peculiari delle singole confessioni religiose. In altri termini, le intese sono un'esigenza di giustizia che richiede non di dare a ognuno lo stesso bene, ma a ognuno il suo, in quanto portatore di un *suum* che irremovibilmente gli spetta, e che ha diritto di esigere *ad alterum*.

3. Discrezionalità dell'esecutivo e giustiziabilità delle sue scelte

Ma qui ci si collega a un altro *punctum dolens* toccato dalla sentenza: la discrezionalità dell'esecutivo nello scegliere l'interlocutore e la relativa giustiziabilità delle scelte operate dal Governo. La risposta della Consulta pare ineccepibile quando afferma che "*un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse [...] Di converso, e conseguentemente, è proprio la non configurabilità di una pretesa alla conclusione positiva del negoziato e quindi alla stipulazione dell'intesa, a svuotare di significato l'affermazione di una pretesa soltanto al suo avvio*". Se di responsabilità si può parlare essa è quella politica, che si concreta, essenzialmente, nella possibile mancata approvazione, da parte del Parlamento, di uno o più atti posti in essere dal Governo, così da condizionare la permanenza del vincolo di fiducia. Infatti, "*per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo effettivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare*".

Ebbene, allo stato attuale del diritto la responsabilità è indubbiamente politica. Pare tuttavia debole la motivazione addotta dalla Corte per giustificare tale responsabilità: dalla discrezionalità nel concludere il procedi-

mento di stipula dell'intesa, o, se stipulata, dalla responsabilità politica di non tradurre eventualmente in legge l'intesa, non si può infatti dedurre una discrezionalità meramente politica nell'avvio delle trattative⁴. Pensiamo ad esempio a un atto della cui politicità "nessuno dubita"⁵, le sentenze della Corte costituzionale. È evidente che si tratta di atti politici, provenienti da un organo costituzionale e che perseguono interessi generali. Tuttavia, la politicità della decisione non implica una discrezionalità politica della Consulta nel decidere se un soggetto ha diritto ad accedere al giudizio di legittimità costituzionale: la parte invero ha diritto a sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 nel suo combinato disposto con l'art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87 e, se accolta l'istanza dall'autorità giurisdizionale adita, l'ordinanza di remissione alla Corte implica un dovere di questa alla pronuncia.

La discrezionalità nell'ipotesi qui in esame è sì politica, ma per altri motivi.

Che si tratti di opportunità politica, risulta dalla normativa e dalla prassi che, costantemente, hanno richiesto per la stipula delle intese l'intervento della Presidenza del Consiglio quale organo, appunto, di direzione politica e non meramente amministrativa. Il Presidente del Consiglio dei ministri è l'organo competente a dichiarare la volontà del Governo: il potere esecutivo, come ricorda la sentenza della Consulta qui in esame, non è in verità un "potere diffuso", ma si concentra nell'intero Governo, in nome dell'unità di indirizzo politico e amministrativo affermata dall'art. 95, primo comma, Cost. In ogni caso, poiché, secondo le norme che disciplinano l'attività di governo, "gli atti concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 della Costituzione" devono essere sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 2 lett. l della l. 23 agosto 1988 n. 400, ossia proprio la legge che dà attuazione all'art. 95 Cost., definendo l'organizzazione e le attribuzioni del Governo), l'intesa raggiunta dal Presidente del Consiglio deve essere sempre portata all'esame del Consiglio, che è competente ad autorizzare la stipulazione dell'intesa e a deliberare la presentazione del disegno di legge di approvazione dell'intesa stipulata.

E penso che non sia inutile qui ricordare il conforto di una prassi propositiva che ha il suo presupposto legale in una consuetudine che, a sua volta, ha il fondamento nella pratica costante del Governo di avviare le

⁴ Cfr. al riguardo, seppur con diverse argomentazioni, ANTONIO RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in *www.federalismi.it*, 7/2016, pp. 5-7.

⁵ Cons. Stato, Sez. V - sentenza 27 luglio 2011, n. 4502.

trattative solo con le confessioni che abbiano ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica ai sensi della l. n. 1159 del 24 giugno 1929, su parere favorevole del Consiglio di Stato⁶.

Come ricordava uno dei Maestri del Diritto ecclesiastico, *“le intese non sono pertanto negozi che debbano essere valutati sotto il profilo della conformità a preesistenti regole giuridiche o a principi di buona amministrazione, come accadrebbe se fossero accordi stipulati a livello burocratico, ma sono accordi che devono essere valutati sotto il profilo dell'opportunità politica e, naturalmente, del rispetto della nostra Carta fondamentale”*⁷. È invero evidente che la responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento opera sempre in relazione ad atti posti in essere all'interno della legalità costituzionale, sì che è il merito politico delle scelte operate dell'esecutivo, tra quelle comunque costituzionalmente legittime e possibili, ad essere fonte dell'eventuale responsabilità politica idonea a porre in dubbio il vincolo fiduciario⁸.

Ben diversa sarebbe pertanto la qualificazione dell'attività del Governo qualora ci trovassimo in presenza di una legge (allo stato attuale non esistente) che indicasse criteri e requisiti per l'elaborazione dell'intesa: criteri per determinare il procedimento da seguire, requisiti per individuare in maniera giuridicamente esatta l'interlocutore. Come ricorda infatti la Consulta, tale responsabilità meramente politica verrebbe meno *“se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate (sentenza n. 81 del 2012)”*. Addirittura, si potrebbe parlare di un'ipotesi, ben nota alla dottrina e alla prassi amministrative, di discrezionalità mista, caratterizzata dalla presenza di un giudizio tecnico, e afferente al merito dell'azione, che non impone comunque all'autorità procedente alcun vincolo sul provvedimento da emanare.

L'assenza di una legge generale sulla libertà religiosa che dia anche specifica attuazione all'art. 8, comma 3 Cost. inevitabilmente accresce la

⁶ Cfr. il sito http://www.governo.it/Presidenza/USRI/confessioni/intese_indice.html.

⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 137.

⁸ *“Le uniche limitazioni cui l'atto politico soggiace sono costituite dall'osservanza dei precetti costituzionali, la cui violazione può giustificare un sindacato della Corte costituzionale di legittimità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge o in sede di conflitto di attribuzione su qualsivoglia atto lesivo di competenze costituzionalmente garantite”*: Cons. Stato, Sez. V - sentenza 27 luglio 2011, n. 4502.

responsabilità “politica” del Governo nella stipula delle Intese, e dilata i margini di discrezionalità dello stesso⁹. Si che, allo stato attuale del diritto, la scelta della Consulta era in un certo senso “a rima obbligata”. Se ne rende conto la stessa sentenza, che innanzitutto – come appena ricordato – evidenzia come la mancanza di una legge che regoli in maniera dettagliata l’accesso delle confessioni religiose a un beneficio pubblico crei un deficit di giustiziabilità dell’azione del governo e quindi, in definitiva, un deficit di democrazia; invero, nel caso fosse presente una legge che prevedesse un criterio per identificare l’interlocutore delle intese, così da oggettivizzarlo, sarebbe possibile un più agevole controllo di legittimità sostanziale in caso di un eventuale rifiuto del riconoscimento di tale qualifica, perlomeno sotto il profilo dell’eccesso di potere. Tale procedimentalizzazione vincolerebbe il Governo a instaurare qualunque tavolo di trattativa, con l’obbligo di motivare l’eventuale non raggiungimento dell’intesa, e con l’ulteriore conseguenza di rendere giustiziabile tale mancata conclusione dell’accordo. Ci troveremmo probabilmente di fronte a un atto di alta amministrazione, di regola adottato dall’organo politico in un clima di “fiduciarità”, che è il primo momento attuativo, anche se per linee generali, dell’indirizzo politico a livello amministrativo, e che, a differenza dell’atto politico, esprime una *potestas* vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità¹⁰.

Inoltre, per limitare in qualche modo l’effettività del potere discrezionalmente politico del Governo, la sentenza sottolinea come la decisione dell’esecutivo, nella quale hanno peso decisivo specifici apprezzamenti di opportunità che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo, sia atto meramente endoprocedimentale, che non espande la sua efficacia all’esterno del procedimento stesso, e che non preclude pertanto il giudizio in altre ipotesi in cui è richiesta la qualificazione dell’ente sociale istante come confessione religiosa. Specificamente, *“l’atto governativo di diniego all’avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di ‘confessione religiosa’ all’associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all’art. 8, terzo comma, Cost., e non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell’associazione stessa”*.

⁹ Cfr. al riguardo IDA NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, in *www.federalismi.it*, 8/2016, pp. 5-7.

¹⁰ Sulla distinzione tra atti politici e atti di alta amministrazione, si veda la poco sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato 27 luglio 2011, n. 4502.

4. *Ancora sui limiti e sul valore giuridico della qualifica "confessione religiosa"*

Entrando poi nel merito, ma solo per accennare a una questione che ha fatto scorrere fiumi di inchiostro, si pone un problema di qualificazione come "confessione religiosa" del soggetto richiedente. Invero, se una cosa è chiara a tutti in questa vicenda, è che la stipula di un'intesa può essere postulata e conclusa solo da un soggetto pluripersonale che, ai sensi dell'art. 8 Cost, sia qualificato come confessione religiosa. La lettera della Costituzione sul punto non ammette dubbi. Dubbi suscita invece il problema qualificatorio.

È interessante notare come la giurisprudenza, per qualificare una confessione, per dare cioè certezza giuridica e unitarietà formale e sostanziale a un insieme di elementi che, in sé considerati, di tale rilevanza giuridica non godrebbero, non abbia inteso accostarsi a un criterio formale, ma abbia deciso di accogliere l'ermeneuticamente più corretto criterio dell'attività effettivamente svolta dal gruppo.

Invero, nessuna norma, costituzionale e ordinaria, dà la nozione di "confessione religiosa", verosimilmente presupponendo la nozione che di essa dà l'esperienza sociale¹¹. In proposito la Corte costituzionale, con la sentenza n. 195 del 1993, ha enunciato alcuni criteri che possono essere seguiti per giuridicamente qualificare un gruppo sociale come confessione: stipulazione di un'intesa *ex art. 8*, terzo comma, Cost.; eventuali precedenti riconoscimenti pubblici; uno statuto che manifesti i caratteri dell'organizzazione; la comune considerazione¹². Si tratta di criteri per sé non esaustivi, e da usare separatamente l'uno dall'altro, procedendo dal primo – dal carattere assorbente ma anche tautologico (se un gruppo sociale stipula un'intesa evidentemente è perché è qualificato come confessione, ma io in realtà devo previamente identificare l'interlocutore con cui stipulare un'intesa, per qualificarlo come confessione) – all'ultimo. Ma appunto, come anticipato, sono criteri non esaustivi e meramente indicativi, e che comunque presuppongono una auto-qualificazione della confessione come religiosa.

Posta la varietà di modi, di tempi, di luoghi attraverso cui il culto può esplicarsi, soprattutto nelle "nuove" confessioni religiose, ci pare senz'altro opportuna una valorizzazione del criterio autoreferenziale. Solo la specifica

¹¹ Con riferimento all'ordinamento qual era anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ARTURO CARLO JEMOLO, *Corso di diritto ecclesiastico 1944-1945*, Roma, 1945, p. 202, riteneva che il legislatore rinviasse al «concetto sociale» di confessione religiosa. In generale sul tema cfr. NICOLA COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Laterza, Cacucci, Bari, 1990.

¹² Cfr. Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195.

“confessione religiosa” può determinare quale sia, nel suo mondo di pensiero e di azione, e a garanzia e promozione della sua identità, la propria natura. E, in questo senso, tale criterio appare come una estrinsecazione del principio di sussidiarietà che, con la riforma del Titolo V della Costituzione, è divenuto uno dei principi fondanti i rapporti intersoggettivi: infatti, con il rilievo dato alle determinazioni dei gruppi sociali la ripartizione gerarchica delle competenze appare spostata verso gli enti più prossimi alla persona e, pertanto, più vicini ai bisogni reali della società.

Ma nel momento in cui tale determinazione interferisca con il nostro ordinamento, attribuendo questo alla qualifica “confessione religiosa” specifiche prerogative giuridicamente rilevanti, è giocoforza che l'autorità civile incroci la qualifica religiosa con un principio di effettività, attraverso un'indagine diretta ad applicare un principio di verità e di corrispondenza tra quanto il gruppo sociale dice di sé, e l'effettiva funzione svolta da questo.

Con la logica difficoltà di qualificare ciò che si intenda per religione e per attività di culto¹³. Ricordiamo invero che per la Cassazione, nella sentenza 16305 del 2013 qui più volte ricordata, il potere esecutivo non può sindacare discrezionalmente con quale confessione religiosa poter stipulare un'intesa, ritenendo la Corte di Cassazione che *“rientra tutt'al più nell'ambito della discrezionalità tecnica l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa”*. Una “asetticità” che si deve spiegare necessariamente, secondo la Corte, con la circostanza per cui lo Stato non *“può trincerarsi dietro la difficoltà di elaborazione della definizione di religione”*.

Qualche suggestione in tal senso proviene dalla giurisprudenza della

¹³ È indice di tale difficoltà Cass., VI Sez. Pen., sentenza 10 luglio 2008 n. 28720, che ha annullato con rinvio una sentenza della Corte di appello di Perugia sul presupposto che, secondo le notizie relative alle caratteristiche comportamentali degli adepti della religione rastafariana, la marijuana non è utilizzata solo come erba medicinale, ma anche come “erba meditativa”, come tale possibile apportatrice dello stato psicofisico inteso alla contemplazione nella preghiera, nel ricordo e nella credenza che “l'erba sacra” sia cresciuta sulla tomba di re Salomone. Infatti, il “semplicitistico richiamo” da parte della sentenza censurata al dato ponderale della sostanza, e la trascurata valutazione delle circostanze di tempo, luogo e modalità comportamentali dell'imputato non è sufficiente ad integrare l'obbligo di motivazione, specie quando siano allegate dall'imputato circostanze specifiche quali, per l'appunto, l'appartenenza alla religione rastafariana. Detto, in altri termini gli adepti della religione rastafariana possono detenere marijuana anche in quantità sopra la soglia legalmente prevista. Formalmente, la sentenza della Corte contiene un invito ai giudici di merito affinché valutino nella sua concretezza la fattispecie loro sottoposta nel momento in cui sono chiamati ad accertare il carattere “personale” della quantità di droga posseduta. Ma, nella sostanza, la sentenza ha introdotto una nuova scriminante per i reati in materia di sostanze stupefacenti in ragione della religione praticata. In tema si veda LUCIA RISCATO, *La detenzione «rituale» di sostanza stupefacenti tra multiculturalismo, libertà di culto e ragionevoli soglie di punibilità* (osservazioni a Cass. Pen., Sez. VI, 10 luglio 2008, n. 28720), in *Quad. di dir. e pol. eccl.* 2008, pp. 1040-1050.

Corte europea dei diritti umani, in tema di libertà religiosa sia del singolo sia nella sua dimensione istituzionale.

L'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani prevede nel suo primo comma che ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; un diritto che include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Riconducendosi anche da un punto di vista terminologico alla giurisprudenza statunitense¹⁴, la Corte di Strasburgo nell'interpretare la norma ha distinto tra *freedom to believe*, libertà di aderire a una religione o a un credo, e *freedom to act*, libertà di manifestare tale credenza o fede. La prima, che comprende la libertà di scegliere, e anche di modificare una credenza, religiosa o non religiosa, non può ammettere restrizione alcuna¹⁵. La seconda, invece, "*is merely relative*"¹⁶, e consente come tale delle eccezioni, purché previste dal diritto e necessarie in una società democratica. Detto altrimenti, i limiti stabiliti alla libertà religiosa dall'art. 9 comma 2 della Convenzione europea per i diritti umani si possono applicare soltanto alla libertà di manifestazione, ma non anche alla libertà di scelta, cioè al "foro interno"¹⁷.

¹⁴ Al riguardo, rileva l'interpretazione giurisprudenziale della c.d. "*free exercise clause*", garantita dal primo emendamento alla Costituzione federale degli U.S.A., e contenuta nel *Bill of Rights* ratificato dagli Stati dell'Unione nel 1791. La distinzione fra libertà di credere ("*freedom to believe*"), assoluta, che non ammette alcun limite, e libertà di praticare il proprio credo ("*freedom to act*"), relativa, che può essere sottoposta a taluni limiti, si rinviene per la prima volta nella causa *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, del 1878, che, confermata nel caso *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333, del 1890, ha costituito il precedente giurisprudenziale a cui il sistema statunitense si è uniformato nella sua sostanza: cfr. FRANCESCO ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extra-europei*, in *Religione e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, a cura di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, CESARE MIRABELLI, FRANCESCO ONIDA, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 233; MICHAEL W. McCONNEL, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, in *Harvard Law Review* 103 (1990), pp. 1409-1517 (1409-1416 in partic.); CARL H. ESBECK, *Differentiating the Free Exercise and Establishment Clauses*, in *Journal of Church and State* 2000, pp. 311-334.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, 25 maggio 1993, Kokkinakis e altri c. Grecia, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1994, pp. 734-739.

¹⁶ RESEARCH DIVISION OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*, Strasbourg, 2013, p. 8.

¹⁷ Dec. Adm. 10358/83, 37, in *Decisions and Reports* 147, ove la Commissione europea dei diritti dell'uomo fa appunto ricorso all'espressione, di canonistica memoria, "*forum internum*". In tema cfr. JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN, *The European Court of Human Rights and Religion*, in *Law and Science* 2001, pp. 185-204; ID., *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Emory International Law Review* 19 (2005), pp. 586-636; ID., *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e religione in Europa* (a cura di ROBERTO MAZZOLA), Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 55-85.

Tali conclusioni sono state estese alla libertà di coscienza¹⁸, non solo perché l'art. 9 CEDU ora richiamato le accomuna¹⁹, ma altresì per la storica affinità tra i due diritti, e comunque per la loro relazione logica, in quanto la libertà di coscienza “*cade in un momento logicamente anteriore a quello in cui il pensiero religioso arriva a manifestarsi esteriormente*”, e riguarda la “*salvaguardia di questo stesso sentimento individuale, quando esso non rileva che quale atteggiamento psicologico interiore*”²⁰. Anzi, come ebbe a dire la nostra Corte costituzionale, la libertà religiosa è essa stessa una declinazione della libertà di coscienza²¹.

Per quanto specificamente qui ci interessa, già dalla sentenza Kokkinakis del 1993, la CEDU ha affermato che, “*la libertà di pensiero, coscienza e di religione rappresenta uno dei fondamenti di una ‘società democratica’ nel senso della Convenzione. Essa figura, nella sua dimensione religiosa, tra gli elementi più essenziali dell'identità dei credenti e della loro concezione di vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti. Da essa dipende quel pluralismo inseparabile dalla società democratica che è stato conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli*”²².

La libertà religiosa personale prevista dall'art. 9 CEDU, così come interpretato dalla Corte, è quindi tutelata anche nel suo aspetto negativo, come libertà di non credere, e di poter manifestare pubblicamente tale non credenza, ovvero, *a contrario*, a non essere obbligati a compiere atti religiosi contrari alla propria coscienza. Già Francesco Ruffini, parlando del diritto di libertà religiosa, ne distingueva i due aspetti complementari e, proprio

¹⁸ Non essendo dotati di una coscienza personale, i gruppi (religiosi ma non solo) non sono tuttavia stati ritenuti in grado di ricorrere alla CEDU in materia di libertà di coscienza: cfr. caso Kontakt-Information Therapie Hagen c. Austria, 12 ottobre 1998, n. 1.

¹⁹ “Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione...”. Cfr. altresì, nel medesimo senso, l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

²⁰ PIERO BELLINI, *Principi di diritto ecclesiastico*, Edizioni Cetim, Bresso, 1972, p. 155. Sul punto si veda MARIO RICCA, *Commento all'art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, vol. I, UTET, Torino, 2006, pp. 429 e ss., il quale evidenzia come la libertà religiosa presupponga e richieda la consapevolezza delle proprie scelte, e la coscienza personale di esse. Inoltre, se è vero che la coscienza e il suo libero manifestarsi conoscono nell'articolazione del sentire religioso un ambito tipico di manifestazione, fortemente sintomatico; è altrettanto vero che la libertà della coscienza copre comunque un circuito di esperienza più ampio di quello attinente alla libertà religiosa.

²¹ “Gli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione garantiscono come diritto la libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa. Tale diritto, sotto il profilo giuridico-costituzionale, rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2”: sentenza n. 422 del 3 dicembre 1993.

²² Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993 cit., n. 31.

perché tali, inscindibili, della libertà di coscienza e della libertà di culto, intendendo per questa l'assicurazione ai cittadini di "*poter liberamente addiventire a quelle manifestazioni collettive della loro credenza o miscredenza religiosa, in cui si concreta esteriormente e quindi giuridicamente un culto*"²³.

Diverso è il caso della libertà istituzionale. Esaminato sotto il profilo della libertà di religione, l'art. 9 comprende –lo abbiamo ora visto– una dimensione negativa. Tuttavia, in quanto mera realtà negativa, questa libertà non dovrebbe essere considerata per individuare positivamente la nozione di religione, essenziale per qualificare un ente sociale come, appunto, religioso²⁴. Per comprendere la natura di un ente devo comprendere innanzitutto che cosa positivamente è; e solo successivamente potrò dire che cosa l'ente non è, o quali sono gli elementi che non contribuiscono all'identificazione della sua natura. Così, ad esempio, la specifica qualifica fiscale di ONLUS potrà essere ottenuta da un ente se in possesso dei requisiti previsti dal D.Lgs. 460/1997 (definizione positiva). A norma del medesimo decreto non potranno invece mai assumere tale qualifica gli enti pubblici, le società commerciali non cooperative, i partiti politici, le fondazioni bancarie, le associazioni di datori di lavoro e le associazioni di categoria – art. 10 comma 10 – (definizione negativa). Ma per escludere determinate categorie di enti da tale qualifica, devo prima chiaramente identificare l'ente stesso. Identificato, verifico che alcune tipologie sono incompatibili con quella definizione, e quindi escludo che possano godere del regime giuridico specifico per quella categoria di enti.

Al medesimo modo, devo trovare una nozione positiva di confessione religiosa, al fine di escludere, in negativo, enti che religiosi non si possono qualificare, gruppi sociali la cui essenza quale si deduce dai loro statuti e dalla loro operatività, è incompatibile con quella di ente religioso. Quindi, ben lungi da ogni formalismo che riporta a superate teorie²⁵, si deve guardare alla

²³ FRANCESCO RUFFINI, *Libertà religiosa e separazione tra Stato e Chiesa*, in *Scritti giuridici dedicati a G.P. Chironi*, vol. III, Fratelli Bocca, Torino, 1913, pp. 239-274, anche in *Scritti giuridici minori* (da cui citiamo), vol. I, Giuffrè, Milano, 1936, p. 109.

²⁴ JEAN-PIERRE SCHOUPE, *La dimensione istituzionale della libertà religiosa*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di PASQUALE GIANNITI, Zanichelli, Bologna, 2015, pp. 1069-1072.

²⁵ La tesi che aveva dominato l'orizzonte dogmatico e giurisprudenziale italiano, perlomeno dal Concordato del 1929 sino all'Accordo di Villa Madama, è stata invero quella che potremmo definire dell'inconciliabilità delle qualifiche formali, soprattutto in tema di enti religiosi. Applicandosi cioè al ragionare giuridico il filosofico principio di non contraddizione, si era inteso affermare che, se un ente aveva una sua essenza, tale essa era, e non poteva modificarsi; e in base a quell'essenza sua indisponibile, il corpo morale doveva essere qualificato, soggiacendo poi unicamente ed esclusivamente al regime giuridico conseguente a quella qualifica (ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, III ed., Giuffrè, Milano, 1961, pp. 239-241. Si veda anche la V ed., Giuffrè, Milano, 1979, p. 301-303).

realità effettiva e sociale dell'ente, fondamento della sua regolamentazione giuridica.

Ritengo che la miglior definizione al riguardo, rilevante sul piano giuridico, sia ancora quella di “*comunità sociali stabili dotate o non di organizzazione e normazione propria e aventi una propria ed originale concezione del mondo, basata sull'esistenza di un Essere trascendente, in rapporto con gli uomini o sulla ricerca del divino nell'immanenza. È questo complesso di elementi che caratterizza le 'confessioni religiose' rispetto a ogni altro gruppo sociale, differenziandole anche da quegli eventuali gruppi, aventi un fine religioso di segno negativo*”²⁶. Con questa definizione si evidenzia da un lato che se è vero che i modelli monoteisti o trascendenti costituiscono l'archetipo delle religioni contemporanee, tuttavia non bastano come base di riferimento per il suddetto concetto, poiché non si possono arbitrariamente escludere le religioni “naturali” né quelle – come il buddismo – che ricercano il divino

Ossia, la finalità religiosa o di culto era richiesta solo per talune categorie di istituti (GAETANO CATALANO, *Sull'equiparazione agli effetti tributari del fine di culto o di religione con fini di beneficenza e istruzione*, in *Il diritto ecclesiastico* 63 (1952), I, pp. 316-340), per cui il fine religioso, o culturale, non era necessario che fosse esclusivo, ma era sufficiente la sua prevalenza su altri scopi e attività legittimamente perseguiti dall'ente), mentre come caratteristica generale non era ritenuta decisiva per la qualificazione dell'ente (In senso contrario, MARIO FERRABOSCHI, *Gli enti ecclesiastici*, CEDAM, Padova, 1956, pp. 67-69, e, prima della normativa concordataria, NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico*, I, II ed. a cura di VINCENZO DEL GIUDICE, Athenaeum, Roma, 1922, pp. 128-129), ma era considerata requisito suppletivo per confermare la natura di un corpo morale quale si evinceva nella sua sostanza dalla qualificazione formale che gli derivava dall'essere un ente appartenente alla struttura o all'organizzazione della Chiesa.

Enti ecclesiastici nell'ordine dello Stato sarebbero stati *stricto sensu* solo quelli riconosciuti in base all'art. 29 del Concordato. In ossequio al principio di necessaria congruenza tra struttura e finalità, la natura dell'ente era dunque enucleata non in base al criterio sostanziale dell'attività ad esso *de facto* afferente, bensì sul fondamento in primo luogo della riferibilità dell'ente all'ordinamento canonico; e di poi della qualifica formale attribuita al corpo morale stesso dall'autorità civile competente.

Una svolta importante in ambito giurisprudenziale, sulla scia di perspicue osservazioni in dottrina sull'importanza, ai fini qualificatori di un ente, dell'attività da questo effettivamente svolta, a prescindere dalla sua qualifica formale, si è avuta con la sentenza n. 396 del 24 marzo 1988 della Corte costituzionale. Questa ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 17 luglio 1890, n. 6972, nella parte in cui non prevedeva che le IPAB regionali o infraregionali potessero continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato qualora possedessero *in actu* i requisiti di un'istituzione privata.

Sulla scorta della suddetta pronuncia della Corte costituzionale, la Cassazione ha modificato una consolidata giurisprudenza che vedeva nella qualifica formale attribuita all'ente dalla pubblica autorità il discrimine della sua definizione, determinando che, per la qualificazione concreta di un corpo morale, è necessario guardare non solo alla sua qualificazione formale ma, essenzialmente, alle attività da esso svolte di fatto.

E questa è la logica che ritroviamo alla base della regolamentazione di enti in rapporto organico con la Chiesa cattolica, quale novellata dagli accordi del 1984, nonché nei confronti degli enti religiosi afferenti alle confessioni diverse dalla cattolica e che abbiano stipulato un'intesa con lo Stato.

²⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 79. Per una critica giurisprudenziale a tale definizione, si veda Cass. Pen., Sez. VI, 22 ottobre 1997, n. 1329.

nell'immanenza; d'altro lato, perché vi sia una religione "diversa" è necessario possedere una propria e originale concezione del mondo²⁷. Possiamo quindi dire che le religioni differiscono fra loro per il grado di mediazione tra il messaggio religioso e la sua applicazione alle realtà terrene. Tra tutte il cristianesimo ripone nella valorizzazione delle verità naturali e della ragione umana la maggiore fiducia, tant'è vero che la secolarizzazione si può considerare come un fenomeno strettamente, anche se non esclusivamente, legato alla religione cristiana.

È ovvio che quanto più una dottrina religiosa sviluppa le "ragioni" del proprio messaggio, tanto più è in grado di dialogare con i non credenti e, quindi, di partecipare alla deliberazione pubblica, ma questo dovrà essere innanzitutto la pratica stessa del dibattito pubblico a dirlo, e solo successivamente un decreto statale. Ed è in questo senso che la sentenza 195 del 1993 della Corte costituzionale richiedeva, tra i criteri identificativi di una confessione, la "comune considerazione" della stessa, quella che in dottrina è stata definita una norma consuetudinaria di riconoscimento della natura del gruppo stesso, avente radice culturale, che, ovviamente, prescinde dalla diffusione del gruppo stesso nel nostro Paese, ma che, laddove siffatta diffusione si abbia, acquista un ancora più consistente rilievo²⁸.

Ma la religiosità è comunque da intendere in senso positivo. Come è stato giustamente evidenziato in dottrina²⁹, un gruppo che professi l'ateismo non è una confessione religiosa, perché, e semplicemente, l'ateismo non è comunque una religione, in quanto a tale nozione è estranea l'assegnazione di un contenuto prettamente negativo, che si sostanzia nell'escludere l'esistenza del trascendente e del divino.

D'altro canto, per tornare al concreto della vicenda qui in esame, lo Statuto dell'UAAR la autoqualifica come organizzazione filosofica non confessionale (art. 1), avente come finalità (anche) quella di promuovere la valorizzazione sociale e culturale delle concezioni del mondo razionali e non religiose, con particolare riguardo alle filosofie atee e agnostiche (art. 3), proprio come la finalità delle organizzazioni confessionali è rappresentare le concezioni del mondo di carattere religioso.

In altri termini, è la stessa associazione ricorrente che, autoqualificandosi statutariamente, rifiuta di essere\≠ annoverata fra le confessioni religiose, e in tal modo sembra entrare in contraddizione con sé stessa nel momento

²⁷ JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *La dimensione istituzionale della libertà religiosa*, cit., p. 1069.

²⁸ ANTONIO RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum*, cit., p. 6.

²⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 79.

in cui richiede una garanzia costituzionale (quella di cui all'art. 8 comma 3 Cost.) del tutto estranea al suo ambito applicativo, non soltanto alla luce della carta costituzionale, ma anche e soprattutto delle sue stesse previsioni e finalità statutarie. La libertà di non credere, invece, sul piano individuale può trovare adeguata esplicazione attraverso le norme costituzionali che riconoscono e tutelano la libertà di pensiero, espressione, stampa (art. 21 Cost.), insegnamento (art. 33 Cost.) ecc.

Sul piano delle proiezioni sociali, l'ateismo risulta sufficientemente tutelato dalla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. nonché della garanzia apprestata alle formazioni sociali dall'art. 2 della nostra Carta fondamentale, in quanto si alimenta essenzialmente di contenuti filosofici, morali e culturali, la cui diffusione è rimessa ai consueti strumenti di diffusione della cultura.

5. Democrazia, riconoscimento politico delle religioni e dialogo con il potere civile

Come si sarà potuto evincere, il problema fondamentale è ancora una volta quello del riconoscimento politico e della rilevanza pubblica della religione e di chi la religione rappresenta.

Ricordiamo come già nel libro bianco sulla *governance* (COM [2001]428, del 25 luglio 2001), era dichiarato il contributo specifico che le chiese e le comunità religiose possono apportare al processo di formazione dell'Unione Europea; riconoscimento confermato nella *Raccomandazione* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (n. 1804/2007: "State, religion, secularity and human rights"), che esortava a considerare le organizzazioni religiose "*come parte attiva della società civile*". Alla luce di questi principi si può comprendere meglio l'opportunità (giuridica e culturale) dell'inserimento nel Trattato sul funzionamento della norma (art. 17), già presente nella Dichiarazione n. 11 annessa all'Atto finale del Trattato di Amsterdam, che assicura il rispetto dello *status* delle Chiese, delle associazioni e delle comunità religiose, come è previsto dal diritto nazionale di ciascun Stato membro. L'Unione inoltre, riconoscendone l'identità e il contributo specifico, si impegna a mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni.

Seguendo il paradigma formulato da Tocqueville nel suo "La democrazia in America", riteniamo che la religione possa davvero costituire un elemento positivo di sviluppo della democrazia se e in quanto è in grado di sviluppare una società civile nella quale vi sia differenziazione fra potere politico e potere religioso, e in cui la religione abbia la possibilità di influire sul sistema

politico con le sue iniziative e con relazioni anche istituzionalizzate. D'altra parte, gli spazi di legittima influenza della religione rispetto alla configurazione e regolazione del sistema politico sono chiaramente individuabili nel paradigma della democrazia deliberativa. Nella cornice delle procedure giuridiche e dei principi formali dello Stato di diritto democratico, è infatti naturale che la regolamentazione dei comportamenti si definisca in base agli scopi che la deliberazione politica stabilisce. Ma tale deliberazione non può che essere condizionata dalla strutturale pregnanza etica di ogni comunità giuridica e di ogni processo di autogoverno democratico. Da questo punto di vista, è innegabile il ruolo della libertà religiosa nella formazione di quel flusso comunicativo che, dalla sfera pubblica informale, secondo il modello deliberativo, giunge all'alveo della sfera pubblica amministrativa attraverso le "chiuse idrauliche" dei principi formali dello Stato di diritto. In base a questo processo, il potere comunicativo, alla cui formazione contribuiscono gli orientamenti religiosi presenti nelle singole società, trasformato in potere amministrativo, è fonte di legittimità delle decisioni politiche e dello loro traduzioni giuridiche. Ciò significa che il modello della democrazia deliberativa attribuisce chiaramente un ruolo politico alla religione come risorsa per la creazione di un senso comune. Del resto, il discorso religioso è strutturalmente in grado di articolare efficacemente le intuizioni morali che più corrispondono alle esigenze di una convivenza civile nello spazio democratico. Come sostiene Habermas³⁰, i contenuti di verità delle enunciazioni religiose sono spesso suscettibili di essere tradotti in un linguaggio universalmente accessibile ai soggetti che convivono in un contesto sociale laico e plurale.

In definitiva, una società politica, consapevole di un suo patrimonio di valori maturato nel tempo, ma aperta al riconoscimento delle diverse identità culturali, e quindi capace di esercitare la deliberazione pubblica, dovrà necessariamente essere attenta all'apporto della religione e delle confessioni religiose per non disperdere risorse che paiono sempre più essenziali per la difesa di una vera democrazia.

³⁰ JÜRGEN HABERMAS, *Tra scienza e fede*, traduzione parz. di M. Carpitella di *Zwischen Naturalismus und Religion* (2005), Laterza, Roma-Bari, 2006.

Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche

GIOVANNI CIMBALO

1. La benedizione pasquale nella scuola pubblica

Lo scorso anno, in periodo pasquale, i parroci delle Parrocchie della SS. Trinità, di S. Giuliano e di S. Maria della Misericordia di Bologna, chiesero per la prima volta all'Istituto comprensivo n. 20 di Bologna di poter effettuare fuori dall'orario delle lezioni la benedizione pasquale nelle scuole afferenti al suddetto plesso scolastico, presentando un'istanza contenente tale richiesta. La richiesta si rendeva necessaria anche perché dopo la revisione del Concordato del 1984 tale attività a carattere religioso non veniva svolta nelle scuole bolognesi; la prassi era quella di comunicare che durante la messa sarebbe stata impartita nelle chiese la benedizione pasquale in modo che eventuali interessati potessero usufruire di tale opportunità.

I parroci – pur non facendone esplicita menzione – facevano riferimento alla lettera d) dall'art. 5 (recte, presumibilmente, art. 6) del D.P.R. 31 maggio 1974 n. 416, il quale stabilisce che “Il Consiglio di circolo o di istituto, fatte salve le competenze del collegio dei docenti e dei consigli di interclasse, e di classe, ha potere deliberante, su proposta della giunta, per quanto concerne l'organizzazione e la programmazione della vita e dell'attività della scuola, nei limiti delle disponibilità di bilancio, nelle seguenti materie: [...]d) criteri per la programmazione e l'attuazione delle *attività* parascolastiche, interscolastiche, *extrascolastiche*, con particolare riguardo ai corsi di recupero e di sostegno, alle libere attività complementari, alle visite guidate e ai viaggi di istruzione”.

Benché errata e riconducibile all'art. 6 del citato D.P.R., la menzione dell'art. 5 fa riferimento a quanto disposto dalla vetusta CM 13 febbraio 1992, nota 13377/544MS, la quale era funzionale a far “rientrare la partecipazione a riti e cerimonie religiose tra le manifestazioni o attività ex-

trascolastiche”, anche se non si vede come tali attività potessero essere collocate tra quelle elencate dal D.P.R. citato.

Comunque il 9 febbraio 2015, il Consiglio di Istituto decideva di “concedere l’apertura dei locali scolastici di tutti e tre i plessi dell’I.C. 20 per le benedizioni pasquali richieste dai parroci del territorio, con le seguenti modalità: - la benedizione pasquale dovrà avvenire in orario extra scolastico; - gli alunni dovranno essere accompagnati dai familiari, o comunque da un adulto che se ne assume l’onere della sorveglianza”. La delibera assunta sembrava conformarsi a decisioni adottate dal Consiglio di Stato¹ relativamente alla validità della suddetta circolare ministeriale che tuttavia era stata sanzionata dalla sentenza numero 250, del 17 giugno 1993 dal Tar Emilia Romagna. Già allora il Tribunale emiliano-romagnolo proponeva una corretta lettura dell’art. 6, secondo comma lett. d) ed f) del D.P.R. 31 maggio 1974 n. 416, rilevando che la norma si riferiva ad attività extrascolastiche, facendo specifico e sostanzialmente escludente riferimento ai corsi di recupero e di sostegno, alle libere attività complementari, alle visite guidate e ai viaggi d’istruzione, nonché alle attività culturali, sportive e ricreative, riconosciute di particolare interesse educativo dalla scuola pubblica. Tuttavia, consapevole dell’illegittimità dello svolgimento delle attività rituali richieste durante l’orario scolastico, il Consiglio di Istituto disponeva che “*la benedizione pasquale dovrà avvenire in orario extra scolastico*”, ritenendo in tal modo di aggirare il divieto alla celebrazione di attività rituali.

Senonché alcuni docenti, già in sede di discussione della deliberazione, sollevavano obiezioni contro questa decisione, sostenendo che non di attività culturali si trattava, ma di attività di culto che non è consentito ad alcuno di svolgere nei locali scolastici, a salvaguardia della laicità e dell’aconfessionalità della scuola pubblica. Di fronte alla persistenza della decisione dell’autorità scolastica a dar corso alla delibera adottata, alcune famiglie e il Comitato Scuola e Costituzione Bolognese proponevano ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale dell’Emilia Romagna richiesta di sospensiva del provvedimento del Consiglio d’Istituto, sostenendo che, in quanto rito o

¹ Il Consiglio di Stato, sezione sesta, nella Decisione n. 391/93 del 26.3.1993, pur annullando l’obbligo per gli alunni non avvalentisi di svolgere le normali attività scolastiche durante i riti religiosi, respinge la domanda di sospensione della nota ministeriale n. 13377/544/MS del 13 febbraio 1992, dando per veritiera l’affermazione dei distratti funzionari ministeriali! Il suddetto orientamento è confermato dalla Decisione del Consiglio di Stato, sezione sesta, n° 392/1993 del 26.3.1993, la quale aggiunge che «utilizzare una delle giornate a disposizione per le attività educative per consentire l’eventuale partecipazione ad una cerimonia religiosa di inizio e/o fine anno scolastico e l’accesso di un sacerdote per la benedizione pasquale, secondo modalità lasciate all’organizzazione dei singoli plessi, nel rispetto del diritto delle minoranze» non arrecherebbe pregiudizio alla libertà di astenersi da attività di carattere religioso.

atto di culto religioso, la benedizione pasquale cattolica non rientra né nelle varie forme di attività scolastica (artt. 7 e 10 del d.lgs. n. 297/1994) né nelle iniziative “complementari” e “integrative” previste dal D.P.R. n. 567 del 1996 e lede “l'imparzialità, la neutralità, la laicità e la aconfessionalità” della scuola, condizionando gli studenti e producendo così una lesione di diritti fondamentali quali quello alla non discriminazione (artt. 2 e 3 Cost.), alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) e di pensiero (art. 21 Cost.).

I ricorrenti rilevavano inoltre l'incompetenza del Consiglio di Istituto, in quanto se anche un atto di culto potesse costituire attività didattico/culturale la questione sarebbe in ogni caso riconducibile alle attribuzioni del Collegio dei docenti (art. 7 D.lgs. n. 297/1994); ove, invece, si trattasse di attività ascrivibile alle iniziative “complementari” o “integrative”, sarebbe stato comunque necessario acquisire l'avviso del Collegio dei docenti (art. 4 D.P.R. n. 567/1996).

La direzione scolastica, da parte sua, andava avanti nelle sue scelte, precisava ora giorno e luogo del rito che veniva celebrato prima che il TAR Emilia Romagna potesse decidere sulla sospensiva proposta dai ricorrenti. D'altra parte alla Fortuzzi le benedizioni non erano mai avvenute – come riconosce la Direzione della scuola – mentre alla Carducci, altra scuola coinvolta, erano state a volte effettuate senza clamore e solo nell'Ufficio del Dirigente scolastico.

Comunque i ricorrenti rilevavano che, stando alla lettera della legge, è evidente che in nessuna delle indicate attività potrebbero mai rientrare concettualmente la celebrazione di liturgie o riti religiosi o il compimento di atti di culto o comunque le pratiche religiose. Richiamata la laicità dello Stato e le norme in materia d'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali, i ricorrenti rilevavano che la normativa in vigore testimonia del riconoscimento del valore della cultura religiosa e che i principi della religione cattolica fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano. Ma, mentre l'insegnamento della religione è cultura religiosa (e soltanto esso lo è), altrettanto certamente gli atti di culto, le celebrazioni di riti e le pratiche religiose non sono “cultura religiosa”, ma fanno parte di quel colloquio rituale che il credente ha con la propria divinità: un fatto di fede individuale, dunque, e non un fatto culturale. Come tale ogni altra attività, squisitamente religiosa (atti di culto, celebrazioni) non sono previste né consentite nelle aule scolastiche sia in orario di lezione e in luogo dell'insegnamento delle materie oggetto del programma, sia al di fuori della programmazione delle attività scolastiche.

Immaginare che il compimento di atti di culto possa rientrare nella categoria e nel quadro delle attività extrascolastiche, oltre a configurare una evidente violazione della legge, significa voler fare entrare dalla finestra ciò

che non si può fare entrare dalla porta. Del resto, la norma concordataria sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali, divenuta norma del diritto nazionale in virtù della legge di esecuzione del Concordato revisionato, deve ritenersi norma di carattere eccezionale rispetto al principio della laicità dello Stato italiano, enunciato dal primo comma dell'art. 7, della Costituzione, e perciò deve ritenersi norma di stretta interpretazione così da non consentire, per una pretesa analogia, di ricomprendervi attività assolutamente a esso non attinenti, quali il compimento di atti di culto o la celebrazione di riti religiosi. La Chiesa è libera di svolgere queste attività nelle scuole che essa stessa istituisce; non può però svolgerle nelle scuole dello Stato e nell'ambito di esse, e gli organi pubblici che questo consentono commettono senza dubbio una illegittimità².

Gli atti di culto e le celebrazioni religiose si compiono unicamente nei luoghi a essi naturalmente destinati, che sono le chiese e i templi e non nelle sedi scolastiche, in sedi cioè improprie e destinate alle attività didattiche e culturali, finalità appunto della scuola (art. 9 della legge n. 121) e all'attività educativa da essa svolta. Dall'annullamento andrebbe esclusa la impugnata circolare ministeriale, la quale, presentandosi come un atto dal contenuto e dalla finalità soltanto interpretativi, non ha attitudine lesiva delle posizioni soggettive dei ricorrenti.

Per i suddetti motivi questi rilevavano l'assenza di motivazione della scelta operata, l'illogicità e contraddittorietà del deliberato, l'incertezza delle modalità di attuazione della decisione quanto al locale scolastico interessato, al giorno e all'ora dell'evento, alla sorveglianza degli alunni.

Si costituiva in giudizio l'Avvocatura dello Stato di Bologna la quale, ricostruendo gli atti amministrativi adottati, rivendicava la legittimità della decisione del Collegio docenti e la sua competenza a decidere sulla richiesta avanzata dai parroci, sostenendo l'assenza d'interesse dei contro interessati a impugnare le suddette decisioni. La collocazione dell'evento al di fuori

² Trattando di una analoga fattispecie il TAR dell'Emilia Romagna nella sentenza 250/93 aveva contestato in modo articolato la possibilità che la celebrazione del rito religioso o il compimento dell'atto di culto o la visita pastorale, potessero avvenire durante le normali ore di lezione e aveva deciso l'annullamento delle impuginate deliberazioni dei Consigli di circolo di Vergato e di Bologna, affette da illegittimità per violazione e falsa interpretazione e applicazione della legge, precisamente dell'art. 6 secondo comma lett. d) ed f) del D.P.R. 31 maggio 1974 n. 416.

Nella stessa direzione si era mossa la Sentenza n. 2478/99 TAR Veneto, 20 dicembre 1999 – sezione H – affermando che “È illegittima la delibera del Consiglio di circolo che dispone lo svolgimento di attività religiose, quali la celebrazione di liturgie o riti religiosi o il compimento di atti di culto, non attinenti alla vita della scuola, in orario scolastico e al posto delle normali ore di lezione, in quanto gli atti di culto non costituiscono “cultura religiosa” assimilabile all'insegnamento, ma fatti di fede individuale, estrinsecantesi nel colloquio rituale che il credente ha con la propria divinità e, quindi, non rientravano nelle categorie e nel quadro delle attività scolastiche istituzionali.

dell'orario scolastico attribuiva a questa modalità un effetto legittimante della concessione dei locali, derivante dalla collocazione oraria della benedizione, alla luce della decisione del TAR Emilia Romagna del 1993 più volte richiamata³.

Tuttavia nel giudizio del 1993 era sfuggito all'attenzione delle parti e dell'eccellentissimo Tribunale che la benedizione in oggetto era comunque diretta non solo alle persone che avrebbero partecipato al rito, ma anche ai locali nei quali essi operavano, appunto quelli della scuola pubblica, che venivano così investiti degli effetti purificatori e salvifici del rito e mondati dalla presenza di non credenti alla fede cattolica e consacrati dunque al Dio dei cattolici. D'altra parte basti considerare che la benedizione pasquale si svolge durante il periodo quaresimale nelle chiese, nelle case e in tutti i luoghi nei quali vi sono fedeli cattolici ed essi non avrebbero motivo di riceverla nei locali scolastici se non fosse che questi sono il luogo dove costoro lavorano, studiano, vivono e come tali vanno consacrati attraverso il rito della benedizione, come la liturgia cattolica suggerisce.

Ne consegue che tutti i non appartenenti alla fede cattolica sono contro interessati a ottenere la salvaguardia da una benedizione salvifica e protettiva che essi non desiderano o non credono efficace, in nome della neutralità dello spazio pubblico. Non si tratta insomma di garantire la libertà religiosa ai sensi dell'art. 19 della Costituzione di celebrare il culto, ma di sottoporre o meno un luogo a uno specifico atto di culto. Tale atto produce effetti permanenti di attribuzione della protezione di una specifica divinità, mediante una cerimonia che ha carattere pubblico ed è volta a manifestare a tutti gli effetti tale evento, per conferirle un'efficacia sanzionata dal comune convincimento, quasi che esistesse una religione paludata di validità e dignità unanimemente accettata e oggettiva.

³ Una delle prime versioni della delibera affidava la sorveglianza dei ragazzi eventualmente partecipanti all'evento all'insegnante di religione per quanto riguarda la scuola media. Nella stesura definitiva questa previsione è stata omessa perché in tal modo operando si sarebbe posto un obbligo a carico del personale scolastico in orario esterno alle lezioni per un suo uso improprio in relazione ai fini istituzionali della scuola, trattandosi di una "benedizione pasquale". L'attribuzione all'insegnante di religione del compito di sorveglianza degli alunni partecipanti – per così dire *ratione materiae* – avrebbe costituito un coinvolgimento del corpo insegnante, poiché il docente di religione cattolica, una volta nominato nell'incarico, anche se ministro di culto, fa parte a pieno titolo del corpo insegnante della scuola, al pari degli altri suoi colleghi. Questa sua posizione giuridica è stata sempre sostenuta e evidenziata dalla dottrina cattolica e confermata dalla giurisprudenza. Sullo status giuridico degli insegnanti di religione per tutti: ANDREA BETTETINI, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoechiese.it), 39/2012, 17 dic. 2012 e anche: GIOVANNI CIMBALO, *Gli "altri" insegnamenti religiosi nella scuola pubblica: un modello di pluralismo ancora attuale?*, in *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Atti Convegno ADEC Catanzaro 25-27 ottobre 2012, Giuffrè editore, Milano, 2014, pp. 65-104.

Va da sé che le considerazioni precedenti fanno cadere ogni riserva sul diritto di legittimazione ad agire da parte del Comitato Scuola e Costituzione, invocato dall'Avvocatura dello Stato. Questa associazione infatti ha tra i propri fini proprio quello di assicurare la neutralità dello spazio pubblico e in particolare quello costituito dalla scuola di tutti, dalla scuola pubblica, anche per quanto attiene l'orientamento religioso dell'istituzione.

L'Avvocatura dello Stato, nella sua memoria del 2015, in parte consapevole della contraddizione insita nella stipula di una convenzione per la celebrazione di uno specifico rito di una confessione religiosa, giungeva invece a ipotizzare la concessione ad altre confessioni religiose di locali scolastici per svolgere analoghi riti di dedicazione dei luoghi alla divinità, il che piuttosto che essere dimostrazione di pluralismo religioso, aprirebbe un'interminabile contesa a compiere l'ultima e risolutiva benedizione per accreditarsi la protezione del luogo da parte della divinità invocata, stante le caratteristiche non politeiste della gran parte delle religioni attualmente professate⁴. Bene, e procedendo in modo avveduto, ha fatto il costituente là dove all'articolo 19 della Costituzione ha stabilito che tutti hanno diritto a celebrare il culto e a farne propaganda in privato e in pubblico, ma non intendendo con ciò riferirsi alla possibilità di dedicare una struttura pubblica (di tutti) a un culto specifico, rifuggendo dall'idea di individuare una religione stabilita⁵.

Svolgendo le proprie considerazioni sul primo motivo addotto dai ricorrenti, l'Avvocatura rilevava che si era di fronte a una mera concessione dell'uso dei locali per un'attività da altri organizzata, ponendo l'accento sull'organizzazione dell'evento, mentre invece il problema discende dal *contenuto* e dalla *natura* dello stesso. In effetti, il problema, nel caso in specie, è quello

⁴ L'Avvocatura afferma che «Nulla vieterebbe, ad esempio, che concessione analoga a quella oggetto della presente causa sia concessa, ove richiesta, al Rabbino o all'imam per l'insegnamento dei testi sacri». Questa prospettazione è ambigua e contraddittoria, poiché da una parte si parla di "concessione analoga" ad altre fedi, ma poi si fa, non a caso, l'esempio di attività di insegnamento delle scritture che possono ben intendersi anche come attività a carattere culturale e non ci si riferisce a riti di dedicazione degli edifici che nelle religioni citate si riferiscono esclusivamente ad altari o a templi. L'obiettivo di occupare religiosamente gli spazi pubblici appartiene a molte confessioni, attraverso la dedicazione di strade o piazze, ma non è accompagnato da un atto rituale che diviene obbligatorio e specifico, quando si tratta di edifici destinati al culto pubblico cattolico e ha effetti sull'acquisizione della giurisdizione canonica sul bene. Vedi: FEDERICA BOTTI, *Edifici di culto e loro pertinenze, consumo del territorio e spending review, Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoechiese.it), n.27, settembre 2014, pp. 47 ss.

⁵ Non si accorge di questi aspetti l'Avvocatura dello Stato di Bologna là dove afferma a proposito della concessione dei locali che «Si tratta nel caso di atto di gestione dell'edificio scolastico e non di atto di cui la scuola assume, direttamente o anche solo indirettamente, la paternità. In conclusione, poiché l'attività di cui si discute non è stata in alcun modo organizzata dalla istituzione scolastica, che si è limitata, come meglio si dirà, a concedere a terzi l'uso dei locali, nessun *vulnus* alle posizioni giuridiche soggettive è profilabile in capo ai ricorrenti tutti».

della cessione da parte dell'autorità scolastica di quella che potremmo definire la "gestione divina" della scuola, riferita a una sola specifica divinità. Ciò su cui il Consiglio di classe non può disporre è la neutralità dello spazio pubblico, della scuola pubblica, che non può specificamente essere dedicata a un culto, in quanto la neutralità di questo spazio è caratteristica intrinseca di ciò che è pubblico.

Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, quando la scuola concede a un solo culto locali affinché, attraverso una pratica rituale, questi vengano infeudati a una singola religione viene meno "la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile" e le iniziative non sono "volte a tutelare e favorire la crescita, la maturazione individuale e la socializzazione della persona di età minore al fine di fronteggiare il rischio di coinvolgimento dei minori in attività criminose", ma piuttosto a promuovere l'intolleranza e il conflitto interreligioso⁶. La scuola pubblica è luogo di confronto e di dialogo tra opzioni almeno potenzialmente diverse e ha alla base il dubbio, il confronto, il contraddittorio, incompatibili con una verità di fede rivelata, comunque acquisita.

Contrariamente a quanto sembra credere l'Avvocatura, il *vulnus* arrecato ai ricorrenti è proprio quello costituito dall'uso di un locale pubblico a fini rituali e della sua permanente dedizione a uno specifico culto, che fa assumere a locali pubblici una funzione sostanzialmente privata⁷.

2. La decisione del TAR di Bologna: i pregi di una sentenza equilibrata

Vista la mancata discussione della sospensiva per sopravvenuto verificarsi dell'evento, il TAR Emilia Romagna di Bologna, Sez. I, sentenza 9

⁶ A questo punto l'Avvocatura si lascia andare ad alcune considerazioni sulla laicità francese, sottolineandone la differenza con quella italiana; al problema posto dall'esposizione del crocifisso nella scuola e alla vicenda Lauzi, dimenticando che l'esposizione del crocifisso nelle aule quale marcatore culturale è per alcuni versi meno invasivo della dedizione di una struttura pubblica alla protezione di una divinità, in quanto coinvolge attraverso l'incidenza sulla struttura fisica, lo spazio culturale e sociale caratterizzato dalla neutralità che l'edificio racchiude. Cfr. GIOVANNI CIMBALO, *Sull'impugnabilità delle norme relative all'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche*, nel vol. ROBERTO BIN, GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, 73-80.

⁷ Impropri, superflui e meramente strumentali appaiono i riferimenti alle sentenze 203/89, 195/93 e 344/96. Tali pronunciamenti rafforzano anzi le tesi relative alla neutralità delle istruzioni pubbliche, anche quando ammettono la presenza di simboli religiosi, operando una distinzione tra fatto religioso come fatto culturale e distinguendo questi dagli atti di culto. Altrettanto superfluo e strumentale per lo stesso motivo il riferimento alla più volte citata circolare M. P. I. (peraltro errata nei suoi riferimenti normativi) prot. 13377/544/Ms del 13.02.1992.

febbraio 2016 n. 166, decideva di pronunciarsi nel merito e ciò avveniva prima della Pasqua del 2016, decidendo per l'illegittimità dell'effettuazione del rito religioso. Il Tribunale Amministrativo rigettava le richieste dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna che aveva assunto la difesa dei dirigenti scolastici e del MURST. Per il TAR è evidente che "l'oggetto del contendere sia proprio la qualificazione giuridica degli atti impugnati e l'attitudine delle relative determinazioni ad interferire con la libertà religiosa di quanti operano nell'ambito scolastico. Pertanto, sussiste la legittimazione dell'associazione ricorrente a vedere accertato se le scelte compiute dall'Istituto comprensivo n. 20 di Bologna siano rispettose delle regole che presiedono al rapporto tra istituzioni scolastiche e religione". "... il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, secondo una costante lettura della Corte costituzionale, non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, ma comporta piuttosto equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose". La scuola non può essere coinvolta nella celebrazione di riti religiosi che sono attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno – secondo scelte private di natura incompressibile – e si rivelano quindi estranei a un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni. Proprio il principio di laicità, affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 203/89, consente di affermare che "la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, *purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se ed in quanto fatti culturali* [corsivo nostro] portatori di valori non in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento e non incoerenti con le comuni regole del vivere civile". Pertanto il Tribunale ribadisce che le attività di culto religioso che attengono alle pratiche di esercizio del credo confessionale di ciascun individuo restano confinate nella sfera intima dei singoli, mentre una rilevanza culturale, non lesiva della libertà religiosa e non incompatibile con il principio di laicità dello Stato – quindi non escludente quanti professano una fede religiosa diversa o sono atei –, è propria di tutte le attività che, nel diffondere elementi di conoscenza e approfondimento relativamente alle religioni, la loro storia e le relazioni nel tempo intessute con la comunità, contribuiscono ad arricchire il sapere dei cittadini e ad assecondare in tal modo il progresso della società. Rispetto alla possibilità di svolgimento delle attività prospettate il problema non è solo se queste avvengono entro o al di fuori dell'orario scolastico ma se – ai sensi dell'art. 96 del D.Lgs. n. 297/1994 – *realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile*, al pari di quelle che si svolgono all'interno del normale orario scolastico,

dove non vi può essere spazio per atti di culto estranei alle finalità di una scuola pubblica di uno Stato non confessionale.

A ben vedere la sentenza del Tar dell'Emilia Romagna appare equilibrata e distingue meglio di quanto abbiano saputo fare politici interessati, dirigenti scolastici, docenti e religiosi, tra conoscenza del fatto religioso e partecipazione al rito, ovvero tra un evento culturale e un atto devozionale che nelle intenzioni di chi lo compie intende rivolgersi a cattolici, ma anche a non cattolici e intende porre un luogo sotto la protezione di un Dio, mediante atti conseguenti (la preghiera e gli atti rituali), finalizzati a intercedere per ottenere la protezione della divinità. La benedizione è dunque un atto di dedizione di un luogo a un Dio, è atto di culto; esso appartiene ai "sacramentali" regolati dall'art. 1166 e seguenti del Codice Canonico⁸.

Si sostiene da più parti che la benedizione pasquale è atto tradizionale richiesto a un ministro del culto cattolico non solo a beneficio delle persone, ma anche, in alcuni casi, di animali (tradizioni riguardanti festività o ricorrenze legate all'agricoltura), oppure di immobili o cose. Sarebbe dunque la tradizione a fornire legittimità giuridica alla celebrazione di tale rito. Tuttavia va rilevato a riguardo che la tradizione non è un fenomeno uniforme sul territorio, immutabile nel tempo, ma essa dipende da fattori culturali, dal mutare della composizione della popolazione sul territorio, degli usi e dei costumi e che comunque essa cede di fronte alla necessità di rispettare

⁸ Recita il Codice di Diritto Canonico del 1983: Can. 1166 - I sacramentali sono segni sacri con cui, per una qualche imitazione dei sacramenti, vengono significati e ottenuti per l'impetrazione della Chiesa, effetti soprattutto spirituali. Can. 1167 - §1. Solo la Sede Apostolica può costituire nuovi sacramentali o interpretare autenticamente quelli già accolti, abolirne alcuni o modificarli. §2. Nel porre o amministrare i sacramentali si osservino accuratamente i riti e le formule approvate della Chiesa. Can. 1168 - Ministro dei sacramentali è il chierico munito della debita potestà; a norma dei libri liturgici, alcuni sacramentali, a giudizio dell'Ordinario del luogo, possono essere amministrati anche dai laici che siano dotati delle qualità convenienti. Can. 1169 - §1. Le consacrazioni e le dedizioni possono essere compiute validamente da coloro che sono insigniti del carattere episcopale, nonché dai presbiteri ai quali ciò sia permesso dal diritto o da legittima concessione. §2. Le benedizioni possono essere impartite da qualunque sacerdote, eccettuate quelle riservate al Romano Pontefice o ai Vescovi. §3. Il diacono può impartire solo le benedizioni che gli sono espressamente consentite dal diritto. Can. 1170 - Le benedizioni, che vanno impartite in primo luogo ai cattolici, possono essere date anche ai catecumeni, anzi, se non vi si oppone una proibizione della Chiesa, persino ai non cattolici. Can. 1171 - Le cose sacre, quelle cioè che sono state destinate al culto divino con la dedizione o la benedizione, siano trattate con riverenza e non siano adoperate per usi profani o impropri, anche se sono in possesso di privati. Can. 1172 - §1. Nessuno può proferire legittimamente esorcismi sugli ossessi, se non ha ottenuto dall'Ordinario del luogo peculiare ed espressa licenza. §2. L'Ordinario del luogo conceda tale licenza solo al sacerdote che sia ornato di pietà, di scienza, di prudenza e d'integrità di vita. Codice di Diritto Canonico, Libro IV, *La funzione di santificare della Chiesa*, parte II, *Gli altri atti del culto divino*, Titolo I, *I sacramentali* (cann. 1166-1172). Ma vedi anche: CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Benedizionale*, <http://www.liturgia.it/sacramenti/benedizionale.pdf>

norme di diritto. È il caso di garantire la libertà e neutralità della scuola pubblica che, con il mutare della composizione e sensibilità religiosa delle popolazioni, ospita alunni appartenenti alle più diverse religioni o a famiglie che non desiderano manifestare alcuna afferenza religiosa, tanto che la legge condiziona a una richiesta esplicita la partecipazione all'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica.

Ne consegue logicamente che non può essere accolta la richiesta di dedizione di un'intera scuola a una sola religione, mediante l'esecuzione di uno specifico rito a ciò finalizzato, anche se svolto al di fuori dell'orario ordinario delle lezioni. D'altra parte non si può minimizzare la portata dell'atto liturgico del quale si chiede l'effettuazione, considerando la benedizione pasquale una mera tradizione, perché ciò ne sminuisce il significato liturgico e non concorre a coglierne la portata e l'importanza religiosa: chi lo fa banalizza e offende questo rito così importante per chi crede, in quanto esso marca il territorio, delimita uno spazio posto sotto la protezione del Dio dei cattolici, serve a invocare la protezione della divinità sulle opere realizzate come è il caso del varo di navi o la benedizione del cantiere di lavoro per la costruzione di un manufatto edilizio. Non si vuole con ciò sostenere che il fatto religioso va espunto dalla scuola, ma ciò a condizione che esso non sia un atto di culto, un fatto rituale, ma culturale.

Ne viene che, in occasione della Pasqua a scuola, si può parlare delle zeppole o delle uova dipinte, o della coltivazione e realizzazione dei sepolcri attraverso composizioni realizzate con semi diversi, attività queste riconducibili alla storia delle pratiche devozionali. Si tratta di attività ludico-gastronomiche o evocative di antiche festività ed eventi legati all'avvicinarsi della primavera - assorbite dalla tradizione religiosa cattolica e già frutto di religioni precedenti - non assimilabili a un atto rituale come la benedizione, dotata di una programmazione rituale nel Diritto Canonico, come dimostrano i riferimenti al Codice Canonico e alle regolamentazioni predisposte dalle Conferenze episcopali che coinvolgono i ministri di culto e i fedeli nella celebrazione di un atto devozionale rivolto a un unico Dio.

I giudici hanno dimostrato di sapere cogliere questa differenza, che sfugge invece a dirigenti scolastici di evidente poca cultura religiosa, a politici a caccia di voti dell'elettorato più tradizionale e a prelati interessati a mantenere comunque il controllo sul territorio e a tutti coloro che fanno della religione un "marcatore culturale", atto ad affermare la propria appartenenza e identità.

Il confronto e il dialogo interreligioso, come quello con i non credenti – affermano i giudici amministrativi – si svolge sul piano culturale e non sul terreno del rito e della pratica di culto, ridotta da chi vuole comunque

svolgerla nella scuola pubblica di tutti a elemento folclorico, depauperato di ogni significato religioso e devozionale, se non quello formale. Eppure la religiosità, la preghiera e la fede di tutto hanno bisogno, fuorché di esibizioni, di forza! La propaganda del culto – nel senso dell’art. 19 della Costituzione – si fa, aggiungiamo noi, con la predicazione, con l’apostolato e con le azioni di carità e non con le esibizioni di abitudini, come ad esempio la benedizione degli autoveicoli che notoriamente non hanno un’anima!

Consapevoli di ciò i giudici amministrativi hanno ricordato che il principio di laicità esige che la scuola sia luogo di cultura e di confronto tra le differenti appartenenze religiose, che anzi si faccia carico di affrontare queste tematiche con il metodo che gli è proprio e cioè il contraddittorio e il confronto tra le diverse opzioni religiose. Il rito invece è esecuzione univoca, unilaterale, indiscutibile di un atto devozionale che o si condivide o non si condivide. È per questo motivo e in questo senso che i giudici fanno riferimento al principio di laicità, che è il vero elemento distintivo della civiltà europea e costituisce elemento culturale di identità.

Del resto le norme concordatarie che disciplinano la presenza dell’insegnamento della religione nella scuola all’art. 9 del Concordato, stabiliscono che l’insegnamento della religione cattolica dovrebbe avvenire come fatto culturale e non rituale o dogmatico. Altrettanto fanno le intese con le diverse confessioni⁹, le quali sanciscono che questo insegnamento non può avere carattere diffuso e quindi avvenire durante le altre attività della scuola. Così facendo le intese stabiliscono un principio generale rispetto al fatto che la scuola pubblica non può essere religiosamente caratterizzata, non può consentire al suo interno “atti di culto o pratiche religiose devozionali” con ciò riferendosi a un’attitudine generale della scuola dentro e fuori l’orario scolastico, che si manifesta palesemente quando essa fa propria la sottomissione a un atto di dedizione a un determinato culto, mediante il rito della benedizione. Da tali disposizioni emerge il divieto di svolgimento di atti rituali nella scuola pubblica sia durante sia al di fuori dell’orario di lezione e la loro non conformità alle finalità della scuola.

⁹ Si veda: Intesa con la Tavola Valdese, art. 9; Assemblee di Dio in Italia (ADI), art. 8; Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno, art. 11; Unione Comunità Ebraiche in Italia (UCEI), art. 10; Unione Cristiana Evangelica Battista d’Italia (UCEBI), art. 8, Chiesa Evangelica Luterana in Italia (CELI), 1art. 10; Sacra Arcidiocesi ortodossa d’Italia ed Esarcato per l’Europa Meridionale, art. 7; Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, art. 12; Chiesa Apostolica in Italia, art. 9; Unione Induista Italiana, art. 5. Le norme citate prevedono tutte la garanzia di non coinvolgimento e partecipazione in atti di culto o pratiche religiose.

La sola intesa a non prevedere tale divieto è quella con Unione Buddista italiana (UBI), art. 5. Dall’insieme di queste norme è desumibile la richiesta di neutralità della scuola pubblica per ciò che attiene atti di culto e pratiche religiose.

Una sentenza quindi frutto di buon senso, di profonda e rispettosa conoscenza della Costituzione, delle leggi, dei Patti con la Chiesa cattolica e con le altre confessioni, dell'art. 21 della Costituzione sulla libertà di pensiero, dell'art. 19 e degli artt. 3 e 8 della Costituzione che impongono il rispetto del principio di uguaglianza tra chi crede e chi non crede e quindi del principio di laicità.

3. *Benedizione pasquale nella scuola e motivi di necessità e urgenza, a prescindere dalle richieste degli interessati*

Tutt'altro che pacate, ma sostanzialmente contenute, le reazioni alla sentenza da parte della Conferenza Episcopale Italiana¹⁰, di alcuni studiosi cattolici e di qualche amministrazione comunale e regionale¹¹, al punto che alcuni di essi sono giunti a proporre un referendum tra le famiglie degli alunni delle scuole presenti nel Comune per procedere alla benedizione pasquale¹². Da un po' di tempo i sostenitori della "tradizione" sembrano affetti da un bisogno acuto di sottoporre a referendum qualsiasi diritto per porne l'esercizio sotto la gestione della maggioranza, come è il caso della legge per il governo del territorio della Regione Lombardia dell'11 marzo 2005, n. 12, la quale prevedeva l'indizione di un referendum nell'eventualità della concessione di una licenza edilizia per la costruzione di un edificio di culto. A riguardo la Corte ha sostenuto che, ferma restando «la facoltà per i Comuni di indire referendum nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale» non è possibile subordinare «a decisioni espressione di maggioranze politiche o culturali o altro» la libertà religiosa garantita a tutti, sancita in modo paritario dall'art. 19 della Costituzione. Non può quindi essere invocato il consenso della maggioranza per imporre alla minoranza

¹⁰ FABIO MARCHESE RAGONA, "Basta con le solite lobby che censurano i cristiani", in *Il Giornale*, 7 marzo 2015.

¹¹ *Benedizioni vietate il sindaco dissente "non è tema da Tar"* in *La Repubblica* - Bologna, 13/2/2016; BEPPE PERSICHELLA, *Governo e Pd contro il Tar laico. Benedizioni, il Pd boccia il Tar Il ministero pronto a fare ricorso*, in *Corriere di Bologna*, 12/2/2016; PIERPAOLO VELONÀ, *Intervista a Elisabetta Gualmini - Gualmini: I pasdaran esasperano il conflitto "Battaglia settaria La religione è anche cultura"*, in *Corriere di Bologna*, 12/2/2016; ANNALISA DELL'OCA, *Benedizioni pasquali a scuola, a Rimini le famiglie votano sì. E Don Prodi: "Ovetti invece dell'acqua santa"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 9 marzo 2016.

¹² Il sindaco di Coriano (Rimini) ha indetto una consultazione tra i genitori per valutare l'opportunità di simboli e riti religiosi nelle classi. Cfr. *Coriano: un referendum per la benedizione pasquale, questionari spediti alle famiglie*, in "alt rarimini.it", <http://www.alt rarimini.it/News85781-coriano-un-referendum-per-la-benedizione-pasquale-questionari-spediti-alle-famiglie.php>

qualsivoglia rito religioso e, nel caso in specie, la perdita della neutralità in materia religiosa della scuola pubblica¹³.

Contro la sentenza del TAR di Bologna, l'Avvocatura generale dello Stato presentava ricorso al Consiglio di Stato, richiedendo e ottenendo una misura cautelare provvisoria relativa alla non applicazione della sentenza attraverso un pronunciamento d'urgenza, *inaudita altera parte ex art 56 c.p.a.*, prospettando l'esistenza di un danno grave e irreparabile a fronte di una eventuale nuova ipotetica richiesta di celebrazione della benedizione, anche per l'anno 2016¹⁴.

Il Ministero ricorrente lamentava una presunta lesione da parte del TAR di Bologna della laicità dello Stato, affermando che la concessione in uso dei locali, era stata disposta fuori dell'orario scolastico e con assoluta volontarietà di partecipazione per lo svolgimento di un atto di culto e che quindi si impediva al principio di laicità di dispiegare i suoi effetti positivi in relazione alla libertà di esercizio del culto. Non vi sarebbe stata discriminazione nell'espletamento di atti del culto cattolico dal momento che la legge non vieterebbe tali attività quando avvengono al di fuori dell'orario delle lezioni, anche quando riguardano appartenenti ad altre religioni. A sostegno delle sue tesi l'Avvocatura invocava la sentenza del TAR Umbria del 30 dicembre 2005, n. 677 per la quale la "benedizione pasquale" non arrecherebbe all'ordinato svolgimento della didattica e della vita scolastica perturbazioni maggiori di quelle delle innumerevoli iniziative denominabili (in senso lato e generico) "parascolastiche" che abitualmente e pacificamente vengono programmate o autorizzate dagli organi di autonomia delle singole scuole – spesso anche senza che si ritenga necessaria una formale delibera". Un tentativo maldestro di banalizzare e destrutturare dei suoi più profondi significati il rito religioso, a ben vedere un comportamento offensivo e diretta conseguenza della tendenza tutta consumistica a mercificare i significati profondi del credere. Ancora una volta il riferimento implicito è all'esistenza della tradizione intesa non più come pratica vivente ma come riesumazione della memoria di comportamenti desueti, rivitalizzati strumentalmente.

Sfuggiva al Tribunale umbro e all'Avvocatura che, nel caso in specie, non si tratta solo di una "attività, o comportamento, o manifestazione del pensiero" espressione di una fede religiosa, ma di un atto devozionale, tipico e caratterizzante di una fede, che racchiude in se un significato escludente e

¹³ Vedi Sentenza della Corte Costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63.

¹⁴ Il Consiglio di Stato, sez. VI, con il Decreto n. 763 del 2016 ha disposto l'inibizione temporanea della sentenza appellata, senza minimamente motivare, ritenendo esistente l'estrema gravità e urgenza di cui agli artt. 56 e 98 C.P.A.

assoluto di devozione a uno specifico Dio mediante preghiere che ribadiscono e riaffermano l'esclusività del rapporto tra alcuni fedeli e una specifica divinità, di tale forza da estendere gli effetti dedicati e devozionali agli ambienti nei quali si svolge l'attività delle persone coinvolte nel rito.

Nella celebrazione del rito della benedizione pasquale non viene in discussione la libertà di praticare o non praticare una religione, ma la manifestazione e l'affermazione di un diritto di esclusività nella dedicazione a una religione di locali e ambienti di uso comune e generale, perché di proprietà pubblica, attività che ha l'effetto di connotare tali ambienti come di pertinenza della religione cattolica. In buona sostanza la benedizione ha un effetto di infeudamento e si configura come un atto espropriativo dell'altrui libertà religiosa in quanto insiste sui locali che sono di tutti¹⁵. Come si vede siamo ben lontani da una manifestazione a carattere culturale che arricchisce il patrimonio degli studenti nell'ambito delle finalità della scuola (ex art. 9 Concordato 1984), ma piuttosto ha finalità divisive, identitarie, specifiche di un culto. Si tratta di un rito che per il diritto canonico dispiega comunque effetti giuridici, indipendentemente che avvenga all'interno o al di fuori dell'orario scolastico.

In base alle suddette considerazioni la benedizione svolta in una scuola pubblica non lede solo il principio della distinzione degli ordini, quale aspetto del principio di laicità dello Stato che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 334 del 1996 ha valorizzato affermando che "in nessun caso il compimento di atti appartenenti, nella loro essenza, alla sfera della religione possa essere oggetto di prescrizioni obbligatorie derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato", ma pone una pesante ipoteca su un bene comune, la scuola pubblica, caratterizzandolo e ponendolo sotto la giurisdizione del Diritto Canonico¹⁶.

La benedizione è sempre atto culturale e mai culturale, né vale assimilarla al dibattito sull'insegnamento della religione, all'illustrazione delle festività pasquali, alla descrizione dei suoi riti; essa ha il fine non solo di benedire i

¹⁵ Il costituente, ben consapevole della necessità di rispettare la libertà religiosa e dell'importanza che l'istruzione ha per la diffusione dell'educazione cattolica ha tutelato attraverso l'art. 33 terzo comma e l'art. 34 della Carta la scuola privata e tra queste la scuola cattolica, in modo da consentire la dedicazione di tali strutture di insegnamento, sotto la diretta giurisdizione dell'autorità ecclesiastica per ciò che attiene il loro orientamento religioso, culturale e culturale. Cfr. GIOVANNI CIMBALO, *Le scuole delle organizzazioni di tendenza tra libertà religiosa e istruzione pubblica*, nel vol. NICOLA FIORITA e ANTONIO VISCOMI (a cura di), *Istruzione e libertà religiosa. Le scuole delle organizzazioni di tendenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 59-87.

¹⁶ In questo senso vedi MARCO CROCE, *Il TAR Emilia Romagna boccia le benedizioni pasquali cattoliche nei plessi scolastici: Amministrazione e principio di laicità*, in *La rivista nel diritto*, maggio 2016, pp. 766-772.

partecipanti al rito, ma di marcare religiosamente un immobile, incardinandolo a una religione, quella cattolica, e ponendolo sotto la protezione di una e una sola divinità. Questo modo di vedere può risultare forse di difficile comprensione ai giudici, ma non è solo la religione cattolica che possiede il concetto di “cose sacre”, anche se per il protestantesimo e per l’islam, ad esempio, le cose inanimate, gli esseri non viventi, non possono essere sacri¹⁷.

Inoltre l’Avvocatura dello Stato – supportata dai giudici del TAR umbro – fa riferimento all’autonomia scolastica e sostiene che il Consiglio di Circolo, deliberando sulla concessione dei locali fuori dall’orario scolastico “ha inteso esercitare l’autonomia che gli compete in forza dell’art. 6 del d.lgs. n. 416/1974, ora riprodotto dall’art. 10 del t.u. n. 297/1994” e ripreso dall’art. 4 del D.P.R. n. 275/1999 (regolamento sull’autonomia scolastica), là dove si afferma che detto Consiglio può assumere iniziative che “riconoscono e valorizzano le diversità”.

Ebbene riesce difficile immaginare un’iniziativa che, come quella adottata, abbia carattere più divisivo, nel momento in cui pone sotto la protezione di una e una sola religione un edificio che è di tutti. Sotto questo profilo, dunque, il fatto che la benedizione avvenga all’interno o al di fuori dell’orario scolastico non muta – lo ripetiamo ancora una volta – il significato del rito agli occhi degli utenti tutti della scuola pubblica. Pertanto, a prescindere dalle modalità adottate, il Consiglio di Circolo è andato ben al di là dei suoi poteri e si è posto al di fuori dei poteri, dei limiti e delle finalità dell’autonomia scolastica stabiliti dal legislatore¹⁸.

Paventando l’esistenza di un danno grave e irreparabile derivante dall’applicazione del primo giudice e in assenza di ogni contraddittorio sul merito, il Consiglio di Stato tuttavia accoglieva la richiesta di adottare, nel marzo 2016, un Decreto presidenziale cautelare *inaudita altera parte* e il 26 marzo si celebrava davanti alla Sez. VI del Consiglio di Stato, l’udienza in camera di

¹⁷ La pratica di dedicare i templi e anche le città stesse a un Dio la troviamo in tutte le civiltà del mondo antico e in particolare in quella greco-romana. Le feste di dedicazione prevedevano processioni e numerose aspersioni. Per i romani, ad esempio, era normale fare le dediche dei villaggi e dei templi con diverse cerimonie, tra cui non mancavano né processioni, né aspersioni (queste azioni sono state trasposte nei rituali cristiani di dedicazione delle chiese).

La solenne inaugurazione di un posto santo con un rito di dedicazione era presente anche nella storia del popolo d’Israele. Basta richiamare l’apertura della tenda della Testimonianza di Mosè (cf. Es 40,34-35) o la più famosa dedicazione veterotestamentaria, cioè quella compiuta da Salomone (cf. 1 Re 8,14-53) seguita da quella di Giuda Maccabeo (cf. 1 Mac 4,36-61). Probabilmente proprio da lì discende la solennità della consacrazione (*ἐγκαίνια*) di una nuova chiesa, entrata poi nella teologia e nella prassi cristiana.

¹⁸ Sull’autonomia scolastica collocata all’interno dell’organizzazione complessiva della scuola pubblica e sui suoi limiti, cfr. GIOVANNI CIMBALO, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà. Legge sulla parità scolastica e libertà delle scuole private confessionali*, Giappichelli, Torino, 1999.

consiglio per la discussione dell'istanza con cui il Ministero dell'Istruzione aveva chiesto la sospensione dell'esecutività della sentenza del TAR Bologna del febbraio 2016.

In questa occasione, l'Avvocatura dello Stato rinunciava formalmente a tutte le istanze cautelari e pertanto ritornava a essere pienamente esecutiva ed efficace la sentenza del TAR Emilia Romagna di Bologna n. 166 del 19 febbraio 2016 che aveva accolto il ricorso di docenti e genitori e del "Comitato Bolognese Scuola e Costituzione" contro la delibera dell'Istituto Comprensivo 20 di Bologna di concedere i locali scolastici per la celebrazione dell'atto di culto della benedizione pasquale e fissava per il mese di dicembre 2016 la discussione sul merito.

4. *Alcune considerazioni conclusive*

La vicenda suggerisce alcune riflessioni che, pur muovendo dalle considerazioni sulla presenza del fatto religioso nella scuola pubblica, hanno un più generale impatto sulla nozione stessa di libertà religiosa, di laicità, di pluralismo confessionale, del nostro stesso sistema di relazioni tra il culto cattolico e le confessioni diverse dalla cattolica e i diritti di quella parte sempre più rilevante di popolazione non appartenente e non praticante alcun culto¹⁹.

La prima questione è certamente relativa al ricorso alla tradizione come fonte del diritto, la quale giustificerebbe la presenza di manifestazioni proprie della Chiesa cattolica nello spazio pubblico, concretizzantesi nell'ufficiatura di riti, ma anche nell'ostensione di simboli religiosi, nella celebrazione di determinate festività e nella riproposizione di valori e costumi, attività che si sostiene, nel loro insieme, concorrano a costituire l'identità territoriale delle popolazioni²⁰. A riguardo va rilevato che il riferimento alla tradizione come fattore di identità è quanto mai discutibile e questo non solo perché il ripetersi di eventi e comportamenti è sovente un fatto locale, muta anche a distanza di pochi chilometri, cambia con la composizione della popolazione, con il passare del tempo, è un fenomeno spesso carsico, che periodicamente emerge per poi scomparire, che dipende da circostanze per molti versi imponderabili.

¹⁹ GIOVANNI CIMBALO, *Ateismo e diritto di farne propaganda tra dimensione individuale e collettiva*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1 - 2011, pp. 113-126.

²⁰ GIOVANNI CIMBALO, *Il diritto ecclesiastico oggi: la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa*, intervento al Convegno ADEC pubblicato in MARIO TEDESCHI (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2011, pp. 335-386.

Per uscire da queste incertezze si può dire che un fenomeno, un comportamento, assume dimensione pubblica quando è universalmente condiviso, mentre ha una dimensione privata quando rispecchia solo il sentire di alcuni. I comportamenti, l'attitudine verso la partecipazione a eventi sociali è soggetta a evoluzione, al mutamento, altrimenti non potrebbe evolversi il comportamento umano in campo etico e morale, l'atteggiamento verso i rapporti interpersonali, il modo di rapportarsi all'appartenenza di genere nella direzione di un sempre maggior rispetto reciproco, l'attitudine di fronte ai fatti della vita e della morte, alle relazioni di convivenza ecc. La nostra etica, i nostri valori sarebbero chiusi nella prigione della tradizione, immutabili rispetto all'evoluzione della cultura, della sensibilità rispetto alle cose, alle conoscenze della medicina, a una maggiore consapevolezza di se e del mondo. Applicando questo principio la civiltà non potrebbe che regredire verso la barbarie.

In particolare in materia di libertà religiosa bisogna fare costante riferimento al rapporto tra ordinamento confessionale e ordinamento dello Stato, governati dal principio di separazione degli ordini, di laicità e di autonomia, in quanto l'equilibrio che scaturisce da questa relazione influisce sull'evoluzione sociale e può generare nuovi costumi che includono il trasformarsi delle sensibilità delle popolazioni sul territorio.

Insomma, la cittadinanza e la territorializzazione dei diritti di libertà religiosa generano una evoluzione delle relazioni che è dinamica e che si riverbera nelle scelte del legislatore. Compito dell'ordinamento è recepire le istanze che scaturiscono dalla società che non possono cedere a fronte di un richiamo alla tradizione, artatamente invocata da alcuni, ma sono sottoposti al vaglio dei principii costituzionali, i quali risentono del bisogno d'inclusione sociale, della necessità di garantire i diritti di cittadinanza il cui parametro di riferimento è la tolleranza, l'accettazione dell'altro, la ricerca di un equilibrio tra le diverse componenti culturali presenti in una società e si concretizza nel divieto esplicito di atti di culto o pratiche religiose nella scuola pubblica, contenute nelle intese.

C'è dunque oggi un problema di elaborazione dei valori in una società multiculturale e multireligiosa che deve fare propria, come lo stesso magistero papale suggerisce nella sua ultima Enciclica, la nozione di beni comuni, in quanto esiste un nucleo di valori e di beni che è proprio dell'umanità a qualsiasi latitudine. In questo caso specifico si tratta della neutralità della scuola pubblica che deve restare neutra in modo tale da poter essere fruita da tutti, di potere essere la scuola di tutti.

*Libertà (e diritti) fondamentali, valore della Costituzione, conflitto tra poteri (e tra livelli di governo): evidenze problematiche dall'approccio della Corte Suprema statunitense al same sex marriage**

GIUSEPPE D'ANGELO

1. La questione delle unioni omosessuali. Valore intrinseco e ricadute generali e di principio

La questione del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali (ovvero della loro equiparazione al matrimonio) riveste plurime ragioni di interesse, che ne anticipano la connotazione interdisciplinare e danno conto delle molteplici chiavi di lettura attraverso le quali può venire indagata¹.

Certo, essa appare anzitutto connotata da un valore per così dire intrinseco, che le deriva direttamente dalla qualità e dall'impatto sociale delle rivendicazioni che vi si riconnettono, come testimoniano i toni accesi e divisivi che contraddistinguono il relativo dibattito. Conferendogli peraltro una direzione non sempre adeguata ed anzi talora fuorviante².

Non è però da sottovalutare l'importanza delle più profonde dinamiche

* Alla Prof.ssa Maria Cristina Folliero, nel grato ricordo dei suoi preziosi insegnamenti, del suo vivido esempio.

¹ Basti per ora confrontare, a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, LAURA LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015; DANIELE FERRARI (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Primiceri editore, Padova-Pavia, 2014; ANGELO SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014; FEDERICA MANNELLA, *I diritti delle unioni omosessuali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

² Con particolare riguardo al dibattito italiano in argomento, si è così potuto osservare, in particolare, che «È una semplificazione ricorrente quella che riconduce alla contrapposizione tra “laici” e “cattolici” il confronto – serrato talora aspro – che nel Paese e nel Parlamento si sta svolgendo a proposito della regolamentazione delle unioni civili, segnatamente per quanto concerne la *stepchild adoption* estesa alle coppie di omosessuali. Lo stesso avviene, non di rado, rispetto alle più importanti questioni di bioetica»: VINCENZO TURCHI, *Unioni civili e stepchild adoption. A proposito del dibattito in corso, ricordando la lezione di Norberto Bobbio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 9/2016, http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.3/turchi_unioni.pdf, che si riporta alle considerazioni espresse da Massimo Salvadori in un articolo comparso su *la Repubblica* del 18 febbraio 2016.

che vi sono sottese e degli ampi nessi sistemici implicati. Le une e gli altri tali da renderla snodo esemplare di convergenza di processi e tensioni dalla rilevante portata generale e di principio.

Ciò vale naturalmente anche per i profili che riguardano più da vicino gli studiosi della regolamentazione giuridica del fatto religioso³ ovvero, come si preferisce più di recente, delle relazioni tra diritto e religione⁴.

Soprattutto quanti, tra questi, siano particolarmente interessati a cogliere e valorizzare le potenzialità costruttive della libertà religiosa⁵, precipuamente nella sua relazione dinamica con la tutela promozionale della persona⁶. Ed ancora ad approfondire l'impatto su senso e portata dei diritti fondamentali ed, *in primis*, sulla libertà religiosa stessa che è prodotto dalla peculiare curvatura assunta dal principio giuridico di laicità⁷, per come si (ri)configura – va da sé: con le specificità dei contesti di tempo e luogo⁸ – in rapporto al c.d. ruolo pubblico delle religioni⁹.

In effetti, alla base delle rivendicazioni intese ad accomunare in una unitaria cornice regolamentare le unioni tra persone di sesso opposto (ed in particolare, tra queste, quelle che assurgono al rango di matrimonio) e le

³ Che anche in questo caso si giovano della loro propensione costitutiva ad occuparsi «della regolamentazione del pluralismo dei valori, prima ancora che di un pluralismo normativo»: così, con precipuo riferimento alla declinazione, per l'ecclesiasticista, delle problematiche giuridiche derivanti dalla multiculturalità ma con un'evidente portata generale, MARIA D'ARIENZO, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e religioni*, n. 2/2014, p. 590.

⁴ Cfr. GIANFRANCO MACRÌ - MARCO PARISI - VALERIO TOZZI (a cura di), *Diritto e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Plectica editrice, Salerno, 2012.

⁵ Rileva che «Il “di più” assicurato dall'idea di libertà giuridica ha a che fare con la capacità del soggetto di innovare l'ordinamento e con la necessità di questo di etero-integrarsi»: MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 145.

⁶ Sulla generale rilevanza – e sulle ampie potenzialità – del collegamento tra libertà religiosa, coscienza e dignità umana, nella prospettiva della riaffermazione della centralità della persona, rinvio a GIUSEPPE D'ANGELO, *Dignità della persona e tendenza religiosa tra pubblico e privato: verso un nuovo equilibrio?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, pp. 183 ss.

⁷ Evidenzia opportunamente la molteplicità dei luoghi «nei quali si sviluppa il valore della laicità e la tutela sia della libertà religiosa che di coscienza» e quindi l'ampio configurarsi della laicità quale strumento di educazione alla convivenza, GIOVANNI CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alle convivenze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), marzo 2007, http://www.statoe chiese.it/images/stories/papers/200703/cimbalo_laicità.pdf (l'espressione riportata testualmente è a p. 58).

⁸ Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi scritti principi non scritti regole. Quaderno 1. I principi non scritti*, Giappichelli, Torino, 2007, part. pp. 132 ss.

⁹ Ovvero in rapporto all'idea, che «Attualmente conta pochi sparuti oppositori», che la religione «deve poter incidere sui processi decisionali che tradizionalmente spettano al potere politico»: MARIA CRISTINA FOLLIERO - ANTONIO VITALE, *Diritto Ecclesiastico. Elementi. Principi scritti principi non scritti regole. Quaderno 2. I principi scritti*, Giappichelli, Torino, 2012., pp. 20.

unioni tra persone dello stesso sesso vi sono fondamentali istanze di libertà, in buona misura sovrapponibili (se non del tutto coincidenti) a quelle che confluiscono nel più specifico alveo protettivo di quella libertà primigenia¹⁰ che si qualifica con l'attributo di "religiosa".

V'è cioè la libertà di orientare le proprie scelte (anche) in materia (affettiva e) matrimoniale in senso strettamente conforme al proprio stile di vita ovvero, più nel profondo, alle opzioni (religiose e non) che lo sostanziano. E quindi al rispetto della propria identità.

In realtà, cogliere e porre concretamente in valore questo collegamento non è operazione semplice. Essa è in particolare condizionata dalla evoluzione degli assetti socio-culturali e dalle sensibilità dominanti in un certo contesto ed in un certo momento storico. Nonché, più o meno consapevolmente a seconda dei casi, da una certa ostilità delle religioni. O quantomeno di una buona fetta di esse¹¹.

Questa operazione è quindi inevitabilmente lontana dal condurre ad approdi (definiti e) definitivi. E va di conseguenza declinata nei termini dinamici di un progressivo disvelamento¹², che si snoda lungo quella relazione dialettica, naturalmente insita nella vicenda giuridica quale portato dell'attività umana, tra gli opposti poli della continuità e della frattura, della conferma e della riforma, della evoluzione e della rivoluzione¹³.

¹⁰ Per una versione aggiornata e problematica di questo risalente riconoscimento, MARIO RICCA, *Pantheon* cit., pp. 133 ss. ed ancora pp. 144 ss.

¹¹ Per una panoramica, sintetica ma alquanto significativa, che testimonia come non si tratti di ipotesi esclusiva del contesto italiano, ROBERT WINTEMUTE, *Religious vs. Sexual Orientation: A Clash of Human Rights*, in ELEONORA CECCHERINI (ed.), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Giuffrè, Milano, 2004, partt. pp. 209 ss., che così esordisce al riguardo: «How should the law deal with the problem of continuing hostility on the part of many religious individuals and institutions towards LGBT individuals and same-sex couples? If you are an LGBT person anywhere in the world, it is hard to have warm feelings toward most major religious institutions. What you and your partner consider lovemaking, they will often call an "abomination". When you seek the same rights, opportunities and benefits as heterosexual persons, many religious individuals and organizations will fight you every step of the way, whether they are defending the State's power to put you in jail for your private sexual activity, the rights of employers and landlords to refuse you jobs and apartments, or laws denying you and your partner spousal or parental rights (...) Examples of religious hostility are not hard to find (...)».

¹² Si vedano, con precipuo riferimento al diritto della Chiesa cattolica ma con esplicite ricadute esplicative sulla più generale dinamica giuridica, le illuminanti considerazioni di SALVATORE BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di SARA DOMIANELLO, ANGELO LICASTRO e ANTONINO MANTINEO, Il Mulino, Bologna, 2015, a partire dalla considerazione (p. 9) per cui «Si dà il caso (...) che molte volte il diritto taccia perché piegato al silenzio dalla chiusura ermeneutica delle sue forme, di tal guisa che viepiù vibrante risuona l'eco all'appello della giustizia, di quelle forme sostanza».

¹³ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Enti ecclesiastici. Costituzione e riconoscimento*, in ISABELLA BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Una relazione dialettica che quindi, così come le criticità cui intende rispondere, non è confinabile al pur rilevante tema delle unioni omosessuali ma assume una più ampia portata, il cui senso e la cui direzione di marcia sono resi oggi più sfuggenti (quantomeno in termini di prevedibilità ed inquadramento teorico-dogmatico) da quella crisi delle categorie tradizionali che costituisce la riconosciuta cifra distintiva della contemporaneità giuridica¹⁴.

Così come dallo scarto talora abissale (ma anch'esso connaturale all'essere umano) che intercorre tra i fatti e le loro variegate visioni e narrazioni¹⁵.

In effetti, già in termini generali, gli esiti parziali e storicamente situati di queste dinamiche debbono molto alla variabilità dei rapporti di forza che si stabiliscono tra gli attori, sociali ed istituzionali, in campo. Così come alla persuasività dei rispettivi strumenti e delle rispettive argomentazioni.

Proprio il tema delle unioni omosessuali ben si presta a testimoniare più nello specifico l'estrema complessità di queste interrelazioni ed il carattere variegato e mutevole delle forme di composizione tra i molteplici interessi coinvolti dai processi di emersione e riconoscimento dei c.d. nuovi diritti¹⁶.

Ed ancora a fungere da ipotesi paradigmatica del ruolo che in questi processi di valorizzazione delle potenzialità innovative della libertà va ascrivito alla giurisprudenza¹⁷ ed al conflitto tra poteri che consegue al suo rinnovato protagonismo.

Evidenziandone tutte le tensioni e le problematicità di fondo.

¹⁴ E che conseguentemente impone di ridefinire forme e strumenti di comprensione e, soprattutto, di azione, dando nuova linfa a quelle necessarie capacità di adattamento che non possono non assistere tanto gli studiosi e gli operatori del diritto che le stesse istituzioni: cfr., con particolare riguardo alle ricadute della crisi economico-finanziaria, GIAMPIERO DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in GINEVRA CERRINA FERONI - GIUSEPPE FRANCO FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 65 ss.

¹⁵ Per un esemplare riscontro, MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Enti ecclesiastici tra continuismo e ristrutturazioni: statuto giuridico, visioni e narrazioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2/2014, pp. 347 ss.

¹⁶ Muove proprio dal richiamo al «passaggio da “l'età dei diritti” alla “età dei nuovi diritti”» (citando MARTA CARTABIA, I “nuovi” diritti, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 25/2015, http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.2/cartabia_i_nuovi.pdf, per registrare il passo avanti compiuto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in tema di *same sex marriage*, GIUSEPPE CASUSCELLI, “A CHIARE LETTERE – TRANSIZIONI Obergefell v. Hodges: il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nella pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 25/2015, http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.7/casuscelli_libert.pdf

¹⁷ Cfr. SARA DOMIANELLO, *Osservazioni sulla laicità quale tecnica metodologica di produzione del “diritto giurisprudenziale”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), marzo 2011, http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/domianello_osservazioni.pdf

2. *In particolare, forma e sostanza nei percorsi giurisprudenziali di valorizzazione della proiezione identitaria della libertà. Notazioni introduttive dal caso italiano*

Invero, per ciò che concerne i nostri confini nazionali, lo stretto rapporto che sussiste tra libertà (religiosa e) matrimoniale, tutela dell'identità e valore fondante della persona può dirsi (finalmente) certificato proprio dalla interpretazione evolutiva della giurisprudenza. Ovvero dalla riconduzione dell'unione omosessuale nel concetto di formazione sociale di cui all'art. 2 della Costituzione per come operato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 138 del 2010¹⁸.

Peraltro, nella sostanza dell'approdo raggiunto dalla Corte, le potenzialità di questo significativo collegamento appaiono in buona parte inesprese, se non proprio sconfessate¹⁹.

¹⁸ Vanno peraltro immediatamente ricordate le censure mosse nei confronti dell'Italia da Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 21 luglio 2015, *Oliari contro Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'omessa adozione da parte dell'Italia di una legislazione diretta al riconoscimento ed alla protezione delle unioni tra persone dello stesso sesso costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione («*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*»). Peraltro, la decisione non è parsa del tutto convincente, atteso che «Al di là del clamore mediatico che la pronuncia ha già suscitato, essa pone diversi interrogativi quanto al ragionamento effettuato dai giudici europei per giungere alla decisione di condanna, nonché quanto all'impatto della stessa sull'ordinamento italiano e degli altri Stati del Consiglio d'Europa aventi, al pari dell'Italia, un vuoto legislativo in materia»: MARCO PARISI, *Verso una tutela nazionale e sovranazionale delle unioni (matrimoniali e civili) tra persone dello stesso sesso? Riflessioni a margine del caso Oliari e altri contro Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (rivista on line), n. 5/2016, http://www.statoechiese.it/images/stories/2016.2/parisi_verso_una.pdf, p. 11. Si noti che la decisione della Corte di Strasburgo (sulla quale si vedano altresì, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, ALESSANDRO CESERANI, *Il caso «Oliari» avanti la Corte di Strasburgo e la condizione delle coppie «same-sex» in Italia: brevi riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2015, pp. 785 ss. e LIVIO SCHAFFIDI RUFFELLA, *Il diritto al rispetto della vita familiare per le coppie formate da persone dello stesso sesso nella decisione del 21 luglio 2015 della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso «Oliari and others v. Italy»*, ivi, pp. 803 ss.) fa seguito ad un giudizio nel cui ambito era sorta la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte costituzionale proprio con la sentenza n. 138 del 2010 di cui nel testo. Come peraltro osserva FRANCESCO ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, agosto 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/alicino.pdf>, «Si tratta di una decisione la cui portata e le relative conseguenze si apprezzano pienamente solo se analizzati alla luce delle situazioni e degli episodi che hanno puntellato un lungo percorso giurisprudenziale, esattamente confluito e diligentemente sintetizzato nelle motivazioni del 21 luglio 2015».

¹⁹ Si vedano i rilievi di NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 255 ss., ove peraltro si dà conto della (ennesima) divergenza di vedute tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione (sulla quale, altresì, oltre *sub* nota 11). Particolarmente a tale ultimo riguardo, l'Autore fa riferimento al riconoscimento operato da *Cass. 15 marzo 2012, n. 4184*, per la quale è «radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire, “naturalistico” della stessa “esistenza” del matrimonio», per osservare che «Sotto questo profilo la Cassazione, correggendo

Pur muovendo dall'inclusione delle unioni omosessuali nel novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., la Corte ha infatti mancato di trarne le più estreme conseguenze sul piano delle tutele concretamente poste a loro presidio²⁰. Ed ha in particolare negato che esse, pur meritevoli di venire salvaguardate, siano immediatamente accomunabili alle unioni matrimoniali (tra persone di sesso diverso) e debbano necessariamente godere della più ampia tutela riconosciuta a queste ultime²¹.

Ne deriva che l'iniziale ancoraggio di quella libertà di scelta al valore fondante della persona umana (le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. sono, per vero, tutelate in quanto luoghi di svolgimento della personalità) abbia finito col perdere buona parte del proprio potenziale innovativo, risultando repressa dalla configurazione assegnata all'istituto matrimoniale²².

la propria giurisprudenza, ha fatto mancare il terreno sotto i piedi della Corte costituzionale, che quella giurisprudenza aveva presupposto per stabilire che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»: con l'art. 29 – aveva argomentato – il costituente «intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto», riflesso nella normativa del codice civile che «contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna», secondo la «base naturalistica» ravvisata dalla Cassazione (...). La Corte, per vero, aveva portato altra acqua al mulino della concezione «naturalistica» prendendo apoditticamente partito per una tesi assai discutibile: la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale». Invero, tale finalità è un elemento essenziale del matrimonio canonico (...) ma non pure del matrimonio civile».

²⁰ Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali, si rinvia a MARCO PARISI, *Verso una tutela* cit., pp. 2 ss.

²¹ Ad avviso della Corte, cioè, dalla suddetta riconduzione delle unioni omosessuali nell'alveo dell'art. 2 Cost. non può derivare l'estensione ad esse della disciplina del matrimonio. Tale estensione rimane infatti rimessa alla valutazione discrezionale del potere politico ovvero anzitutto del legislatore. Nondimeno, la successiva *Corte di Cassazione*, sent. n. 2400 del 9 febbraio 2015 sembrerebbe voler mitigare l'atteggiamento attendista della Corte costituzionale sollecitando i giudici comuni ad intervenire, in senso perequativo, «in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali scaturenti dalla relazione in questione». Si è così osservato che, «Conformemente a tale orientamento, lo statuto giuridico delle coppie dello stesso sesso sarebbe passibile d'integrazione giurisprudenziale secondo un processo di omogeneizzazione di tali coppie rispetto alla condizione in cui versano le coppie coniugate, ma non fino al punto di introdurre il matrimonio, che, per la Suprema Corte, resta invece riservato all'intervento disciplinatore del legislatore»: MARCO PARISI, *Verso una tutela* cit., p. 3, *sub* nota 4.

²² Così, testualmente, la Corte: «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua

Si ha infatti che, nel passaggio dall'inquadramento teorico (seppure in larga misura implicito) alla concretezza del riconoscimento giuridico, l'interesse della coppia omosessuale ad orientare liberamente le proprie scelte affettive secondo (coscienza ed) identità dei singoli *partner* diviene «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo il relativo riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» e non, come sembrerebbe invece più consono alla particolare qualità del legame che le stesse parti vorrebbero riconosciuto dall'ordinamento, «diritto al matrimonio»²³.

Ora, la sottolineatura di questa sorta di slittamento concettuale che investe la libertà di scelta matrimoniale facendola approdare (sempre e comunque) ad un diritto ad una (mera) condizione di coppia intende rispondere ad una precisa esigenza analitica e ricostruttiva, cui si intende rispondere nelle pagine che seguono. Un'esigenza che va a sua volta collegata alle segnalate ricadute generali e di principio del tema che ci occupa.

È in effetti proprio siffatto passaggio che spinge il giudice a spostare il *focus* argomentativo dal valore dell'istanza di libertà che le persone implicate nell'unione omosessuale intendono far valere all'impatto che questa istanza, una volta accolta, può comportare sulla connotazione (ovvero su struttura e funzione) degli istituti coinvolti.

Il punto tocca evidentemente un nervo scoperto delle istanze di tutela connesse ai nuovi diritti.

piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

²³ Invero, è pur possibile che le stesse parti abbiano inteso configurare il proprio legame affettivo nei termini di una unione «non matrimoniale». La circostanza conferma la complessità del tema generale entro il quale il *same sex marriage* si colloca ed anticipa lo specifico fronte problematico (indirettamente) sollecitato dalla Corte Suprema nel caso *Obergefell*, fronte sul quale si avrà modo di tornare in prosieguo, ovvero nel corso del par. 11. Merita peraltro osservare, al momento, come la pluralità dei modelli di convivenza e familiari (ma non matrimoniali) condizioni, non sempre consapevolmente ed in maniera esplicita, la linearità delle soluzioni avanzate dalla stessa giurisprudenza italiana in tema di unioni omosessuali, a cominciare da quella costituzionale: cfr. ROBERTO ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pp. 1629 ss.. Sul carattere «imperfetto» del richiamo operato dalla già ricordata *Corte Costituzionale* n. 138/2010 alla convivenza *more uxorio* quale modello di riferimento per le unioni omosessuali, più di recente, LUCILLA CONTE, «*Impara una quantità di cose dai dotti*»: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello «specchio» della dottrina, in MASSIMO CAVINO - CHIARA TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 143 ss.

Invero, in ipotesi come quelle implicate dalle unioni omosessuali, i mutamenti sociali che sottostanno a queste istanze di riconoscimento investono il modo stesso di concepire istituti tradizionali e consolidati, quali nella specie la famiglia ed il matrimonio.

Su queste premesse, è pressoché inevitabile che l'esigenza di una interpretazione evolutiva finisca nei fatti con il riguardare, prima ancora che il valore costruttivo della libertà, gli stessi istituti in rapporto ai quali questa viene evocata.

Si tratta di una circostanza che si conferma tutt'altro che secondaria solo che si consideri che è proprio sulla peculiare connotazione funzionale degli istituti, rispettivamente, della famiglia e del matrimonio che si giocano buona parte delle resistenze (anche religiose) al (pieno) riconoscimento delle unioni omosessuali, come il recente dibattito italiano in argomento (nonché, indirettamente, i tentativi riequilibratori della giurisprudenza di legittimità²⁴) dimostra ampiamente²⁵.

In effetti, come non si mancherà di verificare in prosieguo, anche quando ad affermarsi sembra essere una più ampia libertà di scelta matrimoniale (ed ancora prima affettiva) a venire implicata è, in misura decisiva, proprio la (re)interpretazione di natura e funzione del matrimonio.

3. Peculiarità ed interesse dell'approccio della Corte Suprema statunitense. L'impatto sulla polarizzazione dialettica unità-differenziazione

La complessità e la delicatezza di tali questioni sono ben rappresentate dalla recente decisione con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha in pratica accolto le istanze di riconoscimento legale del proprio matrimonio avanzate da 14 coppie dello stesso sesso e due uomini i cui partner omosessuali erano defunti. Una decisione che sembra avere condotto a conclusione un processo di sostanziale parificazione nel diritto al matrimonio delle coppie omosessuali avviato da tempo e che, per vero, era già pervenuto a risultati tanto significativi²⁶ da autorizzare l'illazione per cui, in fondo, tale

²⁴ Per una sintetica rappresentazione di questi percorsi giurisprudenziali, utile a dare conto della varietà dei profili regolamentativi implicati, MARCO PARISI, *Verso una tutela cit.*, pp. 4 ss.

²⁵ Cfr., GIUSEPPE CASUSCELLI, "A CHIARE LETTERE" – EDITORIALI, *Le unioni civili e il "passo del gambero" del Presidente CEI*, http://www.statoechniese.it/images/stories/2016.2/casuscelli_il_cardinale.pdf

²⁶ Si vedano, in particolare, *Windsor v. United States* e *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. _ (2013), in cui si esclude che il governo federale possa subordinare il riconoscimento dei diritti derivanti dalla convivenza matrimoniale alla eterosessualità dei soggetti del rapporto.

ultimo approdo non giunge del tutto inaspettato²⁷.

Più specificamente, in *Obergefell v. Hodges*²⁸, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità del rifiuto di completare l'iter amministrativo necessario per contrarre validamente matrimonio²⁹ opposto a quelle coppie omosessuali dai pubblici ufficiali di alcuni stati (Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee).

Per la verità, tale rifiuto appare in linea con la legislazione degli stati coinvolti, i quali definiscono il matrimonio quale unione tra un uomo ed una donna, anche se era stato ritenuto illegittimo da tutte le rispettive Corti distrettuali, propense a valorizzare, nel caso di specie, il precetto del XIV Emendamento per il quale «*No state shall (...) deprive any person of (...) liberty (...) without due process of law (...)*»³⁰. La Corte d'Appello federale per il Sesto Circuito aveva però riformato le sentenze delle Corti distrettuali ritenendo diversamente che i singoli stati non abbiano un obbligo costituzionale di consentire matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati al di fuori dello Stato, non potendosi in particolare fondare un tale obbligo sulla stessa garanzia del XIV Emendamento.

Il riferimento ad un supposto obbligo di conformazione degli stati membri ad istanze di tutela che trovino nella Costituzione federale la loro fonte immediata è di un certo interesse e vale ad arricchire – anche in prospettiva comparatistica – un quadro di riferimento in tema di *same sex marriage* che, come si è visto, è già di per sé particolarmente complesso e problematico.

A risaltarne implicato è infatti un più specifico profilo di criticità, che di primo acchito può risultare poco presente nello stesso argomentare della Corte ma che in realtà riveste un'importanza tutt'altro che secondaria. Un motivo di fondo di particolare rilevanza nel contesto di un ordinamento

²⁷ Secondo GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritti comparati* (rivista giuridica online), <http://www.diritticomparati.it/2015/08/esercizi-di-common-law-constitutional-interpretation-obergefell-v-hodges-e-il-diritto-fondamentale-a.html>, è «l'approccio "incrementale" rispetto al riconoscimento dei nuovi diritti che caratterizza, in via generale, i modelli di common law» ad aver fatto «si che la pronuncia in questione non giungesse del tutto inaspettata».

²⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. _ (2015)

²⁹ O per accordare il pieno riconoscimento nello Stato ai matrimoni già celebrati in altro Stato.

³⁰ Nella sua interezza, il XIV Emendamento, nella sua prima Sezione, contiene più clausole di salvaguardia ovvero, per quanto più specificamente interessa in questa sede, la *due process clause* e la *equal protection clause*. *Amendment XIV Section 1*. «*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*».

strettamente federale quale quello statunitense ma che ad una più attenta analisi rimanda ad una tensione dialettica – sinteticamente: quella tra unità ordinamentale e differenziazione – dal carattere estensivo e dalla più ampia portata prospettica³¹.

In particolare, al fondo della questione di diritto che interroga la Corte – ovvero sia tra le pieghe delle argomentazioni fondate sulla interpretazione del XIV Emendamento, che come si vedrà costituisce il riferimento normativo-costituzionale essenziale della decisione – v'è, implicita, una sostanziale problematica di rapporti tra livelli istituzionali di governo ovvero tra Federazione e singoli stati membri. Problematica che quindi si aggiunge ed anzi parzialmente si sovrappone, alla polarizzazione dialettica – anch'essa peculiare del sistema statunitense ma di analoga portata estensiva – tra i poteri legislativo e giudiziario³².

Ed infatti, all'invocato valore costituzionale della libertà matrimoniale (ovvero, più specificamente, del diritto al matrimonio) si contrappone il rivendicato rispetto delle politiche legislative dei singoli stati membri, i quali hanno tutto l'interesse a ribadire la propria piena sovranità rispetto alla configurazione di un istituto giuridico evidentemente considerato qualificante la stessa identità nazionale.

Sotto questo profilo, la decisione, assunta a strettissima maggioranza (cinque a quattro, compreso tra questi ultimi il *Chief Justice* Roberts), con la quale la Corte accogliendo il ricorso riconosce le ragioni delle coppie omosessuali vale non solo, com'è di immediata evidenza, ad implementare il grado di tutela dei diritti delle coppie omosessuali ma ancor prima, forse in maniera meno evidente ma altrettanto significativa, a ridimensionare l'impatto delle possibili differenziazioni territoriali in termini di riconoscimento e salvaguardia dei diritti fondamentali. Suona cioè, tra le righe, come una limitazione della discrezionalità delle scelte di governo imputabili al livello dei singoli stati membri e, correlativamente, quale riaffermazione della prevalenza delle istanze di unità ordinamentale (o, se si preferisce, della portata unificante dei diritti fondamentali).

Obergefell v. Hodges costituisce così utile occasione per testare la capacità del XIV Emendamento della Costituzione federale di ricondurre ad unità ordinamentale le differenziazioni territoriali che trovino origine ed alimento

³¹ Rinvio al proposito a GIUSEPPE D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

³² Su questo specifico punto, GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.

nella connotazione federale dello Stato. Nonché, in termini generali, per riflettere sul rapporto che intercorre tra dinamica delle relazioni autonomistiche e salvaguardia dei diritti costituzionali, libertà religiosa compresa.

4. *L'impostazione del caso Obergefell v. Hodges. Il diritto al matrimonio come diritto fondamentale*

La centralità del XIV Emendamento nei processi di implementazione e di diffusione intraordinamentale dei diritti costituzionali-fondamentali è peraltro ben nota agli stessi cultori del diritto ecclesiastico italiano. I quali ne hanno da tempo registrato il legame con le garanzie in tema di (divieto di) *Establishment of Religion* e di (salvaguardia della) *Free Exercise* di cui al I Emendamento³³.

Tuttavia, anche in questo caso per potere ricorrere legittimamente alla suddetta disposizione costituzionale – ed alle sue potenzialità espansive – è evidentemente necessario ricondurre la situazione giuridica fatta valere dai ricorrenti nel suo alveo regolamentativo.

La Corte risponde a tale necessità, declinando esplicitamente il diritto al matrimonio quale diritto fondamentale riconducibile alla libertà tutelata dalla *Due Process Clause*.

La prospettazione costituisce evidentemente elemento qualificante della decisione della Corte e per tale motivo assume un particolare interesse, anche in termini più generali e di principio. Come si chiarirà in seguito, essa infatti ben si presta a chiarire le problematiche connesse alla emersione dei c.d. nuovi diritti ovvero ai meccanismi di valorizzazione giuridica della portata innovatrice delle libertà costituzionali-fondamentali.

Sotto questo profilo, la particolare opzione argomentativa che sorregge la decisione del caso *Obergefell v. Hodges* è importante tanto quanto il (se non più del) suo stesso esito.

Si tratta di una scelta che emerge con chiarezza sin dal sintetico inquadramento delle ragioni giuridiche dei ricorrenti, per come premesso alla articolazione della opinione della Corte, redatta dal giudice Kennedy.

Questi muove infatti dall'osservazione per cui, in buona sostanza, sposando una persona del loro stesso sesso (o facendo riconoscere legalmente il loro matrimonio agli stessi termini e condizioni dei matrimoni tra persone

³³ Per tutti, FRANCESCO ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO - CESARE MIRABELLI - FRANCESCO ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000, part. pp. 256-258.

del loro stesso sesso) i ricorrenti intendono far valere uno specifico diritto a definire ed esprimere la propria identità. Diritto che a sua volta deriva proprio dalla libertà “promessa” dalla Costituzione attraverso il suo XIV Emendamento³⁴.

Ora, siffatto inquadramento sembra andare ben oltre le esigenze di sintetica rappresentazione delle istanze dei ricorrenti propria di una premessa. Assume piuttosto una portata più sostanziale poiché lascia intravedere da subito qual è la strada che la Corte intende percorrere nel valutare gli elementi addotti dalle parti.

Più specificamente, sembra derivarne che, ad avviso della Corte, sono anzitutto e fondamentalmente ragioni di libertà – quest’ultima intesa nella sua peculiare proiezione identitaria – a rendere giuridicamente apprezzabile l’interesse di una persona a contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso, risultando le concorrenti valutazioni connesse al principio di eguaglianza – pur evocate dai ricorrenti – quasi incidentali. O piuttosto utili a meglio specificare quella libertà.

Sicché è sulla esistenza o meno di una tale libertà ovvero sulla sua riconduzione agli obiettivi di tutela del XIV Emendamento che la Corte intende soffermare principalmente la propria attenzione.

In effetti, buona parte dell’*iter* motivazionale è costruito proprio sulla riconduzione del diritto al matrimonio nell’alveo della libertà cui il XIV Emendamento si riferisce, nella sua parte individuata attraverso la locuzione *due process of law clause*³⁵. Come meglio vedremo in seguito, valutazioni

³⁴ «The Constitution promises liberty to all within its reach, a liberty that includes certain specific rights that allow persons, within a lawful realm, to define and express their identity. The petitioners in these cases seek to find that liberty by marrying someone of the same sex and having their marriages deemed lawful on the same terms and conditions as marriages between persons of the opposite sex».

³⁵ Più precisamente il riferimento è al *due process of law* “sostanziale” (*substantive*), in ragione del quale è possibile individuare alcune specifiche libertà, tra quelle cui il XIV Emendamento allude, le quali, in quanto riconosciute meritevoli dell’attributo di “fondamentali”, sono assistite da una garanzia rafforzata, non meramente procedurale (e cioè, appunto, sostanziale), dal momento che non possono essere violate se non in ragione di motivazioni particolarmente stringenti ovvero impellenti (e quindi a prescindere dal fatto che la violazione in questione effettivamente consegua, come previsto dalla disposizione costituzionale, ad un procedura legale). Si tratta, in tutta evidenza, di una declinazione estensiva della garanzia costituzionale, che consente alla Corte di ampliare il novero dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione o comunque rafforzarne la tutela al di là degli aspetti formali e procedurali. Così descrive il meccanismo – per evidenziarne le criticità – il giudice Roberts nel suo *dissenting*: «This Court has interpreted the Due Process Clause to include a “substantive” component that protects certain liberty interests against state deprivation “no matter what process is provided”» (ci cita al riguardo *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302, del 1993). «The theory» – così ancora Roberts – «is that some liberties are “so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”, and therefore cannot be deprived without compelling justification» (il richiamo è a *Snyder v. Massachussetts*, 291 U.S. 97, 105, del 1934).

coinvolgenti quei profili di eguaglianza e non discriminazione che sono più chiaramente coperti dalla ulteriore clausola della stessa disposizione costituzionale (la già ricordata *equal protection clause*) rivestono una rilevanza tutto sommato marginale.

5. *Svolgimenti e specificazioni. a) L'inerenza alla «liberty» del XIV Emendamento*

La riconduzione del diritto al matrimonio tra le libertà tutelate dal XIV Emendamento ovvero la sua declinazione in termini di diritto costituzionale-fondamentale è dedotta da quattro principi³⁶, la cui esistenza ed il cui significato sono indagati attraverso la tradizione e la cultura statunitense, per come certificati dall'evoluzione stessa della giurisprudenza della Corte³⁷.

Solo il primo tali principi ed, in certo modo, il secondo (che di primo acchito si può dire ne costituisca una particolare proiezione) appaiono tuttavia avere diretto riguardo all'interesse delle persone che si uniscono in matrimonio e collocarsi così nella direzione argomentativa tracciata dalla considerazione preliminare secondo la quale le libertà di cui al XIV Emendamento non hanno unicamente riguardo ai diritti enumerati nei primi Dieci Emendamenti della Costituzione (il *Bill of rights*, appunto) ma tutelano alcune scelte personali essenziali per la dignità e l'autonomia dell'individuo,

Invero, secondo Roberts, «Allowing unelected federal judges to select which unenumerated rights rank as “fundamental” – and to strike down laws on the basis of that determination – raises obvious concerns about the judicial role. Our precedents have accordingly insisted that judges “exercise the utmost care” in identifying implied fundamental rights “lest the liberty protected by the Due Process Clause be subtly transformed into the policy preferences of the Members of this Court”» (si cita sul punto *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720, del 1997).

³⁶ «The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples».

³⁷ «The identification and protection of fundamental rights is an enduring part of the judicial duty to interpret the Constitution. That responsibility, however, “has not been reduced to any formula.” (...) Rather, it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect (...) That process is guided by many of the same considerations relevant to analysis of other constitutional provisions that set forth broad principles rather than specific requirements. History and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries (...) That method respects our history and learns from it without allowing the past alone to rule the present». E, subito dopo, «The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed».

ovvero quelle che definiscono la sua identità e le sue credenze³⁸.

In particolare, l'espresso, specifico, richiamo ai precedenti *Loving v. Virginia*³⁹, *Zablocki v. Redhail*⁴⁰ e *Turner v. Safley*⁴¹ consente al giudice Kennedy proprio di chiarire che il diritto alla scelta personale inerente al matrimonio è insita nel concetto di autonomia individuale e quindi di rinvenire «an abiding connection» tra matrimonio e libertà⁴². In effetti, attraverso il legame durevole che deriva dal matrimonio, le due persone insieme, anche se dello stesso sesso, possono ottenere altre libertà, di espressione di sé, di intimità, di spiritualità⁴³. Proprio la relazione tra decisione matrimoniale ed identità della persona induce d'altra parte a riconoscere che il diritto di sposarsi è immanente all'individuo⁴⁴.

³⁸ «Under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” The fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights ... In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs».

³⁹ *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967), ove la Corte ha riconosciuto in contrasto con la Costituzione il divieto di matrimoni interrazziali, affermando che il matrimonio è «one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men».

⁴⁰ *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374 (1978), che ha riconosciuto illegittimo il divieto di sposarsi imposto ai padri che siano in arretrato con il pagamento degli alimenti ai figli.

⁴¹ *Turner v. Safley*, 482 US 78 (1985), che ha riconosciuto illegittima la limitazione imposta dai regolamenti al diritto di sposarsi dei carcerati.

⁴² «A first premise of the Court's relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy. This abiding connection between marriage and liberty is why *Loving* invalidated interracial marriage bans under the Due Process Clause (...) Like choices concerning contraception, family relationships, procreation, and childrearing, all of which are protected by the Constitution, decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make». Si tenga presente, al riguardo, il rinnovato riferimento alla nota decisione del caso *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), che ha sancito la incostituzionalità delle norme dello Stato del Texas vietanti la sodomia. Allo stesso modo è particolarmente significativo quanto si rileva poco più avanti, a proposito della necessità di andare oltre il semplice riconoscimento del diritto a vivere una unione intima con una persona dello stesso sesso per giungere al punto di valorizzare la mutua volontà di instaurare un rapporto lungo e duraturo: «As this Court held in *Lawrence*, same-sex couples have the same right as opposite-sex couples to enjoy intimate association. *Lawrence* invalidated laws that made same-sex intimacy a criminal act. And it acknowledged that “[w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring.” (...) But while *Lawrence* confirmed a dimension of freedom that allows individuals to engage in intimate association without criminal liability, it does not follow that freedom stops there. Outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty».

⁴³ «The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality. This is true for all persons, whatever their sexual orientation» (ci si riporta alla più recente decisione del ricordato caso *Windsor*).

⁴⁴ «[T]he freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State»: così, citando espressamente la ricordata decisione del caso *Loving*.

6. *b) La solennità dell'impegno e la peculiare stabilità dell'unione matrimoniale*

Si può peraltro osservare che, in questa ottica, la particolare cifra qualitativa dell'impegno assunto con il matrimonio risulta determinante. È in effetti la particolare solennità di questa unione ovvero la sua tendenziale durevolezza nel tempo a qualificare il corrispondente esercizio della libertà individuale connotandolo di una pregnante valenza identitaria.

La circostanza trova un esplicito riscontro nel successivo argomentare del giudice Kennedy, che individua il secondo dei principi che sostanziano il diritto al matrimonio nel fatto oggettivo che l'istituto matrimoniale è funzionale a garantire quella particolare unione di due persone distinguibile da ogni altra per l'importanza dell'impegno assunto⁴⁵. In altri termini, con il matrimonio l'ordinamento tutela una unione che si vuole non occasionale ma tendenzialmente duratura, di modo che la decisione di unirsi in matrimonio sia tale da caratterizzare l'intera vita delle due persone, a prescindere dal rispettivo sesso⁴⁶.

Questo riferimento al carattere "*hopefully enduring*" del matrimonio merita di venire valutato con maggiore attenzione. Esso è, per vero, più problematico di quanto possa apparire a prima vista.

Certo, nelle intenzioni dichiarate della Corte, la sottolineatura della solennità dell'impegno che due persone assumono con il matrimonio è intesa a valorizzare il ruolo della scelta matrimoniale quale elemento che contribuisce a delineare in maniera decisiva l'identità della persona. E quindi a corroborare l'idea di una declinazione di questa scelta in termini di libertà.

⁴⁵ «A second principle in this Court's jurisprudence is that the right to marry is fundamental because it supports a two-person union unlike any other in its importance to the committed individuals. This point was central to *Griswold v. Connecticut*, which held the Constitution protects the right of married couples to use contraception (...)».

⁴⁶ Il richiamo è proprio al precedente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), laddove il matrimonio è descritto come «a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions». Ed ancora, richiamando altri precedenti della Corte, «in *Turner*, the Court again acknowledged the intimate association protected by this right, holding prisoners could not be denied the right to marry because their committed relationships satisfied the basic reasons why marriage is a fundamental right (...) The right to marry thus dignifies couples who "wish to define themselves by their commitment to each other"» (qui il riferimento è alla opinione della Corte nel caso *Windsor*). «Marriage» – così ancora Kennedy – «responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other».

Tuttavia, proprio l'individuazione dei caratteri tipici e distintivi del rapporto che ne consegue ha l'effetto (probabilmente non voluto, forse persino paradossale) di ridimensionare, almeno sul piano teorico-ricostruttivo, la portata di quel collegamento tra diritto al matrimonio da un lato e libertà/identità della persona dall'altro, che sembra stare tanto a cuore ai Supremi giudici (o quantomeno alla maggioranza degli stessi).

In altri termini, l'argomentazione della Corte tradisce (o quantomeno favorisce) il progressivo spostamento del *focus* interpretativo, che transita dal piano della scelta individuale a quello del significato (prima ancora che giuridico) sociale del matrimonio, inteso (non tanto come espressione di libertà individuale o, al più, come diritto ma piuttosto) come istituzione.

7. c) La nozione e la funzione sociale del matrimonio

Gli ulteriori principi delineati dalla Corte confermano questa impressione.

In particolare, il terzo di essi ha esplicito riguardo proprio alle finalità tipiche del matrimonio (nonché del relativo diritto!⁴⁷), che il giudice Kennedy individua nella protezione dei figli e delle famiglie, per argomentare come esso tragga il proprio significato proprio dai correlati diritti di procreazione, allevamento ed educazione dei figli⁴⁸. Ed il passo successivo è quello di riconoscere che molte coppie omosessuali offrono ai loro figli focolari domestici che li amano ed educano, siano essi figli biologici o adottivi e che questa circostanza è confermata dalla scelta della maggior parte degli Stati, che consente ai gay ed alle lesbiche, individui o coppie che siano, di adottare⁴⁹.

Di qui la conclusione per cui l'esclusione delle coppie omosessuali dal

⁴⁷ Così, infatti, la Corte: «A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus draws meaning from related rights of childrearing, procreation, and education».

⁴⁸ «The Court has recognized these connections by describing the varied rights as a unified whole: "[T]he right to 'marry, establish a home and bring up children' is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause"» (il richiamo è alla decisione del già ricordato *Zablocki*).

⁴⁹ «Under the laws of the several States, some of marriage's protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents' relationship, marriage allows children "to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives." (...) Marriage also affords the permanency and stability important to children's best interests (...) As all parties agree, many same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of thousands of children are presently being raised by such couples (...) Most States have allowed gays and lesbians to adopt, either as individuals or as couples, and many adopted and foster children have same-sex parents (...) This provides powerful confirmation from the law itself that gays and lesbians can create loving, supportive families».

matrimonio è in contrasto con una premessa centrale (dell'istituto e quindi) del relativo diritto⁵⁰.

È però soprattutto il quarto dei principi evocati dalla opinione di maggioranza a restituire il senso profondo dell'opzione interpretativa che lega strettamente il diritto al matrimonio alla funzione sociale (e quindi alla nozione) dell'istituto matrimoniale. È un principio che si presta a rendere al meglio il tentativo della Corte di innestare il riconoscimento del diritto al matrimonio in capo alle coppie omosessuali sulla tradizione giuridica statunitense e sulla stessa giurisprudenza in tema di diritti fondamentali.

Ed infatti, nell'argomentare del giudice Kennedy, sono proprio «i precedenti di questa Corte» e le «tradizioni della Nazione» a rendere evidente che il matrimonio è «un fondamento dell'ordine sociale»⁵¹.

Tale riconoscimento è un sicuro portato della precedente declinazione delle funzioni del matrimonio, dal momento che ne assume un valore per così dire riepilogativo. Pur non tornando esplicitamente sul punto, le considerazioni che muovono da quell'iniziale riconoscimento rimandano infatti al valore della stabilità del vincolo, la quale a sua volta spiega e corrobora quella funzione di salvaguardia della famiglia e dei figli che, come si è visto, sarebbe tipica (e, aggiungerei, esclusiva) dell'istituto matrimoniale.

Ciò che ora è invece più esplicita è la sottolineatura delle conseguenze che derivano dal peculiare valore del matrimonio quale fondamento della famiglia e della società⁵². Esse ben si condensano nella considerazione per cui nel momento in cui una coppia promette di assistersi reciprocamente, la società si impegna ad assistere la coppia, non solo riconoscendola formal-

⁵⁰ «Excluding same-sex couples from marriage thus conflicts with a central premise of the right to marry. Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples (...)». Il giudice Kennedy non manca peraltro di chiarire che «That is not to say the right to marry is less meaningful for those who do not or cannot have children. An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State. In light of precedent protecting the right of a married couple not to procreate, it cannot be said the Court or the States have conditioned the right to marry on the capacity or commitment to procreate. The constitutional marriage right has many aspects, of which childbearing is only one».

⁵¹ «Fourth and finally, this Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order».

⁵² Kennedy richiama il precedente *Maynard v. Hills*, 125 US 190 (1888), laddove «the Court echoed de Tocqueville, explaining that marriage is “the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress.” Marriage, the *Maynard* Court said, has long been “a great public institution, giving character to our whole civil polity.” ». Ed ancora: «This idea has been reiterated even as the institution has evolved in substantial ways over time, superseding rules related to parental consent, gender, and race once thought by many to be essential».

mente ma aiutandola materialmente⁵³.

Ebbene, Kennedy è conseguente nel rilevare che mentre per riguardo a tale principio – ovvero al significato essenziale del matrimonio ed al suo valore sociale – non vi è differenza tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, l'esclusione delle prime dall'accesso al matrimonio ne determina l'esclusione (altresì) dal godimento di quegli stessi benefici previsti per le coppie eterosessuali⁵⁴.

Si tratta peraltro di un pregiudizio che va ben oltre l'aspetto materiale ma finisce con il compromettere, con la libertà e la dignità delle persone omosessuali, il significato stesso del matrimonio siccome delineato in precedenza⁵⁵.

In buona sostanza, nell'argomentare della Corte l'incompatibilità logica della limitazione del matrimonio alle coppie eterosessuali, per quanto possa essere sembrata naturale e giusta per lungo tempo, è ora manifesta, mentre le leggi che escludono le coppie omosessuali dal diritto al matrimonio impongono uno stigma ed una violazione che sono proibite dalla Costituzione⁵⁶.

8. L'impatto (residuale) dei principi di eguaglianza e non discriminazione

Ad una prima impressione, questo ultimo ordine di considerazioni può

⁵³ «For that reason, just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union. Indeed, while the States are in general free to vary the benefits they confer on all married couples, they have throughout our history made marriage the basis for an expanding list of governmental rights, benefits, and responsibilities. These aspects of marital status include: taxation; inheritance and property rights; rules of intestate succession; spousal privilege in the law of evidence; hospital access; medical decisionmaking authority; adoption rights; the rights and benefits of survivors; birth and death certificates; professional ethics rules; campaign finance restrictions; workers' compensation benefits; health insurance; and child custody, support, and visitation rules».

⁵⁴ «There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage».

⁵⁵ «This harm results in more than just material burdens. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects. It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society. Same-sex couples, too, may aspire to the transcendent purposes of marriage and seek fulfillment in its highest meaning».

⁵⁶ «The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter».

risultare sintomatico di una ulteriore prospettazione del tema, più incline a valorizzare i profili di eguaglianza e non discriminazione implicati dalla esclusione delle coppie omosessuali dal diritto al matrimonio.

Sembra confermarlo l'ulteriore precisazione del giudice Kennedy per cui le coppie omosessuali richiedono nel matrimonio lo stesso trattamento giuridico delle coppie eterosessuali, sicché negare loro un tale diritto equivarrebbe a svilire le loro scelte e diminuire la loro personalità⁵⁷.

In realtà, questo riferimento alla parità di trattamento giuridico non sembra assumere una autonoma consistenza ma è inteso a ribadire il legame tra diritto al matrimonio e salvaguardia della personalità (ovvero della identità) dei soggetti coinvolti sicché complessivamente considerata l'affermazione di Kennedy non sembra valorizzare particolarmente il ruolo del principio di eguaglianza.

Essa è piuttosto indice dell'esistenza di una certa correlazione tra le due garanzie previste dal XIV Emendamento ovvero tra la protezione assicurata alla libertà (*due process law clause*) e l'affermazione del principio di eguale protezione della legge (*equal protection clause*).

Una correlazione che Kennedy si premura anzitutto di dimostrare attraverso il richiamo ai precedenti della Corte relativi al matrimonio⁵⁸. E quindi

⁵⁷ L'osservazione fa seguito all'ulteriore sottolineatura delle ragioni che conducono a ricondurre il diritto al matrimonio nell'alveo della fundamentalità: «The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era. Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied. Under the Constitution, same-sex couples seek in marriage the same legal treatment as opposite-sex couples, and it would disparage their choices and diminish their personhood to deny them this right».

⁵⁸ Ad esempio, «In *Loving* the Court invalidated a prohibition on interracial marriage under both the Equal Protection Clause and the Due Process Clause. The Court first declared the prohibition invalid because of its un-equal treatment of interracial couples. It stated: "There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause." (...) With this link to equal protection the Court proceeded to hold the prohibition offended central precepts of liberty: "To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law." (...) The reasons why marriage is a fundamental right became more clear and compelling from a full awareness and understanding of the hurt that resulted from laws barring interracial unions.». Ed ancora «The synergy between the two protections is illustrated further in *Zablocki*. There the Court invoked the Equal Protection Clause as its basis for invalidating the challenged law, which, as already noted, barred fathers who were behind on child-support payments from marrying without judicial approval. The equal protection analysis depended in central part on the Court's holding that the law burdened a right

di confermare con specifico riguardo al *same sex marriage*⁵⁹.

In effetti, la prospettiva tracciata dal possibile ricorso al principio di eguaglianza (e di non discriminazione⁶⁰) non pare approfondita adeguatamente e soprattutto battuta con convinzione.

Questa almeno l'impressione diffusa non solo oltre confine, tra i primi commentatori italiani⁶¹, ma anzitutto nell'ambito della stessa letteratura sta-

“of fundamental importance.” (...) It was the essential nature of the marriage right, discussed at length in *Zablocki* (...) that made apparent the law's incompatibility with requirements of equality. Each concept—liberty and equal protection—leads to a stronger understanding of the other.».

⁵⁹ «This dynamic also applies to same-sex marriage. It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry (...). These considerations lead to the conclusion that the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. *Baker v. Nelson* must be and now is overruled, and the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples.».

⁶⁰ Rileva che «Non-discriminazione è diventata la declinazione attuale del principio di eguaglianza», NICOLA COLAIANNI, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2013, p. 203.

⁶¹ La dottrina ecclesiasticistica sembra invero maggiormente disposta a cogliere le potenzialità del richiamo operato dalla Corte: rileva ad esempio G. CASUSCELLI, «A CHIARE LETTERE» cit., p. 2, che «la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (...) ha segnato un cambiamento di indirizzo di speciale rilievo per l'accento posto al rapporto tra diritti di libertà e principio di uguaglianza, pur senza giungere al riconoscimento che l'orientamento sessuale costituisca di per sé un illegittimo fattore di discriminazione. Tuttavia, l'affermazione che il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso ha natura costituzionale è per di più rafforzata dalla recisa negazione che la sua tutela concreta possa dipendere dalla discrezionalità del legislatore, dalla magnanimità delle maggioranze politiche, dall'allentarsi delle rigidità alimentate dalle ideologie e/o dalle fedi». Si vedano altresì le considerazioni di F. ONIDA, «A CHIARE LETTERE» – CONFRONTI, *Riflessioni minime sulla crisi del diritto matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista on line), n. 28/2015, http://www.statoechiese.it/images/stories/2015.9/onida_riflessioni.pdf, secondo cui quella del caso *Obergefell v. Hodges* è «un'ampia e pregevole motivazione per la prima volta, dopo l'ottima ma isolata *Widmar v. Vincent* del 1981 (che era comunque disadatta a valere come precedente in quanto relativa a tutt'altro argomento, quello delle riunioni studentesche all'interno dell'Università) fa leva essenzialmente sul generale principio di uguaglianza, valutato nel fondamentale rapporto col diritto di libertà, senza limitarsi, diversamente dal solito per le problematiche implicanti qualche interesse religioso, a ricorrere alla specifica, ma più limitante, establishment clause dello stesso primo emendamento». Si vedano ancora, tra i cultori di altre discipline giuridiche, ANGIOLETTA SPERTI, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, in *articolo29*, <http://www.articolo29.it/2015/pronuncia-storica-corte-suprema-riconosce-diritto-matrimonio-same->

tunitense⁶², come si avrà modo di verificare di qui a poco.

9. La dinamica democratica e il ruolo della Corte

Valga intanto osservare come risultino diversamente ben più estese ed approfondite le considerazioni con le quali la maggioranza affronta uno dei passaggi più spinosi – un vero e proprio snodo argomentativo – della questione al proprio esame. Quello che investe il tema del rapporto tra i poteri dello Stato ovvero in particolare tra legislativo e giudiziario, per ciò che specificamente attiene alla dinamica dei diritti fondamentali.

Si tratta cioè di chiarire quale sia il ruolo di cui il giudice può dirsi legittimamente investito rispetto al concreto riconoscimento di quei diritti che – come appunto il diritto al matrimonio degli omosessuali – per quanto radicati nella tradizione, anche giuridica statunitense, non siano ancora giunti ad una formale sanzione da parte del legislatore.

Ora, ad una prima impressione, la Corte sembra essere spinta a tale ordine di considerazioni da ragioni di natura processuale ovvero dalle esplicite richieste degli stati resistenti, i quali non avevano mancato di invocare cautela ovvero invitato ad attendere ulteriori atti legislativi, processi e dibattiti pubblici prima di giungere ad un tale riconoscimento. Richieste che,

sex-in-tutti-gli-dell'unione-2/, secondo cui il passaggio motivazionale relativo allo stretto legame tra eguaglianza e libertà «pur apprezzabile, suscita alcune perplessità laddove la maggioranza, come nelle precedenti pronunce, non si spinge sino a riconoscere l'orientamento sessuale come un fattore vietato di discriminazione e a qualificare gli omosessuali come vittime di discriminazione. In altri termini, la Corte Suprema non compie ancora quel passaggio, pur da tempo auspicato da parte della dottrina statunitense, che le avrebbe consentito di qualificare l'omosessualità come un *suspect classification* al pari della razza, del sesso, ecc. e di sottoporre in futuro ad un più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale le leggi che prevedono disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale» e GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi cit.*, p. 2, laddove si evidenzia che la maggioranza abbia rinunciato pressoché completamente a percorrere la strada argomentativa della «analisi modellata sulla *equal protection clause*», che «avrebbe forse evitato di concentrare il *reasoning* sul *due process* conducendo allo stesso risultato». In particolare, «Le ben note tecniche di sindacato, fondate sul principio di eguaglianza, non vengono utilizzate dalla Corte».

⁶² Di un certo interesse anche in questa direzione le osservazioni critiche di CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*, in *Fordham Law Review* 84, 2015, pp. 23, sulle quali si avrà modo di tornare più diffusamente oltre *sub par. 11*. Valga per ora ricordare quanto si lamenta in premessa ovvero che «In lieu of a straightforward, and far more defensible, decision based purely on the Equal Protection Clause, Justice Kennedy's reliance on the Due Process Clause is deeply problematic». Invero (ivi, nota 3) «Justice Kennedy, in his majority opinion for the Court, did invoke the Equal Protection Clause as an additional basis for its holding (...) but the equal protection analysis is very thin». D'altra parte, come pure non si manca di ricordare è lo stesso giudice Roberts, nella sua opinione dissenziente, a rilevare che «The majority does not seriously engage with the [equal protection] claim. Its discussion is, quite frankly, difficult to follow».

per vero, erano state suffragate dalla stessa Corte di Appello federale, la cui maggioranza aveva in effetti ritenuto che fosse appropriato per questi stati attendere un ulteriore dibattito pubblico e ulteriori misure politiche prima di autorizzare i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

In realtà, non si tratta semplicemente di rispondere a specifiche istanze delle parti in causa ma piuttosto di affrontare un profilo argomentativo che ha una evidente portata condizionante rispetto sullo stesso impianto motivazionale battuto dalla Corte.

Kennedy è in effetti piuttosto netto nel rilevare che vi è stato un dibattito ben maggiore di quello che le parti sono disposte a riconoscere, essendovi stati referendum, dibattiti legislativi, campagne popolari, nonché studi, rapporti, contributi accademici. Ed analoghi rilievi vengono mossi in riferimento ai contributi più propriamente giudiziari, sicché, in definitiva, Kennedy può concludere agevolmente al riguardo osservando che vi è un'ampia comprensione della questione, ben testimoniata dalle argomentazioni delle stesse parti⁶³.

Il punto su cui la Corte intende focalizzare la propria attenzione è però un altro, di portata ben più generale e di principio. Esso attiene al rapporto tra dinamica democratica (se si preferisce, con una approssimazione di comodo, democrazia in senso procedurale) e diritti fondamentali.

Ebbene, la Costituzione – così, sinteticamente, Kennedy – prevede certo che il processo democratico sia quello appropriato per registrare i cambiamenti sociali. A patto però che esso non limiti i diritti fondamentali⁶⁴.

Più nettamente: ad avviso di Kennedy è la forza dinamica del sistema costituzionale a garantire che gli individui non debbano aspettare l'azione del legislatore prima di far valere un diritto fondamentale, potendo essi fare affidamento sulle corti. Un individuo può cioè invocare la protezione costituzionale di un diritto quando è leso, anche se il più vasto pubblico è con-

⁶³ «Yet there has been far more deliberation than this argument acknowledges. There have been referenda, legislative debates, and grassroots campaigns, as well as countless studies, papers, books, and other popular and scholarly writings. There has been extensive litigation in state and federal courts (...) Judicial opinions addressing the issue have been informed by the contentions of parties and counsel, which, in turn, reflect the more general, societal discussion of same-sex marriage and its meaning that has occurred over the past decades. As more than 100 amici make clear in their filings, many of the central institutions in American life—state and local governments, the military, large and small businesses, labor unions, religious organizations, law enforcement, civic groups, professional organizations, and universities—have devoted substantial attention to the question. This has led to an enhanced understanding of the issue—an understanding reflected in the arguments now presented for resolution as a matter of constitutional law».

⁶⁴ «Of course, the Constitution contemplates that democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights».

trario e anche se il Parlamento rifiuta di agire⁶⁵. Sicché, nessun rilievo può essere riconosciuto alla circostanza che i sostenitori del diritto al matrimonio omosessuale non abbiano capacità di incidere nel processo democratico⁶⁶.

Tanto vale a sostanziare l'ampio valore garantistico della giurisdizione, ed in specie della giurisdizione di costituzionalità⁶⁷.

E può risultare interessante osservare che questa sottolineatura si accompagna all'implicito riconoscimento del *surplus* di responsabilità che insiste in capo alla Corte Suprema, sulla quale incombe il delicato compito di impedire differenziazioni geografiche nella definizione del significato della legge federale⁶⁸. Oltre che di ribadire – particolare non trascurabile soprattutto

⁶⁵ «The dynamic of our constitutional system is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right. The Nation's courts are open to injured individuals who come to them to vindicate their own direct, personal stake in our basic charter. An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution "was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts." (...) This is why "fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections"» (qui i richiami sono al caso *Barnette* ovvero a *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, (1943), in tema di saluto alla Bandiera (si tratta del più noto tra i *Flag Salute Cases*).

⁶⁶ «It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same-sex couples to marry.». Kennedy non manca di osservare come non si tratti della prima volta che alla Corte sia richiesto di adottare un approccio cauto in tema di diritti fondamentali. Evidenzia quindi le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'accoglimento di tali richieste, rilevando in particolare come le lesioni della dignità umana non possano essere sempre guarite con un tratto di penna (il richiamo è qui alla decisione del caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), che riconobbe legittimo il divieto penale degli atti di sodomia tra adulti consenzienti, salvo venire più di recente superata dalla nota decisione del caso *Lawrence v. Texas*): «This is not the first time the Court has been asked to adopt a cautious approach to recognizing and protecting fundamental rights. In *Bowers*, a bare majority upheld a law criminalizing same-sex intimacy (...) That approach might have been viewed as a cautious endorsement of the democratic process, which had only just begun to consider the rights of gays and lesbians. Yet, in effect, *Bowers* upheld state action that denied gays and lesbians a fundamental right and caused them pain and humiliation. As evidenced by the dissents in that case, the facts and principles necessary to a correct holding were known to the *Bowers* Court (...) That is why *Lawrence* held *Bowers* was "not correct when it was decided." (...) Although *Bowers* was eventually repudiated in *Lawrence*, men and women were harmed in the interim, and the substantial effects of these injuries no doubt lingered long after *Bowers* was overruled. Dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen.».

⁶⁷ Osserva come la Corte abbia così inteso richiamare «la sua natura di potere contro-maggioritario», GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi* cit., p. 2

⁶⁸ «Indeed, faced with a disagreement among the Courts of Appeals—a disagreement that caused impermissible geographic variation in the meaning of federal law—the Court granted review to determine whether same-sex couples may exercise the right to marry. Were the Court to uphold the challenged laws as constitutional, it would teach the Nation that these laws are in accord with our society's most basic compact. Were the Court to stay its hand to allow slower, case-by-case determination of the required availability of specific public benefits to same-sex couples, it still would deny gays and lesbians many rights and responsibilities intertwined with marriage.».

per l'ecclesiasticista – il valore costituzionale delle clausole religiose del Primo Emendamento⁶⁹.

10. *Le obiezioni della minoranza: i confini dell'intervento della Corte*

Si è già accennato al fatto che la decisione del caso *Obergefell* è assunta a strettissima maggioranza. A nutrire la compagine dei dissenzienti sono in particolare, con il Chief Justice Roberts, i giudici Scalia, Thomas, Alito. Ognuno di essi redige una propria opinione, che incontra l'adesione diversificata dei colleghi dissenzienti⁷⁰.

Pur nella diversità dei toni e delle sottolineature, ad una valutazione generale e complessiva colpisce il fatto che la minoranza non esprima quel netto dissenso nei confronti del diritto al matrimonio omosessuale⁷¹ che ci si aspetterebbe in ragione dei numeri appena ricordati.

Essa sembra piuttosto preferire contestazioni che si collocano su di un diverso piano, attinente agli spazi di intervento che la Costituzione riconosce, nella materia implicata, al potere giudiziario ovvero, nello specifico, alla Corte Suprema.

Roberts, in particolare⁷², giunge ad ammettere esplicitamente che la po-

⁶⁹ Se, per un verso, la Corte ribadisce il carattere vincolante, per gli Stati membri, del Primo Emendamento, la stessa Corte, per l'altro, ne propone una lettura equilibrata, che, pur conducendo al riconoscimento del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, riconosca alle religioni ed a quanti aderiscono a dottrine religiose di difendere la convinzione che per precetto divino il matrimonio tra persone dello stesso sesso non debba essere ammesso: «Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex.».

⁷⁰ In particolare sia Roberts che Alito redigono una propria opinione dissenziente senza aderire ad altre. Scalia e Thomas redigono una propria opinione dissenziente e nel contempo aderiscono a tutte le altre opinioni dissenzienti.

⁷¹ Ciò con qualche significativa graduazione. Alito in particolare sembra ben meno propenso di Roberts e Scalia a riconoscere che il XIV Emendamento consenta di fondare un diritto fondamentale al matrimonio omosessuale. Senza però sottovalutare il peso delle considerazioni che attengono alla preservazione dei processi democratici e, per essi, della sovranità dei singoli stati.

⁷² E con lui soprattutto Scalia: «I join with THE CHIEF JUSTICE's opinion in full. I write separately to call attention to this Court's threat to American democracy».

sizione favorevole al riconoscimento di questo diritto può vantare buone ragioni a proprio sostegno⁷³. Ma aggiunge seccamente che la Corte non è il legislativo, sicché per quanto possa risultare una buona idea ammettere il matrimonio omosessuale, l'effettivo riconoscimento del relativo diritto non rientra tra i poteri che la Costituzione le riconosce⁷⁴.

Di qui la valutazione fortemente critica del risultato sostanzialmente distorsivo tanto della dinamica democratica che della connotazione federale dello Stato, che consegue al riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, nei termini e secondo le modalità in cui è affermato dalla maggioranza della Corte⁷⁵.

⁷³ Come si è appena accennato, sembra più netta sotto questo profilo l'opinione dissenziente di Alito, che contesta esplicitamente, sin dalle prime battute del suo *dissenting*, il tentativo della maggioranza di fare rientrare il diritto al matrimonio omosessuale nel concetto di liberty di cui al XIV Emendamento. Peraltro evocando da subito un problema di invasione della sfera decisionale riservata al legislativo: «Until the federal courts intervened, the American people were engaged in a debate about whether their States should recognize same-sex marriage. The question in these cases, however, is not what States should do about same-sex marriage but whether the Constitution answers that question for them. It does not. The Constitution leaves that question to be decided by the people of each State. The Constitution says nothing about a right to same-sex marriage, but the Court holds that the term “liberty” in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment encompasses this right. Our Nation was founded upon the principle that every person has the unalienable right to liberty, but liberty is a term of many meanings. For classical liberals, it may include economic rights now limited by government regulation. For social democrats, it may include the right to a variety of government benefits. For today’s majority, it has a distinctively postmodern meaning. To prevent five unelected Justices from imposing their personal vision of liberty upon the American people, the Court has held that “liberty” under the Due Process Clause should be understood to protect only those rights that are “‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition.’ (...) And it is beyond dispute that the right to same-sex marriage is not among those rights (...) Nor is the right to same-sex marriage deeply rooted in the traditions of other nations. No country allowed same-sex couples to marry until the Netherlands did so in 2000 (...) For today’s majority, it does not matter that the right to same-sex marriage lacks deep roots or even that it is contrary to long-established tradition. The Justices in the majority claim the authority to confer constitutional protection upon that right simply because they believe that it is fundamental.»

⁷⁴ «Petitioners make strong arguments rooted in social policy and considerations of fairness. They contend that same-sex couples should be allowed to affirm their love and commitment through marriage, just like opposite-sex couples. That position has undeniable appeal; over the past six years, voters and legislators in eleven States and the District of Columbia have revised their laws to allow marriage between two people of the same sex. But this Court is not a legislature. Whether same-sex marriage is a good idea should be of no concern to us. Under the Constitution, judges have power to say what the law is, not what it should be. The people who ratified the Constitution authorized courts to exercise “neither force nor will but merely judgment.” » (qui il richiamo è alle parole di Alexander Hamilton nel noto saggio apparso sul n. 78 della rivista *The Federalist*)».

⁷⁵ Per limitarci ad alcuni significativi passaggi: «Today, however, the Court takes the extraordinary step of ordering every State to license and recognize same-sex marriage. Many people will rejoice at this decision, and I begrudge none their celebration. But for those who believe in a government of laws, not of men, the majority’s approach is deeply disheartening. Supporters of same-sex marriage have achieved considerable success persuading their fellow citizens – through the democratic process – to adopt their view. That ends today. Five lawyers have closed the debate and enacted

Lo stesso Roberts non manca d'altra parte di specificare gli argomenti che fondano la distinzione delle reciproche sfere di competenza tra giudiziario e legislativo e che, conseguentemente, impongono di richiamare la Corte ad un più stretto rispetto delle prerogative che la Costituzione le riconosce.

Roberts osserva così, in buona sostanza, che quella del riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale è questione che rientra nella discrezionalità politica, la cui soluzione positiva potrebbe per avventura venire imposta (unicamente) in ragione di motivazioni politiche. E che, di contro, gli argomenti di natura giuridica addotti dalla maggioranza non sono in realtà tali da imporre l'estensione del diritto al matrimonio come comprendente il matrimonio omosessuale, in quanto il diritto al matrimonio non include il diritto a imporre allo Stato di modificare la propria definizione di matrimonio⁷⁶.

Tale passaggio argomentativo è particolarmente significativo.

Esso infatti consente di sostanziare la tensione dialettica tra legislativo e giudiziario, innestandola su quella tra i livelli di governo, rispettivamente, federale e statale⁷⁷.

their own vision of marriage as a matter of constitutional law. Stealing this issue from the people will for many cast a cloud over same-sex marriage, making a dramatic social change that much more difficult to accept. The majority's decision is an act of will, not legal judgment. The right it announces has no basis in the Constitution or this Court's precedent. The majority expressly disclaims judicial "caution" and omits even a pretense of humility, openly relying on its desire to remake society according to its own "new insight" into the "nature of injustice." (...) As a result, the Court invalidates the marriage laws of more than half the States and orders the transformation of a social institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs. Just who do we think we are?». Ed ancora, «But today the Court puts a stop to all that. By deciding this question under the Constitution, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance. Closing debate tends to close minds. People denied a voice are less likely to accept the ruling of a court on an issue that does not seem to be the sort of thing courts usually decide.».

⁷⁶ «Although the policy arguments for extending marriage to same-sex couples may be compelling, the legal arguments for requiring such an extension are not. The fundamental right to marry does not include a right to make a State change its definition of marriage. And a State's decision to maintain the meaning of marriage that has persisted in every culture throughout human history can hardly be called irrational. In short, our Constitution does not enact any one theory of marriage. The people of a State are free to expand marriage to include same-sex couples, or to retain the historic definition».

⁷⁷ Nette e particolarmente chiare al riguardo sono anche le osservazioni di Alito, che bene evidenzia l'ampiezza delle conseguenze pregiudizievoli, nelle loro interrelazioni reciproche, che, a suo dire, conseguono all'approccio della maggioranza della Corte: «Today's decision usurps the constitutional right of the people to decide whether to keep or alter the traditional understanding of marriage. The decision will also have other important consequences. It will be used to vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy. In the course of its opinion, the majority compares traditional marriage laws to laws that denied equal treatment for African-Americans and women (...) The implications of this analogy will be exploited by those who are determined to stamp out every vestige of dissent (...) The system of federalism established by our Constitution provides a way for people with different beliefs to live together in a single nation. If the issue of same-sex marriage had

Costituisce infatti buon viatico per una ulteriore considerazione: la disciplina del matrimonio (ovvero la sua definizione) è questione che rientra tra i poteri sovrani del popolo dei singoli stati membri e quindi nella competenza legislativa di questi. I singoli stati membri e, attraverso di essi, le rispettive popolazioni rimangono cioè liberi di scegliere se tenere ferma la nozione tradizionale di matrimonio o accedere ad una sua versione evoluta e rinnovata.

In ciò v'è una evidente conferma dell'impatto di quel progressivo slittamento delle preoccupazioni interpretative che, come si è visto, caratterizza la stessa opinione di maggioranza.

Può invero rilevarsi che, così come quest'ultima, anche la minoranza, avverta la necessità di abbandonare il tema della estensione del diritto al matrimonio ovvero della sua riconducibilità alla libertà tutelata dal XIV Emendamento per focalizzare la propria attenzione sulla funzione sociale e, correlativamente, sulla nozione di matrimonio.

11. *L'incerta valutazione dell'operato della Corte e del suo impatto prospettico*

Questa insistenza su ragioni e significato dell'istituto matrimoniale va probabilmente ricondotta alla preliminare scelta interpretativa della maggioranza della Corte, propensa a ricostruire la decisione del caso facendo leva sulla *due process of law clause* e lasciando invece alla *equal protection of law clause* un ruolo secondario, se non residuale⁷⁸. E può di conseguenza

been left to the people of the States, it is likely that some States would recognize same-sex marriage and others would not. It is also possible that some States would tie recognition to protection for conscience rights. The majority today makes that impossible. By imposing its own views on the entire country, the majority facilitates the marginalization of the many Americans who have traditional ideas. Recalling the harsh treatment of gays and lesbians in the past, some may think that turnabout is fair play. But if that sentiment prevails, the Nation will experience bitter and lasting wounds. Today's decision shows that decades of attempts to restrain this Court's abuse of its authority have failed. A lesson that some will take from today's decision is that preaching about the proper method of interpreting the Constitution or the virtues of judicial self-restraint and humility cannot compete with the temptation to achieve what is viewed as a noble end by any practicable means. I do not doubt that my colleagues in the majority sincerely see in the Constitution a vision of liberty that happens to coincide with their own. But this sincerity is cause for concern, not comfort. What it evidences is the deep and perhaps irremediable corruption of our legal culture's conception of constitutional interpretation.». E, conclusivamente «Most Americans – understandably – will cheer or lament today's decision because of their views on the issue of same-sex marriage. But all Americans, whatever their thinking on that issue, should worry about what the majority's claim of power portends».

⁷⁸ In questo senso CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., p. 23 «A substantive due process analysis required the Court to define marriage and explain its social importance. This meant the Court had to choose between competing images—social fronts—of marriage. If it had used an equal protection analysis, the Court would not have had to decide whether marriage *is* traditional or marriage *is* more plural. Instead, the Court would have espoused a thinner notion of marriage—that, whatever its essential nature, marriage must be available on equal grounds unless the state can convincingly

venire addotta a conferma delle peculiarità della interpretazione costituzionale statunitense⁷⁹.

Ma soprattutto induce a riguardare con cautela l'esito complessivo della decisione della Corte. Avanzando qualche dubbio sul fatto che essa costituisca approdo certo ed ultimativo per quanti propendono per una lettura dei principi costituzionali idonea ad assecondare una più ampia e pervasiva effettività dei diritti fondamentali ovvero, in particolare, per i sostenitori dei diritti LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, transgender)⁸⁰.

Il punto merita di venire dettagliato attraverso il più puntuale richiamo alle notazioni critiche avanzate nell'ambito della stessa dottrina statunitense, ove si sono evidenziati e stigmatizzati gli effetti di marginalizzazione delle forme familiari atipiche (ovvero non fondate sul matrimonio: "*nonmarital families*") che conseguono ad *Obergefell* (ovvero più che alla sua decisione al *reasoning* sulla quale essa si fonda).

Invero, la svalutazione del ruolo di queste forme familiari e delle relazioni che da esse originano, implicita nella ricostruzione della maggioranza della Corte, tende prospetticamente ad irrigidire le soluzioni discriminatorie

argue otherwise. An equal protection analysis also would have obtained the need for Justice Kennedy's pen to marriage». Ed ancora (p. 27) «A more persuasive, and arguably less provocative, way to uphold the right to same-sex couples to marry would have been to base the decision purely on the equal Protection Clause. In an equality analysis, the Court have concluded that regardless of the social meaning of marriage, states cannot deny access to it based on sexual orientation absent a rational, important or compelling state interest. In this way, the Court would not have defined the proper social front of marriage, but instead determined the permissible grounds for state classification».

⁷⁹ In questo senso, GRAZIELLA ROMEO, *Esercizi* cit., p. 3, secondo cui «Si tratta di una decisione emblematica soprattutto in ragione della sua attitudine a esprimere le caratteristiche tipiche della cosiddetta *common law constitutional interpretation* (...) E difatti combina il tradizionalismo e il convenzionalismo, da un lato, con lo sforzo di cogliere le nuove esigenze di tutela che provengono dalla società civile dall'altro. L'argomentazione è costruita su questo equilibrio, sulla necessità cioè di giustificare la protezione del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base del ricorso alla tradizione al solo fine di evidenziare l'emersione della posizione giuridica in questione al *corpus* di precedenti e principi che informano la cultura giuridica americana» (L'Autrice cita al riguardo DAVID A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, pp. 877 ss.).

⁸⁰ «I am delighted with the result in *Obergefell v. Hodges*, but I am unhappy with the Court's reasoning (...) There are two lamentable consequences of the Court's framing. It unnecessarily disrespects people who in good faith have a different view of the social front of marriage. And it reifies marriage as a key element in the social front of family»: così CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., *ivi*. In realtà, come l'Autrice immediatamente osserva (*sub* nota 4), «There are other problems with the opinion as well, some of which also flow from the decision to rest the opinion primarily on the Due Process Clause. For example, marriage equality is an important substantive and symbolic victory for promoting equal treatment of LGBT individuals, but the majority opinion is unnecessarily anchored to marriage. If the Court had seen discrimination in marriage as part of a larger question about equal citizenship, all LGBT individuals would have benefitted. A more robust LGBT rights agenda would include protection from discrimination in employment, housing, and much more.».

emergenti dall'attuale diritto di famiglia e dalle politiche sociali di sostegno alla famiglia.

E così a rendere particolarmente arduo il più ambizioso approdo ad una equiparazione, sotto il profilo dell'accesso ai benefici giuridici ed economici più direttamente legati alla dignità delle persone coinvolte ed alle esigenze di mantenimento ed educazione dei figli⁸¹.

12. *Ricadute di ordine ricostruttivo ed evidenze problematiche di portata generale. Il same sex marriage ed il valore innovativo della libertà nella dinamica del conflitto tra poteri (e tra livelli istituzionali di governo)*

Assunto in questa ulteriore dimensione prospettica, il caso *Obergefell* induce spunti di riflessione che vanno oltre lo specifico statunitense ed assumono una più ampia portata ricostruttiva.

Invero, tanto le argomentazioni poste a base del contrasto tra la maggioranza e la minoranza della Corte che le osservazioni critiche mosse nei confronti della decisione testimoniano tutte le problematicità di un approccio alle unioni omosessuali (nonché, più in generale, ai summenzionati nuovi diritti) che muova dalla (ri)definizione dell'istituto matrimoniale, per quanto evolutivamente inteso. O comunque riconosca alla individuazione delle sue connotazioni essenziali, della sua funzione giuridica e del suo (non sempre conseguente) significato sociale un rilievo determinante.

È per vero difficile sfuggire all'impressione che il tentativo della maggioranza della Corte di ricondurre il matrimonio omosessuale alla tradizione giuridica statunitense (se non persino alla cultura della Nazione) costituisca una forzatura e quindi non risulti del tutto convincente.

Prova ne sia il fatto che, come si è visto, Kennedy stesso sia costretto a concludere le proprie argomentazioni precisando ragioni e limiti dell'intervento della Corte. Ovvero soffermandosi sulla perimetrazione delle competenze, rispettivamente, della politica e della giurisdizione e, per tale via, sui reciproci rapporti.

⁸¹ «Justice Kenedy's denigration of nonmarital families, even if unintentional, is deeply troubling. By reifying the social front of family as children with married parents, and by penning an unnecessary paean to marriage, Justice Kennedy made the lives of nonmarital families lesser. An opinion based on the Equal Protection Clause would not have had to elevate marriage and, in the process, devalue nonmarital families. In an era when marriage has become a marker of socioeconomic status, *Obergefell* has the effect of further entrenching the divide between marital and nonmarital families. Rather than marginalize nonmarital families, the law needs to strengthen and support these families. *Obergefell* makes it much harder to do so»: così, conclusivamente, CLARE HUNTINGTON, *Obergefell's Conservatorism* cit., *ivi*.

Di contro, nel lasciare sullo sfondo la questione definitoria, il ricorso al principio di eguaglianza e non discriminazione sembra effettivamente in grado di minimizzare entrambi i rischi appena segnalati. Impedisce cioè al giudice (e prima ancora al legislatore) di alterare la dinamica pluralista in argomento (ovvero la pluralità dei modi di vedere e vivere le relazioni affettive che possono legittimamente animare la società in un dato momento storico) e soprattutto consente di calibrare la risposta egualitaria in ragione degli interessi pubblici che di volta in volta sono interferiti dalle istanze di tutela fatte valere dalle persone legate da una relazione familiare ma (astrattamente declinabile come) non matrimoniale.

In effetti, a fronte di una discriminazione oggettivamente valutabile come dipendente dall'orientamento sessuale, l'eventuale negazione dell'accesso allo *status* giuridico matrimoniale (ovvero agli specifici benefici che ne derivano) dovrebbe di necessità porsi (*id est*: essere valutata) come ragionevole. Ovvero trovare fondamento in un concorrente, specifico e prevalente interesse statale.

Non che in questo modo gli spazi concessi alla discrezionalità – ovvero alla propensione creativa – del giudice vengano meno. Va anzi segnalato che proprio l'apprezzamento degli interessi statali coinvolti costituisce talora buon viatico per sottoporre le stesse scelte politiche al controllo delle istanze giurisdizionali⁸² ed in certo senso ribaltare il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

Da questo punto di vista, anche opzioni interpretative più sensibili alle istanze di eguaglianza e non discriminazione potrebbero nei fatti risultare inidonee a garantire gli esiti di maggior tutela cui pure sarebbero dichiaratamente orientate⁸³.

In effetti, sul piano della applicazione di quei principi, molto dipende dal modo con il quale gli attori istituzionali intendono ragioni e portata di quegli interessi pubblici in grado di opporsi al riconoscimento paritario del-

⁸² In argomento, per gli opportuni riscontri giurisprudenziali, rimando a GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà cit.*, *passim* nonché, con riferimento alle esemplificazioni più recenti, pp. 121 ss.

⁸³ Si aggiunga la constatazione per cui la maggior parte delle disposizioni normative che formalizzano o si richiamano ad un principio di non discriminazione sono poi esplicitamente intese ad escludere le sole disegualianze basate sul sesso e non anche quelle basate sull'orientamento sessuale. Tutti questi rilievi possono in effetti indurre a ritenere preferibili approcci più propensi a valorizzare in via diretta ed immediata il significato delle scelte affettive in termini di libertà o ancora che facciano leva sulla dignità umana, la quale ultima può risultare lesa tanto dal divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso che dalla esclusione delle coppie non matrimoniali dai benefici previsti per le famiglie fondate sul matrimonio. In realtà, può piuttosto osservarsi che questi diversi approcci non sono affatto contraddittori ed antagonisti ma trovano nel comune orientamento al valore fondante della persona ragione e forza di una loro più compiuta (e convincente) traduzione pratica.

le unioni non matrimoniali. Ovvero dalla effettiva propensione degli attori istituzionali, nella complessità delle loro relazioni reciproche, a valorizzare quel collegamento tra libertà, identità e dignità della persona, che porterebbe a sostanziare e valorizzare nei fatti la forte carica innovativa della prima⁸⁴.

Neppure può pensarsi d'altra parte che si tratti di un percorso lineare, leggibile in termini univoci e progressivi, fatto di sicure convergenze istituzionali⁸⁵.

L'esperienza statunitense evidenzia anzi che larga parte di questi esiti sono da imputare alla condizione in cui versano i (mutevoli) rapporti tra poteri dello Stato e tra livelli istituzionali di governo. Più nello specifico alla particolare curvatura che, in un tempo di crisi perenne (e quindi, paradossalmente, di non crisi) quale quello attuale, è assunta dal diritto giurisprudenziale⁸⁶.

Non sembra peraltro che si tratti di un caso isolato ma piuttosto di una testimonianza, particolarmente significativa, dell'importanza di una variabile di fatto di cui occorre tenere conto. Tanto sul piano ricostruttivo che su quello valutativo.

⁸⁴ In questo senso appare discutibile il passaggio – per lo più implicito nella posizione del giudice Kennedy – dalla “libertà” di cui al XIV Emendamento al “diritto” al matrimonio. Un passaggio nel corso del quale la prima sembra perdere molto del suo effettivo collegamento – questo, sì, esplicitamente richiamato dalla Corte – alla dignità della persona ed al rispetto della sua identità.

⁸⁵ Cfr., con riguardo alla contrapposizione tra modello legislativo e modello giurisdizionale di intervento nella materia che ci occupa, LUCA IMARISIO, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in MASSIMO CAVINO - CHIARA TRIPODINA (a cura di), *La tutela* cit., pp. 83 ss.

⁸⁶ Esemplari, nel dare conto – con particolare riguardo al sistema statunitense ma con argomentazioni dalla evidente portata più generale – dei più recenti percorsi della «legittimazione politica ed istituzionale di tale funzione creativa della giurisprudenza» e segnalare le ambiguità che ne derivano in ragione della «mancanza di contropoteri globali genuinamente politici», ragion per cui «persino i tratti più profondi del modello di *common law*, in *primis* un giudiziario forte, *indipendente* e isolato dalle pressioni del potere, sono stati progressivamente e poi violentemente abbandonati mentre sopravvive, e anzi si rafforza, una retorica fondata su diritti umani universali e sulla *rule of law*», le considerazioni di UGO MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2014 pp. 189 ss. Con più specifico riguardo al caso *Obergefell* si veda poi quanto l'Autore osserva oltre, pp. 196-197, e ivi, *sub* nota 153, prima ancora della decisione della Corte: «in materie di siffatta importanza sono in ballo equilibri politico-istituzionali delicatissimi, nell'ambito dei quali una Corte Suprema sostanzialmente spaccata cinque a quattro, dipende sempre più dall'ago della bilancia, Anthony Kennedy, un oscuro costituzionalista californiano quasi ottantenne nominato da Reagan un anno prima della caduta del Muro di Berlino, sulle cui scelte più o meno schierate col blocco ultra-conservatore (Roberts, Scalia, Alito, Thomas) si regge oggi, davvero in modo paradossale la “rule of law” negli Stati Uniti». Ed inverosimile, sembra «quasi incredibile che biblioteche intere siano state dedicate alla celebrazione di un sistema statunitense governato dalla legge e non dall'arbitrio dell'uomo (*rule of law*) per ritrovarci oggi a scommettere sull'inclinazione di Kennedy su ogni questione controversa. Si discute poi sulla salute dell'anziana Ruth Ginsburg che, non essendosi ritirata quando si riteneva dovesse farlo, toglie oggi ad Obama la possibilità di una nuova nomina più duratura alla Corte dopo quelle di Sotomayor e Kagan».

La tutela giuridica dei luoghi di culto: riflessioni applicative sull'art. 2645-ter c.c.

LUDOVICA DECIMO

1. L'art. 831, comma 2 c.c. alla prova di resistenza del pluralismo religioso

L'esercizio della libertà religiosa si manifesta attraverso forme e momenti di aggregazione comunitaria¹. Le religioni richiedono, infatti, non solo atti d'intelletto, ma si estrinsecano in atti di culto, individuali o collettivi, che sono posti in essere in luoghi ad essi destinati. La libertà religiosa incontra così nuovamente lo spazio materiale ed esterno, prescindendo dalla "sfera interna" del singolo individuo.

Il pluralismo confessionale che caratterizza la società contemporanea favorisce l'incontro nel medesimo spazio pubblico di diverse fedi religiose, alle quali deve essere egualmente riconosciuta la libertà di culto, una delle facoltà della libertà religiosa², ed il concreto esercizio all'interno di strutture ad esso deputate. L'apertura dei luoghi di culto è un problema che tocca l'esercizio in forma associata della libertà religiosa e riguarda l'eguale misura di libertà garantita dall'art. 8, comma 1, della Costituzione a tutte le confessioni religiose³.

Si pone, pertanto, il problema concreto della libera disponibilità e fruibili-

¹ MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 455.

² La Corte Costituzionale, sentenza 24 novembre 1958, n. 59, ha affermato che la disponibilità per i fedeli di una confessione religiosa di un luogo dove esercitare il culto realizza una delle facoltà inerenti il diritto di libertà religiosa riconosciuto e garantito a tutti, sia in forma individuale che associata, dalla Carta Costituzionale. Pertanto la disparità di trattamento nell'ambito della edilizia di culto si traduce in una violazione dell'art. 19 della Costituzione.

In tal senso si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 settembre 1996, *Manoussakis c. Grecia*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1997, pp. 762-768, la quale ha sostenuto che anche una legge che renda particolarmente complessa l'apertura di luoghi di culto solo per alcune confessioni religiose è in contrasto con l'art. 9 della Convenzione, verificandosi un sostanziale impedimento per i fedeli all'esercizio della libertà religiosa.

³ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zannichelli, Bologna, 2003, p. 199 ss.

lità dei luoghi di culto, nonché della tutela giuridica cui essi è riconosciuta⁴. Gli edifici di culto sono disciplinati nell'ordinamento giuridico italiano da norme unilaterali e di derivazione pattizia che ne costituiscono uno statuto giuridico, la cui finalità comune è di garantire la stabile destinazione del fine di religione e di culto⁵.

A tal riguardo, l'utilizzo della forza coercitiva statale è limitata dalle norme di derivazione pattizia, le quali prevedono che gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica⁶. Analoga disposizione è prevista dalla legislazione unilaterale, la quale, all'art. 14 della L. 24 giugno 1929, n. 1159, accorda medesima forma di tutela agli edifici aperti al culto pubblico dei gruppi religiosi privi di intesa con lo Stato⁷. Tali disposizioni sono espressione dell'equilibrio tra due interessi apparentemente contrapposti, il diritto di proprietà su un bene e la funzionalizzazione all'esercizio del culto.

Il Codice Civile ha tradotto nei confronti dei privati proprietari, la limitazione che le suindicate norme hanno ammesso nei confronti degli organi statali; l'art. 831, comma 2, c.c. prevede che l'edificio destinato all'esercizio pubblico del culto cattolico, non può essere sottratto a tale destinazione neanche per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità alle leggi che li riguardino⁸. Il vincolo civilistico di destinazione al culto pubblico, previsto all'art. 831, comma 2, c.c., conferma la funzione sociale ed il rilevante interesse pubblico legato alla libera dispo-

⁴ Per un approfondimento sulla disciplina degli edifici di culto, si veda, tra studi a carattere monografico, DOMENICO BARILLARO, *Nozione giuridica di edificio destinato al culto*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1959; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Edifici ed edilizia di culto*, Giuffrè, Milano, 1979; VALERIO TOZZI, *Edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, Edisud, Salerno, 1990; LUCIANO ZANNOTTI, *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁵ ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Giustizia, diritto, religioni*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 61 ss.; NATASCIA MARCHEI, *L'edilizia e gli edifici di culto*, in AA.VV., *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di GIUSEPPE CASUSCELLI, Giappichelli, Torino, 2012, p. 333 ss.

⁶ Con riferimento ai rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, tale norma è prevista all'art. 5 dell'Accordo di Villa Madama; per quanto attiene alle confessioni religiose che abbiano concluso un'intesa con lo Stato Italiano, si rinvia alle leggi di approvazione delle intese. Sullo sviluppo della legislazione pattizia, si veda diffusamente TOMMASO MAURO, *L'evoluzione della normativa sull'edilizia di culto*, in AA.VV., *L'edilizia di culto. Profili giuridici*, a cura di CHIARA MINELLI, Giuffrè, Milano, 1995, p. 19 ss.

⁷ In merito alla sola espropriabilità degli edifici di culto, l'art. 4, comma 4, lett. g) del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 325, ha confermato il contenuto delle suindicate norme ed ha esteso tale garanzia a favore di tutte le confessioni religiose, anche se prive di intesa.

⁸ Per un'attenta analisi dell'art. 831, comma 2, c.c., si veda diffusamente VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, cit., pp. 97-111 e pp. 204-213.

nibilità e fruibilità degli edifici di culto⁹. L'esercizio della libertà di culto acquista, pertanto, una rilevanza sociale, la quale, secondo quanto previsto dall'art. 42 della Costituzione, realizza la funzione sociale della proprietà privata di un edificio di culto, ponendo ad essa il limite del rispetto della destinazione del bene.

Lo Stato può imporre il vincolo di destinazione sulla base della frequentazione del luogo di culto da parte di un gruppo indeterminato di *cives-fideles*, indipendentemente dalla *deputatio* canonica¹⁰. La rilevante compressione del diritto di proprietà è giustificata in ragione dell'effettiva destinazione al culto pubblico dell'edificio; pertanto, affinché sussista lo speciale vincolo civilistico è necessario che all'interno dell'edificio avvenga una regolare celebrazione di riti, unitamente alla loro accessibilità da parte di una generalità indistinta di soggetti¹¹.

La disciplina dell'art. 831, comma 2, c.c. opera sia nel caso in cui la proprietà spetti all'autorità ecclesiastica, sia a soggetti privati. La rilevanza del

⁹ La previsione di un limite così incisivo alla facoltà di godimento della proprietà deve essere necessariamente giustificata dall'esistenza di un interesse meritevole di tutela. Gli edifici di culto, infatti, rappresentano beni strumentali al soddisfacimento dei bisogni religiosi dei credenti; il conseguimento di tale fine consente la funzionalizzazione sociale della proprietà. In tal senso, CARMELA ELEFANTE, *Il valore interpretativo della libertà religiosa: destinazione al culto e sottoposizione del bene a procedura esecutiva in una significativa decisione del giudice salernitano*, in *Diritto e Religioni*, 2012, 2, p. 633 ss.; VENERANDO MARANO, *Regime proprietario e limiti di utilizzazione degli edifici di culto*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2010, 1, p. 96 ss.; ANDREA BETTETINI, *Gli enti e beni ecclesiastici. Art. 831*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 163; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 352; ALESSANDRO ALBISETTI, *Brevi note in tema di «deputatio ad cultum» e art. 42 della Costituzione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1976, 2, p. 143 ss.

¹⁰ Sul punto, si veda diffusamente: MARIO PETRONCELLI, *La condizione giuridica degli edifici di culto e il nuovo codice civile*, in *Archivio di Diritto Ecclesiastico*, 1941, p. 31; LUIGI SCAVO LOMBARDO, *Aspetti del vincolo civile protettivo della deputatio ad cultum publicum*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1950, p. 250 ss.; DOMENICO BARILLARO, *Nozione giuridica di edificio destinato al culto*, in *Archivio Giuridico*, 1959, p. 3 ss.; MARIO PETRONCELLI, voce *Edifici di culto cattolico*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 297; ANTONIO VITALE, *L'interesse protetto dall'art. 831, 2° comma, c.c.*, in *Giustizia Civile*, 1974, p. 602 ss. Da ultimo, cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 278 ss.; ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Giustizia, diritto, religioni*, cit., p. 68 ss. Scriveva, a tal riguardo, CARLO ARTURO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 388, che «l'art. 831 non fa alcun riferimento al carattere che l'edificio di culto abbia acquistato in virtù di una consacrazione o benedizione, ma prende in considerazione solo il fatto che l'edificio sia destinato all'esercizio pubblico del culto; a chi invochi l'applicazione dell'articolo non necessita quindi né giova di dare la prova della consacrazione, bastando il fatto dell'esercizio pubblico». Per un'attenta descrizione e critica della tesi della necessità della *dedicatio* canonica e del rinvio alle norme di diritto canonico, si veda CRISTINA DELL'AGNESE, *Edifici di culto e vincolo di destinazione*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1990, 2, p. 192 ss.; GIUSEPPE LEZIROLI, *Edifici di culto cattolico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1994, 3, p. 859 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 351-352. Da ultimo, si veda diffusamente CARLO CARDIA, *La condizione giuridica degli edifici di culto*, in *Jus*, 2008, p. 141 ss.

¹¹ CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 396.

vincolo civilistico emerge, in particolare, quando l'edificio di culto appartiene ad un soggetto privato; solo in tale ipotesi, infatti, si verifica una dissociazione soggettiva tra il titolare del diritto di proprietà e il titolare del godimento del bene in rapporto al solo esercizio del culto, l'autorità ecclesiastica. Si ritiene che permanga in capo al proprietario una ridotta facoltà del godimento del bene purché essa non sia in contrasto con le esigenze di culto¹², realizzandosi così una singolare comunione di godimento tra il titolare del diritto di proprietà e l'autorità ecclesiastica¹³.

La destinazione al culto di un edificio di proprietà privata non può nascere da un atto unilaterale dell'autorità ecclesiastica; dottrina unanime rifiuta, infatti, l'ipotesi che un soggetto possa autonomamente limitare il diritto di proprietà altrui¹⁴. Non v'è dubbio, alla luce di quanto affermato, che un edificio di culto potrà essere destinato al culto pubblico, con seguente applicazione dell'art. 831, comma 2, c.c., solo nel caso in cui vi sia il consenso del proprietario. Il diritto di proprietà, essendo per sua natura elastico, riacquista la piena espansione con la cessazione della destinazione al culto pubblico secondo le leggi riguardino l'edificio di culto¹⁵.

Indipendentemente dalla titolarità dell'edificio destinato al culto pubblico, tale bene può essere alienato, sequestrato o pignorato; l'unico limite di tali eventi giuridici è l'impossibilità di sottrarre l'edificio al vincolo di destinazione.

La disposizione civilistica tutela l'esercizio delle attività di culto, indipendentemente dalle vicende giuridiche che possano toccare il bene materiale in cui esse si svolgono, con l'unico limite dell'applicabilità ai soli edifici destinati all'esercizio pubblico del *culto cattolico*, e non anche all'esercizio pubblico del *culto delle altre confessioni religiose*.

¹² Quando l'edificio non è destinato alle attività di culto, il proprietario potrà, ad esempio, locarlo per scopi differenti (concerti, conferenze e rappresentazioni teatrali) o prevedere una tassa d'ingresso per coloro che volessero visitarlo o ammirare opere d'arte esposte. Tali utilità dipendenti dalla facoltà di godimento spettano al proprietario e non all'autorità ecclesiastica. In tal senso, si veda FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 352.

¹³ Cfr. VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, cit.; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 299.

¹⁴ In tal senso, si veda DOMENICO BARILLARO, *Nozione giuridica di edificio destinato al culto*, cit., p. 63 ss.; MARIO PETRONCELLI, voce *Edifici di culto cattolico*, cit., p. 305.

¹⁵ Secondo dottrina e giurisprudenza dominante, si ritiene che l'art. 831, comma 2, c.c., in materia di cessazione del vincolo di destinazione, rinvii alle norme di diritto canonico, diversamente da quanto affermato *supra* nella fase genetica del vincolo. Per la dottrina, cfr. ARMANDO BERTOLA, voce *Cosa Sacra*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Utet, Torino, 1959, p. 1038; GIACINTO ROMANO GIACOMAZZO, *Sul pubblico uso degli edifici di culto di proprietà privata: premesse ed effetti*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1957, 2, p. 225; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 399-400. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 29 febbraio 1952, n. 576, in *Giustizia Italiana*, 1952, I, p. 711 ss.; Cass. 27 novembre 1973, n. 3227, in *Giurisprudenza Civile*, 1974, I, p. 602 ss.

Pur essendosi seguiti nel tempo numerosi interventi della Corte Costituzionale¹⁶, in materia di apertura di edifici di culto, volte ad eliminare ogni eventuale disparità di trattamento della legge tra la Chiesa Cattolica e le altre confessioni religiose, permane una forma di discriminazione nell'art. 831, comma 2, c.c. Questa limitazione della norma non può trovare la sua giustificazione nel fatto che soltanto nel caso del culto cattolico, l'edificio sia destinato ad un collettività indeterminata, perché non mancano ipotesi in cui luoghi di culto di altre confessioni religiose sono in ogni caso adibiti a collettività indeterminate e variabili¹⁷.

Secondo alcuni autori¹⁸, tale limitazione può essere superata dall'interpretazione estensiva della norma, secondo la quale il vincolo di destinazione *de quo* tutelerebbe anche gli edifici di culto diversi dal culto cattolico. Pur se autorevolmente sostenuta, tale tesi non può essere condivisibile giacché sembra che un regime così particolare possa derivare solo da un'apposita norma giuridica¹⁹. Tale limitazione favorisce le esigenze dell'esercizio pubblico del solo culto cattolico²⁰ ma non quelle delle altre confessioni religiose, le quali, ove ricorrano i presupposti indicati dall'art. 831, comma 2, c.c. non trovano eguale tutela²¹.

¹⁶ Corte Costituzionale 24 novembre 1958, n. 59; Corte Costituzionale 19 marzo 1993, n. 195.

¹⁷ Ad esempio le chiese valdesi nelle valli del Piemonte o le sinagoghe nelle città dove abitano importanti nuclei di ebrei, in tal senso ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 387.

¹⁸ In tal senso, si veda GIUSEPPE OLIVIERO, *Sulla condizione giuridica degli edifici di culto acattolico*, in UNIVERSITÀ DI CATANIA, *Annali del Seminario giuridico*, Jovene, Napoli, 1950-1951, pp. 147 ss. Secondo PIERANGELA FLORIS, *Apertura e destinazione al culto*, in A.A.VV., *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, a cura di DANIELE PERSANO, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 71, è possibile osservare che la disposizione codicistica «sembra essere capace di offrire tutela alle confessioni prive di intesa e di recente ingresso nel territorio». Da ultimo si veda ANDREA BETTETINI, *La condizione giuridica dei luoghi di culto*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2010, 1, p. 15, il quale afferma che «sarebbe auspicabile – per una migliore tutela della specificità confessionale e dell'autonomia degli ordini – che la disposizione normativa contenuta nell'art. 831, nonché nell'art. 15 l. 101 del 1989, sia estesa anche alle altre confessioni religiose astrazione fatta da che abbiano con lo Stato un rapporto di natura convenzionale».

¹⁹ In tal senso, cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 202; ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 388.

²⁰ L'art. 831, comma 2, c.c. prevedendo l'aggettivo «cattolico» appare in contrasto con gli artt. 8, comma 1 e 19 della Costituzione, trascurando esigenza analoghe delle altre confessioni religiose diverse dalla cattolica. In tal senso, si veda FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 202; PAOLO BARILE, *Appunti sulla condizione dei culti acattolici in Italia*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1952, 1, p. 355 ss.

²¹ L'unica fonte bilateralmente prevista che considera il vincolo di destinazione degli edifici di culto sotto il profilo civilistico è l'art. 15, comma 1, dell'Intesa tra L'Italia e L'Unione delle Comunità ebraiche italiane, la quale appare come una riproduzione dell'art. 831, comma 2, c.c. Il testo dispone che «gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto ebraico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione, neppure per effetto di alienazione, fino a che la

Il pluralismo confessionale che caratterizza la società contemporanea sollecita una rinnovata considerazione della problematica relativa anche ai luoghi di culto delle religioni diverse dalla cattolica ed, in particolare, delle confessioni religiose prive di intesa con lo Stato italiano. È necessario tener conto che la norma codicistica ha avuto propria genesi in contesto sociale prevalentemente di religione cattolica. Ad oggi, la sempre più ampia presenza sul territorio italiano di luoghi di culto di confessioni religiose prive d'intesa esorta all'individuazione di soluzioni giuridiche che siano in grado di tutelare il concreto esercizio da parte dei fedeli della libertà di culto. Una soluzione proposta è la previsione di una Legge organica sulla libertà religiosa e di coscienza che preveda una più ampia equiparazione giuridica degli edifici di culto delle confessioni religiose e che si auspichi estenda il vincolo di destinazione al culto pubblico anche alle confessioni prive d'Intesa²². Tuttavia, è possibile individuare una forma di tutela dei luoghi di culto mediante l'utilizzo di forme di autoregolamentazione degli interessi religiosi attraverso gli strumenti negoziali di diritto privato²³, i quali appaiono maggiormente idonei a fornire adeguata tutela al pluralismo confessionale che caratterizza l'odierna composizione della società.

2. Una lettura dell'art. 2645-ter c.c. religiosamente orientata

L'art. 39-novies della Legge 23 febbraio 2006 n. 51, introducendo nel codice civile l'art. 2645-ter, ha sancito l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione, derivante dalla trascrizione di atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un arco temporale definito, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche.

destinazione stessa non sia cessata con il consenso della Comunità competente o dell'Unione». Per un attento confronto tra le norme sopra citate, si veda diffusamente VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 213 ss; ROBERTO BERTOLINO, *Ebraismo italiano e l'intesa con lo Stato*, in AA.Vv., *Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di RAFFAELE COPPOLA, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 556; RAFFAELE BOTTA, *L'intesa con gli israeliti*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1987, p. 97 ss

²² Si veda diffusamente sul punto l'opera collettanea: *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, a cura di VALERIO TOZZI, GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI, Giappichelli, Torino, 2010.

²³ Per un'ampia trattazione sull'utilizzo degli strumenti di natura privatistica per la tutela della libertà religiosa, si veda ANTONIO FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 103 ss.

La disposizione in esame non solo regola la pubblicità delle varie ipotesi di destinazione già previste nel nostro ordinamento, ma rappresenta anche una norma sostanziale che ha introdotto una nuova fattispecie negoziale: l'atto di destinazione. Il diritto che sorge con tale vincolo di destinazione, secondo l'orientamento preferibile, ha natura reale; analogamente, è sostenuto in dottrina, che il vincolo di cui all'art. 831, comma 2, c.c. possa essere qualificato come «una specie di servitù di uso pubblico sulla *aedes sacra* in favore della collettività»²⁴.

La causa dell'atto di destinazione deve riferirsi ad «interessi meritevoli di tutela». L'interesse meritevole di tutela è lo scopo dell'atto di destinazione, l'interesse al servizio del quale è posta in essere la fattispecie negoziale prevista all'art. 2645-ter c.c. La fruibilità dell'atto di destinazione per le esigenze di tutela della libertà di culto è possibile solo nell'ipotesi in cui si affermi che la finalità del vincolo di destinazione al culto pubblico possa rientrare fra gli interessi meritevoli di tutela contemplati dalla disposizione codicistica²⁵.

La “vaghezza” del concetto di interesse meritevole di tutela e l’ “infelice” richiamo all'art. 1322, 2° c.c. hanno favorito la diffusione di molteplici interpretazioni dottrinali ciascuna fondata su differenti premesse assiologiche. Secondo l'opinione largamente condivisa in dottrina²⁶, la valutazione di meritevolezza dell'interesse non può avvenire in “assoluto” ma deve essere posta una dimensione strettamente relazionale agli interessi dei terzi che dall'atto di destinazione sono sacrificati. L'interesse è idoneo a giustificare il sacrificio degli interessi dei terzi qualora ruoti attorno a principi etici di carattere solidaristico²⁷. In altre parole, l'atto di destinazione deve persegui-

²⁴ MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 279.

²⁵ Con riferimento alla compatibilità tra il principio di «meritevolezza» e le finalità di carattere religioso, si veda diffusamente sul punto ANTONIO FUCILLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 122 ss.

²⁶ In questa direzione, si veda: FRANCESCO GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia Civile*, 2006, 2, p. 166; MARIO NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in AA.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter c.c.*, a cura di MIRZIA BIANCA, Giuffrè, Milano, 2007, p. 59 ss., secondo il quale il giudizio di meritevolezza deve costituire “il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato, che è quello dei creditori generali, e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione”; VINCENZO SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: “autonomia privata delle opportunità” o “autonomia privata della solidarietà”*, in AA.Vv., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 111 ss.; RAFFAELE DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645-ter: considerazioni sulla fattispecie*, in AA.Vv., *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter cod. civ.)*, a cura di GIUSEPPE VETTORI, Cedam, Padova, 2008, p. 48 ss.; In senso contrario, si veda UMBERTO STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010, p. 69; SERENA MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 263 ss.

²⁷ In tal senso, si veda: FRANCESCO GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 165; PAOLO SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione scritta*, in AA. Vv., *Negoziato di destinazione: percorsi*

re un fine di utilità sociale, a carattere superindividuale e socialmente utile. L'interesse sotteso all'atto di destinazione deve essere un «*interesse sufficientemente serio tale da prevalere sull'interesse economico generale*», un interesse sia di natura patrimoniale che morale²⁸. Stanti tali premesse, non v'è dubbio che l'interesse sotteso al vincolo di destinazione al culto pubblico, avente rilevanza sociale, possa rientrare a pieno titolo tra gli «interessi meritevoli di tutela» di cui all'art. 2645-ter c.c. L'interesse meritevole di tutela, al cui perseguimento è preordinato l'atto di destinazione, può appartenere ad un soggetto terzo, detto beneficiario, ovvero ne può essere portatore lo stesso soggetto destinante²⁹. L'effetto immediato dell'atto di destinazione è quello di far sorgere un vincolo temporaneo al godimento del bene, una funzionalizzazione della proprietà alla realizzazione dell'interesse meritevole di tutela³⁰. L'effetto traslativo del bene a favore del beneficiario è meramente eventuale e non essenziale per l'atto di destinazione³¹.

Alla luce di quanto esposto, un soggetto privato potrebbe destinare un bene immobile all'esercizio di attività di culto a favore di un'organizzazione confessionale, costituita in persona giuridica, con o senza intesa con lo Sta-

verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, cit., p. 126; ALESSANDRO DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in AA.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 42; GIUSEPPE VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645-ter, in Obbligazioni e Contratti*, 2006, p. 777, il quale ammette che l'interesse meritevole di tutela possa avere natura patrimoniale o non patrimoniale, essere un interesse individuale ma pur sempre avente utilità sociale; ANGELO LUMINOSO, *Contratto fiduciario, Trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2008, 5, p. 993 ss. Sulla necessità di perseguire interessi pubblici o sociali, si veda anche GIORGIO CIAN, *Riflessioni intorno ad un nuovo istituto di diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, 1, Cedam, Padova, 2007, p. 88; MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 217; RENATO CLARIZIA, *L'art. 2645-ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di MARIA VITA DE GIORGI, STEFANO DELLE MONACHE, GIOVANNI DE CRISTOFARO, Cedam, Padova, 2010, p. 547; FRANCESCA BENNATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 179 ss.

²⁸ In tal senso GAETANO PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2006, 2, pp. 180-182, il quale afferma che in nessun caso l'interesse dell'atto di destinazione può coincidere con la mera salvaguardia del patrimonio del costituente da parte dei creditori o con l'esigenza di rendere inalienabile o indisponibile il bene, essendo questi gli effetti dell'atto di destinazione e, dunque, non ne possono essere la causa..

²⁹ GAETANO PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 161 ss.; UBALDO LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2007, p. 1095 ss., i quali ammettono in alcune ipotesi la legittimità dell'autodestinazione

³⁰ In tal senso GAETANO PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 162; BIAGIO GRASSO, *L'art. 2645-ter e gli strumenti tradizionali dei patrimoni*, in *Rivista del Notariato*, 2006, 5, p. 1196; BARBARA FRANCESCHINI, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust*, in AA.Vv., *Trust*, a cura di GIUSEPPE LEPORE, MARIAGRAZIA MONEGAT, IGOR VALAS, Giappichelli, Torino, 2010, p. 260.

³¹ MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 159.

to italiano. Accogliendo la teoria dell'«autodestinazione», non si esclude la possibilità che l'organizzazione confessionale, titolare del diritto di proprietà, possa destinare a sé stessa un bene immobile, vincolando il godimento di questo all'effettiva realizzazione di attività culturali. La *ratio* di quest'ultima fattispecie negoziale è rinvenibile nella separazione patrimoniale, effetto essenziale e caratterizzante dell'atto di destinazione. Questa determina una segregazione del bene destinato dal restante patrimonio del soggetto destinante³². Il bene destinato e i suoi frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione della destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per tale scopo. L'effettività della destinazione rappresenta, quindi, una condizione necessaria per la segregazione patrimoniale. La deroga al principio di cui all'art. 2470 c.c. è giustificata in ragione della destinazione del bene al perseguimento di un interesse meritevole di tutela. Le organizzazioni confessionali, che non di rado svolgono attività lucrative, potrebbero efficacemente tutelare quella parte del proprio patrimonio immobiliare in cui sono svolte attività culturali, evitando che i creditori generali possano agire sui beni destinati *ex art. 2645-ter c.c.* e, dunque, ostacolino l'esercizio della libertà religiosa. Per un verso, impedendo qualsiasi forma di esecuzione forzata per i crediti estranei allo scopo di destinazione³³, l'atto di destinazione appresta una tutela più ampia rispetto all'art. 831, comma 2 c.c., il quale pur costituendo un vincolo di destinazione consente il pignoramento del bene, pur senza sottrarre l'edificio alla sua destinazione al culto pubblico. La differenza è evidente, nell'ipotesi del vincolo di destinazione al culto pubblico, il titolare, eventualmente nella persona dell'autorità ecclesiastica, perde il diritto di proprietà. D'altra parte, è necessario sottolineare un aspetto critico, per i debiti contratti per il perseguimento dell'interesse meritevole di tutela, i beni destinati ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. possono essere aggrediti dai creditori e perdere la propria destinazione patrimoniale e funzionale³⁴.

³² Cfr. MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., pp. 283-284.

³³ I creditori generali del soggetto «conferente» non potranno agire sui beni destinati. In tal senso, si veda MIRZIA BIANCA, MAURIZIO D'ERRICO, ALESSANDRO DE DONATO, CONCETTA PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 48; FRANCESCO GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 180; GAETANO PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 200; MAURIZIO D'ERRICO, *Le modalità della trascrizione ed i possibili conflitti che possono porsi tra beneficiari, creditori ed aventi causa del «conferente»*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., p. 90; MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 289.

³⁴ I creditori dei debiti contratti per la realizzazione dello scopo dovrebbero preventivamente agire sui beni destinati e, in caso di incapacità di tali beni, sul restante patrimonio del debitore in applicazione del generale principio di sussidiarietà. Si veda diffusamente sul punto: GIORGIO BARALIS,

Al fine di un esaustivo confronto tra le disposizioni codicistiche, occorre porre attenzione alle vicende inerenti gli atti di disposizione dei beni vincolati. A differenza dell'art. 831, comma 2, c.c., il quale prevede espressamente che il vincolo della destinazione al culto pubblico non viene meno «nemmeno per effetto di alienazione», l'art. 2645-ter c.c. non disciplina espressamente tale ipotesi. Argomentando il dato testuale della norma, la dottrina ha ritenuto che il vincolo di destinazione si traduce certamente in un vincolo di indisponibilità, ogni qual volta il compimento di un atto di disposizione possa risultare concretamente pregiudizievole alla realizzazione dello scopo di destinazione³⁵. Qualora gli atti di disposizione incompatibili con il vincolo di destinazione siano soggetti a trascrizione, e siano stati trascritti successivamente alla costituzione del vincolo, non potranno essere opposti al beneficiario del vincolo di destinazione. Pur trattandosi di atti validi ed efficaci, gli effetti di tali atti non potranno essere fatti valere nei confronti del beneficiario³⁶. Il bene destinato circola *cum onere suo*, nel senso che, in caso di alienazione del bene, il soggetto al quale è stato trasferito dovrà subire l'ingerenza nonché degli atti necessari a realizzare lo scopo di destinazione. L'effetto derivante dall'art. 2645-ter c.c., in caso di circolazione del bene, è, pertanto, del tutto analogo a quello previsto dall'art. 831, comma 2 c.c.

3. *L'atto di destinazione a tutela della libertà religiosa: un ulteriore passo verso la regolamentazione privatistica degli interessi religiosi*

Dal confronto tra le disposizioni del Codice Civile sopra affrontato, emerge chiaramente la fruibilità dell'art. 2645-ter c.c. per la tutela dei luoghi di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, in particolare, delle

Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter cod. civ., in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., p. 153; MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 291.

³⁵ In tal senso, si veda: MIRZIA BIANCA, MAURIZIO D'ERRICO, ALESSANDRO DE DONATO, CONCETTA PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, cit., pp. 43-44; GAETANO PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 197; ALESSANDRO DE DONATO, *L'atto di destinazione – profili applicativi*, in *Vita Notarile*, 2007, 1, p. 343 ss.; MATTEO CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 263, il quale sottolinea che non sussiste un'ipotesi di inalienabilità del bene, ben potendo il bene vincolato alienato a condizioni non incompatibili o pregiudizievoli dello scopo di destinazione.

³⁶ Per gli atti per i quali la legge non richiede la trascrizione (ad esempio la locazione infranovennale), il conflitto fra il terzo e il beneficiario dovrà essere risolto in base ai principi generali: in base ai quali l'atto sarà opponibile al beneficiario se avente data certa anteriore alla costituzione del vincolo e alla sua trascrizione.

confessioni religiose prive d'intesa. La tutela giuridica prevista a tutela dei beni destinati al perseguimento di interessi meritevoli, non sembra essere inferiore rispetto a quella prevista dall'art. 831, comma 2, c.c. o quella prevista dalle disposizioni pattizie. Non si nega, tuttavia, un aspetto rilevante che contraddistingue le disposizioni in esame. A differenza dell'art. 2645-ter c.c., per cui è necessario un atto dispositivo del soggetto titolare, il vincolo di destinazione al culto pubblico sorge *ex lege*. Il soggetto privato, titolare del bene, vede compresso il proprio diritto di proprietà per il sol fatto che l'edificio sia destinato all'esercizio pubblico del culto, d'altra parte, all'autorità ecclesiastica spetterà la facoltà di godimento del bene per lo svolgimento delle attività culturali senza che sia necessario alcun atto di disposizione del bene. Tuttavia, come già affermato in precedenza, si ritiene che l'autorità ecclesiastica, ove non fosse titolare del bene immobile, non possa autonomamente destinare un edificio all'esercizio pubblico del culto cattolico senza che vi sia il consenso del proprietario. La norma acquista maggiore rilevanza nella fase di circolazione del bene, impendendo che atti di disponibilità successivi facciano venir meno il vincolo di destinazione. Sussistendo, dunque, il consenso del titolare del bene, questo potrebbe ben tradursi in un atto di destinazione, per il quale è richiesta la forma pubblica *ad substantiam* ed è prevista apposita forma di pubblicità dichiarativa al fine di rendere opponibile ai terzi l'esistenza del vincolo di destinazione. La forma di pubblicità prevista, inoltre, consente di rendere conoscibile ai terzi l'esistenza di un vincolo di destinazione al culto degli edifici per i quali manchino "indici" di riconoscibilità di un luogo di culto, fra cui si annoverano la particolare struttura architettonica e la classificazione catastale E/7 "Fabbricati destinati all'esercizio pubblico dei culti"³⁷.

L'art. 2645-ter c.c. si pone quale strumento idoneo a fornire adeguata tutela ai luoghi di culto delle confessioni religiose, evitando, dunque, che sussista una sostanziale disparità di trattamento tra le religioni ed consentendo l'effettivo esercizio della libertà religiosa³⁸. Ad una più attenta analisi,

³⁷ Diffusamente sul punto, si veda ANTONIO FUCCILLO, *L'edificio di culto nella normativa catastale e l'imposizione indiretta*, in *Rivista del Notariato*, 1991, p. 679 ss.; ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Giustizia, diritto, religioni*, cit., pp. 70-71.

³⁸ In tal guisa, occorre sottolineare come l'istituto della destinazione patrimoniale possa essere efficacemente applicato anche in riferimento all'istituzione di una fondazione non autonoma di diritto canonica, le quali, com'è noto, sono prive di personalità giuridica nell'ordinamento giuridico italiano. Si veda sul punto, RAFFAELE SANTORO, *Le pie fondazioni tra diritto canonico e diritto islamico*, in AA.VV., *I mercanti nel tempio*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2011, p. 59 ss. Per un ulteriore approfondimento in merito al ricorso della figura del *trust* per le fondazioni non autonome, si veda MARIO FERRANTE, *Sull'inattualità del divieto di costituzione di fondazioni fiduciarie di culto disposte per testamento*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1999, 1, p. 402 ss.; ANTONIO FUCCILLO,

il presupposto della sussistenza di un interesse meritevole di tutela al fine dell'imposizione del vincolo di destinazione, rende possibile ricomprendere in tale fattispecie anche ipotesi che sarebbero escluse dal tradizionale concetto di *deputatio ad cultum publicum*. Lo stesso concetto di culto, infatti, muta in funzione dell'ottica religiosa in cui ci si pone. Alcune confessioni religiose, in particolare le religioni orientali, sia per il numero dei loro fedeli, che per le pratiche cultuali proprie, esercitano il proprio culto in modo totalmente differente rispetto alle tradizionali religioni occidentali. Nella religione buddhista o induista possono esserci edifici non aperti al culto pubblico, ma riservati ai soli fedeli o aderenti. La tradizionale interpretazione della vigente normativa prevede, infatti, che non si ha culto pubblico se l'edificio è destinato solo agli appartenenti ad una comunità religiosa, senza che vi sia ammesso il pubblico³⁹. Inoltre, per alcune tradizioni religiose, l'edificio di culto è per fedeli un luogo in cui riunirsi, senza alcuna valenza sacrale⁴⁰.

Il ricorso allo schema negoziale può costituire un utile rimedio per il perseguimento di interessi religiosi. Attraverso la duttilità e l'accessibilità dello strumento negoziale, è possibile accordare una più efficace forma di tutela degli interessi religiosi dei singoli, ove manchi una diretta previsione del legislatore⁴¹. Il ricorso allo strumento negoziale non deve essere considerato quale mero "palliativo" della *vacatio legis*, ben potendo essere qualificato quale soluzione definitiva per la tutela degli interessi religiosi. Mediante l'applicazione di tale istituto di natura negoziale è possibile definire una tutela giuridica che sia più rispondente agli interessi e alle tradizioni delle singole confessioni religiose⁴². Alla luce di quanto esposto, è possibi-

Diritto ecclesiastico e attività notarile, Giappichelli, Torino, 2000, p. 77; MARIO FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 155 ss.; JESÚS MINAMBRES, *Fondazioni pie e figure affini*, in *Ius Ecclesiae*, 2009, 2, p. 342 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 291.

³⁹ Si veda, al riguardo, CARLO CARDIA, *La condizione giuridica degli edifici di culto*, in *Jus*, 2008, p. 141 ss., secondo il quale se tale interpretazione fosse applicata anche a tutte le altre confessioni, non sarebbe possibile applicare alcuna delle disposizioni vigenti a tali luoghi di culto. Per tali ragioni, appare opportuno sia una modifica del concetto di *destinazione al culto* al fine di ricomprendervi anche quelle religioni le cui pratiche rituali sono distanti dai parametri tradizionali.

⁴⁰ In tal senso, si veda PAOLO CAVANA, *Lo spazio fisico della vita religiosa (luoghi di culto)*, in AA.Vv., *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, cit., p. 220 ss.

⁴¹ Si veda diffusamente sul punto, ANTONIO FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, cit., pp. 84-100.

⁴² L'attuale tecnica normativa del legislatore ordinario non riesce a "contenere" la complessa diversificazione di situazioni giuridiche che caratterizza una società multiculturale e pluriconfessionale. La norma, infatti, finisce per essere obsoleta fin dal momento della sua genesi. Sul punto, si veda

le considerare la destinazione patrimoniale quale efficace strumento per il perseguimento di finalità religiose⁴³. La duttilità dell'atto di destinazione, in particolare, permette di costruire un regime giuridico dei luoghi di culto *sui generis*, che, per un verso, risponda alle esigenze delle singole comunità di fedeli e, per altro, consenta l'effettivo esercizio di una delle facoltà previste dall'art. 19 della Costituzione.

ampiamente MARIO RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, p. 336 ss.; MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., p. 151 ss.

⁴³ Sul punto, si veda ANTONIO FUCCILLO, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, cit., p. 122.

La libertà religiosa dei detenuti nelle carceri degli Stati Uniti. Riflessioni a margine del caso Holt v. Hobbs

MARIA LUISA LO GIACCO

1. *Il Religious Land Use and Institutionalized Persons Act. La libertà religiosa e le carceri negli U.S.A.*

Il 20 gennaio del 2015 la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America si è pronunciata su un caso riguardante la libertà religiosa di un detenuto dell'Arkansas. Si tratta del caso *Holt v. Hobbs*¹, che ha visto coinvolti da un lato un carcerato di fede islamica (*Holt*), dall'altra il direttore del dipartimento correzionale dell'Arkansas (*Hobbs*). *Holt* aveva chiesto di potersi far crescere la barba fino a una lunghezza di poco più di un centimetro (mezzo pollice, secondo l'unità di misura statunitense) in ottemperanza a quello che egli riteneva essere un obbligo impostogli dalla sua fede religiosa. Il regolamento del carcere proibiva però ai reclusi di portare la barba non rasata, con l'unica eccezione di coloro che, a causa di problemi dermatologici, erano autorizzati a farla crescere fino a un massimo di mezzo centimetro circa (un quarto di pollice). Il detenuto aveva chiesto alle autorità carcerarie di consentire una deroga a tale divieto sulla base delle sue esigenze religiose, proponendo da parte sua un compromesso, ovvero che la lunghezza della barba fosse limitata a mezzo pollice, anche se la fede di appartenenza lo avrebbe obbligato a non tagliarla assolutamente.

In seguito al rifiuto delle autorità carcerarie di autorizzare la sua richiesta, *Holt* si è rivolto al tribunale distrettuale federale, di fronte al quale l'amministrazione penitenziaria si è difesa sostenendo che il fatto di portare la barba lunga avrebbe potuto costituire un pericolo per la sicurezza del carcere per un duplice motivo: perché sotto la barba il detenuto avrebbe potuto nascondere merce di contrabbando e perché in caso di fuga avrebbe potuto

¹ 574 U.S. (2015). Un estratto della sentenza è pubblicato anche in questa *Rivista*, 2015, 1, p. 558.

facilmente modificare il suo aspetto radendosi e rendendosi perciò irricambiabile. Il giudice distrettuale aveva aderito a questa tesi, sottolineando che le autorità dovevano necessariamente mettere al primo posto le esigenze di sicurezza e che in ogni caso al detenuto era stato consentito di esercitare in altro modo la propria libertà religiosa.

Anche la corte dell'ottavo circuito, presso la quale *Holt* aveva fatto ricorso, aveva accettato la tesi delle autorità del penitenziario. Il caso è così arrivato davanti alla Corte Suprema, che ha esaminato la questione alla luce del *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* del 2000 (da questo momento indicato con la sigla RLUIPA). Infatti, la terza sezione di questa legge disciplina l'esercizio della libertà religiosa delle persone che risiedono o si trovino reclusi in istituzioni pubbliche.

Il RLUIPA è, in ordine di tempo, l'ultimo intervento legislativo del Congresso degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa, dopo il *Religious Freedom Restoration Act* del 1993 – rispetto al quale la Corte Suprema, con la sentenza *City of Boerne v. Flores*², ha manifestato forti dubbi di costituzionalità in relazione all'eccessivo ruolo assunto dal Congresso in questioni coinvolgenti la religione e al travalicamento dei limiti imposti alla legislazione centrale in uno Stato federale – i due progetti di legge intitolati entrambi *Religious Liberty Protection Act* del 1998 e 1999³ e l'*International Religious Freedom Act* del 1998, con il quale sono state create strutture governative che hanno il compito di monitorare e rispondere a eventuali violazioni della

² 521 U.S. 507 (1997).

³ Nel commentare queste leggi, MARCI A. HAMILTON, *Federalism and the Public Good: The True Story Behind the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, in *Indiana Law Journal*, 78, n. 1 (2003), pp. 332-333.

(<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol78/iss1/9>), sottolinea che l'emanazione del *Religious Freedom Restoration Act* fu una reazione del Congresso alla decisione assunta dalla Corte Suprema nel caso *Smith*, in base alla quale la legge ordinaria andava applicata senza eccezione anche a chi presumeva di poter godere di un privilegio per motivi religiosi. La stessa Hamilton attribuisce l'interventismo del Congresso in materia alle pressioni esercitate dalle lobby religiose. Secondo alcuni, la sentenza *Smith* aveva avuto il merito di negare fondamento costituzionale a eccezioni religiose avanzate nei confronti di leggi generali e neutrali, in linea con il principio separatista: cfr. MARK SPYKERMAN, *When God and Costco Battle for a City's Soul: Can the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act Fairly Adjudicate Both Sides in Land Use Disputes?*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 18 (2005), p. 293.

(http://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol18/iss1/13). Come scrive FREDERICK MARK GEDICKS, *American Church-State Relations and the Culture Wars: A New Phase?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 2, p. 331, "Smith constituted formal recognition of what had been the functional rule for some time, that the Free Exercise Clause does not protect a general right of religious exemption. Congress was nonetheless outraged at Smith's abandonment of constitutionally mandated religious exemptions, and immediately set about to mitigate or reverse it... The result was the Religious Freedom Restoration Act".

libertà religiosa che si verificchino fuori dai confini degli Stati Uniti⁴.

Così come è avvenuto per il RFRA, anche sul RLUIPA si è avuto un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, determinato dai dubbi relativi a un eccessivo coinvolgimento dello Stato separatista in questioni di natura religiosa⁵. In realtà, la dottrina si è soffermata soprattutto sulla prima parte del RLUIPA, che disciplina l'utilizzazione della terra per motivi religiosi, in modo particolare per quanto riguarda la costruzione di edifici religiosi e luoghi di culto⁶.

Il *Religious Freedom Restoration Act*, e il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* stabiliscono che un provvedimento o un comportamento assunto da un'autorità pubblica possa limitare la libertà religiosa individuale soltanto laddove lo Stato riesca a dimostrare che vi è un importante interesse pubblico che ha reso necessaria tale limitazione, e che non vi era la possibilità di proteggere lo stesso interesse con modalità che influissero in misura minore sull'esercizio del diritto di libertà religiosa. Si tratta del *compelling interest test*, ritenuto il test "più esigente" del diritto costituzionale statunitense⁷, elaborato dalla Corte Suprema.

Per quanto riguarda la libertà religiosa dei detenuti delle carceri statunitensi abbiamo dunque due livelli di tutela: il primo contenuto nel RFRA,

⁴ Su quest'ultima legge, cfr. PASQUALE ANNICCHINO, *Esportare la libertà religiosa. Il Modello Americano nell'Arena Globale*, Bologna, il Mulino, 2015; ELIZABETH SHAKMAN HURD, *Religious freedom, American-style*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2014, 1, pp. 231-242.

⁵ Per una ricostruzione della storia del RLUIPA, cfr. JEROLD L. WALTMAN, *Religious Free Exercise and Contemporary American Politics. The Saga of the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000*, New York-London, Continuum, 2011.

⁶ Cfr. MARCI A. HAMILTON, *The Constitutional Limitations on Congress's Power over Local Land Use: Why The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act is Unconstitutional*, in *Albany Government Law Review*, 2 (2009), pp. 368-409; ASHIRA PELMAN OSTROW, *Judicial Review of Local Land Use Decisions: Lessons from RLUIPA*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31 (2008), pp. 717-760; LARA A. BERWANGER, *White Knight?: Can the Commerce Clause Save the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act?*, in *Fordham Law Review*, 72 (2004), pp. 2355-2401 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss6/4>); EVAN M. SHAPIRO, *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act: an Analysis under the Commerce Clause*, in *Washington Law Review*, 76 (2001), pp. 1255-1288. Si tratta di contributi della dottrina tutti piuttosto critici verso il RLUIPA; a favore della validità costituzionale della legge, cfr. ROMAN P. STORZER, ANTHONY R. PICARELLO JR., *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: a Constitutional Response to Unconstitutional Zoning Practices*, in *George Mason Law Review*, 9 (2000-2001), pp. 929-1000.

⁷ Cfr. CAROLINE R. ADAMS, *The Constitutional Validity of the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: Will RLUIPA's Strict Scrutiny Survive the Supreme Court's Strict Scrutiny?*, in *Fordham Law Review*, 70 (2002), pp. 2366-2367 (<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol70/iss6/19>). Per un commento al *Religious Freedom Restoration Act* si rinvia a MARIA LUISA LO GIACCO, *La tutela della libertà religiosa negli U.S.A. Il Religious Freedom Restoration Act*, in RAFFAELE COPPOLA, LUCA TROCCOLI (a cura di), *Minoranze, laicità, fattore religioso. Studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico comparato*, Bari, Cacucci, 1997, pp. 245-264.

quando si tratta di carceri federali, e il secondo contenuto nel RLUIPA, quando il recluso si trova invece in carceri statali⁸.

La sentenza *Holt*, è soltanto l'ultimo episodio relativo a una questione che va avanti da tempo e che ha un risvolto più ampio rispetto alla tutela della libertà religiosa dei detenuti, ovvero se, nelle cause che riguardano la presunta violazione della *Free Exercise Clause*, debba essere applicato lo *strict scrutiny test* oppure il principio contenuto nella sentenza *Employment Division v. Smith*⁹, in base al quale nessuno può pretendere di essere esentato dall'osservanza di leggi che abbiano un carattere generale, neppure per motivi religiosi.

Lo *strict scrutiny test* era stato elaborato dalla Corte Suprema a cavallo fra gli Anni '60 e '70, nei casi *Sherbert v. Verner*¹⁰ e *Wisconsin v. Yoder*¹¹. La Corte aveva affermato che lo Stato non può imporre un vulnus sostanziale alla libertà religiosa individuale, a meno che non dimostri che l'atto impugnato sia stato promulgato per tutelare un interesse pubblico fondamentale, un *compelling governmental interest*.

Nel 1990, con la sentenza *Smith*, la stessa Corte Suprema aveva invece cambiato opinione e, mettendo in rilievo l'impossibilità per i giudici di valutare l'essenzialità di una condotta religiosa, aveva stabilito che un provvedimento è valido, anche se interferisce con la libertà religiosa, purché abbia uno scopo generale e neutrale.

Prima ancora del caso *Smith*, la giurisprudenza della Corte Suprema aveva già iniziato a mutare indirizzo, e aveva abbandonato lo *strict scrutiny test*, proprio in relazione a un caso di tutela della libertà religiosa dei detenuti. Infatti, con la sentenza *O'Lone v. Estate of Shabazz*¹², aveva individuato uno standard di ragionevolezza che avrebbe dovuto orientare la giurisprudenza nel valutare i casi di presunta violazione della libertà religiosa dei detenuti, e tale standard era indicato nel "legittimo interesse penalistico"¹³.

In *Shabazz* la Corte ha riproposto i parametri che erano stati elaborati nel precedente *Turner v. Safley*¹⁴ che, pur non riguardando direttamente il

⁸ Cfr. BORIS I. BITTKER, SCOTT IDLEMAN, FRANK S. RAVITCH, *Religion and the State in American Law*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 818.

⁹ 494 U.S. 872 (1990).

¹⁰ 374 U.S. 398 (1963).

¹¹ 406 U.S. 205 (1972).

¹² 482 U.S. 342 (1987).

¹³ Cfr. MATTHEW P. BLISCHAK, *O'Lone v. Estate of Shabazz: The State of Prisoners' Religions Free Exercise Rights*, in *The American University Law Review*, 37 (1988), pp. 456-458.

¹⁴ 482 U.S. 78 (1987).

diritto di libertà religiosa – la causa era infatti incentrata sulla libertà di corrispondenza e il diritto di contrarre matrimonio – erano stati utilizzati per valutare la costituzionalità di provvedimenti delle autorità penitenziarie che ledavano diritti costituzionali dei detenuti, stabilendo appunto che il legittimo interesse penalistico potesse essere considerato un impedimento all'esercizio dei diritti fondamentali dei detenuti. In particolare, la Corte Suprema ha elencato quattro fattori (i cd. fattori *Turner*) che devono essere presenti affinché il regolamento, o il comportamento, delle autorità carcerarie possa essere definito ragionevole e quindi giustificato alla luce dell'interesse penalistico. Questi fattori vengono individuati come segue: 1) deve sussistere un legame logico e ragionevole tra la regola del carcere e il legittimo interesse pubblico che intende tutelare; 2) i detenuti devono avere a disposizione delle modalità alternative per esercitare il diritto fondamentale che viene limitato; 3) un eventuale aggiustamento a favore dei diritti del detenuto non deve comportare effetti negativi sugli altri detenuti e sul personale del carcere, in termini di ripercussioni negative sulla libertà degli altri o sull'utilizzazione delle limitate risorse; 4) non devono esistere facili alternative rispetto ai provvedimenti presi dalle autorità del carcere¹⁵. Come è stato rilevato, in genere le corti inferiori, nell'applicare il cd. *Turner test*, hanno dato molta rilevanza a quanto affermato dalle autorità carcerarie, proprio per non interferire con un interesse pubblico avvertito come particolarmente rilevante quale quello penalistico¹⁶.

L'applicazione del *Turner test* nel caso *Shabazz* ha condotto i giudici a decidere di rigettare la richiesta di un detenuto di religione islamica che aveva chiesto una modifica del regolamento penitenziario, modifica che gli avrebbe consentito di partecipare alla preghiera comunitaria del venerdì. In passato le autorità dello stesso carcere concedevano ai detenuti islamici che, come *Turner*, erano impegnati in attività all'esterno del penitenziario, la possibilità di rientrare prima dal lavoro per partecipare alla preghiera oppure, il venerdì, di rimanere a lavorare all'interno del carcere, sempre per lo stesso motivo. Un regolamento del 1983 aveva invece espressamente negato la possibilità di lavorare all'interno delle mura del carcere, e le autorità avevano cominciato a negare l'autorizzazione a rientrare prima. Tale provvedimento era stato preso, secondo le stesse autorità, per prevenire il rischio che, durante la preghiera del venerdì, approfittando della

¹⁵ Cfr. BORIS I. BITTKER, SCOTT IDLEMAN, FRANK S. RAVITCH, *op. cit.*, p. 815.

¹⁶ Cfr. MORGAN F. JOHNSON, *Heaven Help Us: The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act's Prisoners Provisions in the Aftermath of the Supreme Court's Decision in Cutter v. Wilkinson*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 14 (2006), p. 589.

circostanza di trovarsi insieme in gran numero, i detenuti si organizzassero per bande, quindi per motivi di sicurezza interna. La Corte Suprema aveva accettato la tesi dell'amministrazione del carcere, trasmettendo così, secondo alcuni, il messaggio che alle autorità che governano le istituzioni carcerarie è consentito "restringere in maniera sostanziale o privare del tutto i detenuti del diritto di partecipare alle pratiche religiose, con una semplice, minima giustificazione"¹⁷.

Nel 1990 l'entrata in vigore del RFRA ha reintrodotto lo *strict scrutiny test* e nel 2000, con il RLUIPA, il Congresso ha deciso che dovranno essere sottoposte allo stesso test tutte le cause riguardanti la presunta violazione del diritto di libertà religiosa nell'ambito delle autorizzazioni in materia urbanistica, e nei confronti delle persone detenute nelle carceri o in altre pubbliche istituzioni¹⁸. Con il RLUIPA, il Congresso chiede agli amministratori degli istituti penitenziari che venga prestata una particolare attenzione al diritto di libertà religiosa dei detenuti, poiché tutti gli atti e i provvedimenti che potrebbero comportare un limite al libero esercizio della religione dovranno essere giustificati alla luce di un interesse pubblico fondamentale (il *compelling interest test*), dimostrando anche che si tratta dei provvedimenti meno restrittivi tra tutti quelli che sarebbe stato possibile prendere per raggiungere tale interesse pubblico¹⁹.

Subito dopo l'entrata in vigore del RLUIPA, la dottrina e la giurisprudenza si sono divise sulla sua costituzionalità. Secondo alcuni, infatti, con il RLUIPA il Congresso avrebbe violato alcuni principi costituzionali, in particolar modo la *establishment clause* che vieta qualsiasi provvedimento o intervento pubblico che favorisca una religione²⁰; secondo altri, il Congresso

¹⁷ Così MATTHEW P. BLISCHAK, *op. cit.*, p. 478.

¹⁸ Cfr. GREGORY S. WALSTON, *Federalism and Federal Spending: Why the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 is Unconstitutional*, in *University of Hawai'i Law Review*, 23 (2000-2001), pp. 481-482.

¹⁹ Così si legge nel testo originale del RLUIPA, sec. 3: (a) GENERAL RULE.—No government shall impose a substantial burden on the religious exercise of a person residing in or confined to an institution... even if the burden results from a rule of general applicability, unless the government demonstrates that imposition of the burden on that person— (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

²⁰ Cfr. MORGAN F. JOHNSON, *op. cit.*, pp. 587-588, che oltre a ritenere il RLUIPA contrario alla *establishment clause*, poiché non sarebbe neutrale rispetto alla religione, sottolinea anche la disparità di trattamento che l'applicazione della legge realizza fra detenuti credenti in qualche fede religiosa e detenuti agnostici o atei. Tale disparità sarebbe anche un incentivo alle conversioni religiose, proprio per poter usufruire delle agevolazioni riservate ai credenti. Cfr. anche JOSHUA R. GALLER, *The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000: An Unconstitutional Exercise of Congress's Power under Section Five of the Fourteenth Amendment*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 6 (2002-2003), pp. 561-587.

sarebbe giustamente intervenuto per difendere il diritto di libertà religiosa, costantemente violato all'interno delle mura delle carceri²¹.

2. La giurisprudenza delle corti inferiori dopo il RLUIPA

Come si diceva, la sentenza *Holt* è solo l'ultimo atto di una nutrita casistica in materia di diritto di libertà religiosa dei detenuti. Anche la giurisprudenza, in particolar modo quella delle corti dei diversi circuiti, così come la dottrina, ha assunto due distinte posizioni, dividendosi tra tribunali (la maggioranza, in verità) che hanno applicato lo *strict scrutiny test* previsto dal RLUIPA, e tribunali che invece hanno preferito continuare sulla linea delle sentenze *Turner* e *Shabazz*, applicando ai casi concernenti la libertà religiosa dei detenuti il test di ragionevolezza, in alcuni casi affermando espressamente che il RLUIPA violerebbe la *establishment clause*.

In *Madison v. Riter*²² si valuta il ricorso di un detenuto di un carcere della Virginia, appartenente alla “chiesa di Dio e dei santi di Cristo”²³, al quale era stata negata la possibilità di ricevere cibo *kosher*. Il detenuto, che si era convertito in carcere, aveva informato della sua nuova appartenenza religiosa le autorità del penitenziario, che avevano approvato la sua domanda in ordine alla dieta *kosher*. L'organismo generale di controllo delle carceri della Virginia aveva invece rigettato tale richiesta, sulla base di tre motivi: al detenuto era già offerta la possibilità di scegliere, in alternativa alla dieta ordinaria, quella vegetariana e quella senza carne e derivati del maiale; veniva posta in dubbio la sincerità della conversione alla nuova religione; venivano sottolineati i problemi disciplinari che egli in passato aveva causato. Nella motivazione si legge che il “muro di separazione” tra Stato e religioni non è, e non può essere, qualcosa di assolutamente impenetrabile e che talvolta il Congresso può legiferare in materia che riguardi la religione, quando ciò è necessario per garantire la libertà religiosa. Nel caso del RLUIPA, però, secondo la corte distrettuale, il Congresso avrebbe violato i limiti che la Costituzione gli pone, perché si era limitato a tutelare la libertà religiosa, senza considerare gli altri diritti costituzionalmente

²¹ Cfr. DEREK L. GAUBATZ, *RLUIPA at Four: Evaluating the Success and Constitutionality of RLUIPA'S Prisoner Provisions*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 28 (2005), p. 508.

²² 240 F. Supp. 2d 566 (W.D. Va 2003).

²³ Nel testo della sentenza è spiegato che si tratta di una religione fondata nel 1896 in Virginia, i cui membri si autodefiniscono “ebrei israeliti”, seguaci dell' “Unto del Signore”, che onorano ma non adorano Gesù Cristo. Tra i precetti di questa chiesa è compreso l'obbligo di seguire le prescrizioni alimentari ebraiche.

garantiti dei detenuti, e senza tuttavia dimostrare in alcun modo che la libertà religiosa sarebbe stata più a rischio di violazione rispetto agli altri diritti di libertà. In questo modo, il Congresso avrebbe posto il diritto di libertà religiosa a un livello superiore rispetto agli altri diritti, e per questo motivo il RLUIPA avrebbe come effetto principale e fondamentale quello di agevolare la religione²⁴. Un ulteriore effetto negativo, e contrario ai principi costituzionali, del RLUIPA sarebbe quello di porre i detenuti credenti in una posizione privilegiata rispetto ai non credenti. Si fa un elenco dei vantaggi di cui godrebbero i detenuti in base al RLUIPA: indossare abbigliamento e simboli religiosi, tenere barba e capelli lunghi, ricevere libri e pubblicazioni di contenuto “estremista” dall'esterno del carcere, possibilità di rifiutarsi di sottoporsi a visite mediche e vaccinazioni, tenere oggetti religiosi nelle celle, usufruire di diete particolari. Al contrario, i detenuti non credenti devono radersi, indossare gli abiti del carcere, sottoporsi alle visite mediche, mangiare ciò che prevede il vitto ordinario. Se volessero usufruire delle agevolazioni previste per i detenuti appartenenti a una qualche fede religiosa, avrebbero come unica opzione quella di convertirsi anche loro. In questo modo l'effetto del RLUIPA sarebbe appunto quello di agevolare la religione, con una chiara violazione della *establishment clause*²⁵. La corte pertanto ritiene incostituzionale il RLUIPA e rigetta il ricorso presentato dal detenuto sulla base di tale legge.

Altri tribunali, anche dopo l'entrata in vigore del RLUIPA, pur senza pronunciarsi sulla legittimità della legge, hanno continuato ad applicare il test elaborato dalla Corte Suprema nel caso *Turner*. Per esempio, in *Williams v. Morton*²⁶, la corte d'appello del terzo circuito ha giudicato il caso di alcuni detenuti musulmani ai quali le autorità del carcere avevano negato la possibilità di usufruire di una dieta *halal*, che loro avevano chiesto per ottemperare alle regole della propria religione. Nella motivazione viene ricordato che l'alimentazione *halal* (lecita) include frutta, verdura, pesce e carne di animali erbivori, mentre sono *haram* (vietati) alcuni alimenti tra i quali la carne di maiale e di animali carnivori, e che i cibi *halal* diventano *haram* se sono entrati in contatto con quelli proibiti. Nel carcere che ospitava i ricorrenti erano distribuiti tre tipi di menu: normale per circa 600 detenuti, una serie di menu ipocalorici, iposodici e di altro tipo per ragioni sanitarie, *kosher* per 4 ebrei, vegetariana per circa 225 persone che ne avevano fatto

²⁴ *Madison v. Riter, cit.*, § 576-577.

²⁵ *Madison v. Riter, cit.*, § 578-581.

²⁶ 343 F. 3d 212 (3th Cir. 2003).

richiesta per motivi religiosi. Le autorità del carcere si erano però rifiutate di concedere ai ricorrenti la possibilità di ricevere una dieta *halal*. Nell'esaminare la richiesta alla luce del *Turner test*, la corte sottolinea che l'onere di dimostrare che il regolamento del carcere fosse irragionevole alla luce del test incombeva sui ricorrenti, e non sulle autorità che avevano emanato il provvedimento. L'interesse penalistico viene individuato nella semplificazione del servizio di distribuzione del cibo, nella sicurezza del carcere e nei vincoli di budget. Organizzare la cucina in modo tale da cucinare cibi *halal* avrebbe infatti comportato la necessità di separare stoviglie e pentole e assumere altro personale, mentre l'ipotesi di acquistare cibo all'esterno, come già avveniva per i quattro detenuti ebrei, avrebbe potuto causare un notevole onere economico, dal momento che circa 200 detenuti avrebbero avuto diritto di richiedere tale dieta. La corte calcola anche il costo che con l'eventuale somministrazione del cibo *halal* a tutti i detenuti musulmani l'amministrazione del carcere avrebbe dovuto sopportare, e sottolinea il fatto che, provenendo dall'esterno, il cibo avrebbe dovuto essere controllato all'ingresso attraverso il passaggio ai raggi X, con notevole dispendio di tempo e aggravio di lavoro per gli addetti alla sicurezza. Applicando poi il secondo aspetto del *Turner test*, ovvero verificando se i detenuti avessero avuto la possibilità di esprimere la propria fede in altro modo, la corte osserva che nel carcere era garantita ai fedeli musulmani la possibilità di usufruire della dieta senza carne di maiale o di quella vegetariana, che potevano partecipare alla preghiera comunitaria del venerdì, studiare la lingua araba e osservare il tempo di digiuno del Ramadan, che veniva rispettato il diritto alle cinque preghiere del giorno e la libertà di osservare i cinque pilastri della fede. Anche il terzo e il quarto fattore vengono valutati a favore delle autorità del carcere: secondo la Corte infatti, garantire il cibo *halal* per oltre duecento detenuti avrebbe comportato un impatto negativo sulle guardie e sugli altri detenuti, mentre alla luce delle considerazioni fatte la corte aveva ritenuto che non ci fossero state alternative al comportamento dell'amministrazione. I ricorrenti avevano lamentato anche una violazione del principio di non discriminazione, evidenziando la differenza di trattamento tra loro e i detenuti ebrei ai quali era garantito il cibo *kosher*. La corte però rileva che in realtà non vi era alcuna prova che il cibo *kosher* contenesse anche carne, e che in realtà secondo quanto dichiarato dalle autorità del carcere, esso era esclusivamente vegetariano. In questo modo non ci sarebbe stata violazione del principio di non discriminazione in quanto la dieta vegetariana era stata garantita anche ai ricorrenti. La corte perciò in questo caso, applicando il *Turner test*, rigetta le richieste dei detenuti e ritiene lecito il comportamento delle autorità carcerarie che avevano negato la dieta *halal*.

In *Hammons v. Saffle*²⁷ si esamina il caso di un detenuto di religione islamica che chiedeva di poter tenere in cella essenze profumate da utilizzare per le abluzioni rituali, da effettuarsi prima delle cinque preghiere giornaliere. Fino al 1999 il carcere aveva autorizzato i reclusi a tenere tali oli, che un regolamento successivo aveva invece vietato, stabilendo che dovessero essere custoditi dal cappellano e da lui distribuiti a coloro che ne avessero fatto richiesta, prima della preghiera. Il cappellano però non era presente a tutte e cinque le preghiere giornaliere. Il divieto era stato introdotto perché il profumo di questi oli era talmente forte da coprire l'odore di eventuali droghe, come avevano dimostrato alcuni test effettuati con cani antidroga e si temeva quindi che potessero essere utilizzati a tale scopo. La corte, applicando il *Turner test*, ha ritenuto che in effetti il divieto fosse giustificato dall'interesse penalistico a reprimere l'eventuale commercio e detenzione in carcere di sostanze stupefacenti; inoltre, si sottolineava che il ricorrente avrebbe potuto comunque esercitare il suo diritto alla libertà religiosa, dal momento che in presenza del cappellano poteva disporre degli oli per la preghiera. Riguardo al terzo punto del *Turner test*, secondo la corte il fatto di garantire la presenza del cappellano cinque volte al giorno avrebbe avuto ripercussioni sul diritto di libertà religiosa dei detenuti di altre fedi, poiché avrebbe distolto risorse e personale in favore di una sola religione.

In genere, quindi, l'applicazione del *Turner test* ha portato la giurisprudenza a condividere le posizioni delle autorità del carcere. In qualche caso, però, essa si è risolta a favore dei detenuti. È quanto avviene in *Leviton v. Ashcroft*²⁸, che affronta il caso di alcuni detenuti in un carcere della Florida, descritti come ferventi cattolici, che lamentavano di non poter ricevere la comunione sotto entrambe le specie (il pane e il vino) poiché il regolamento del carcere proibiva la distribuzione di alcolici. Così il cappellano, quando celebrava la messa, consacrava ovviamente anche il vino, ma non lo distribuiva ai reclusi, limitandosi a dar loro l'ostia. Le autorità avevano giustificato il divieto riportando anche il parere di una suora, "laureata in teologia", la quale avrebbe dichiarato che non sarebbe necessario per i cattolici comunicarsi nella forma delle due specie, essendo sufficiente per ottenere la salvezza la sola comunione con il pane: l'amministrazione pubblica era quindi entrata nel merito dei contenuti teologici della dottrina cattolica, affermando che la richiesta dei ricorrenti non riguardava un aspetto fondamentale della loro fede. La corte, riprendendo i criteri del *Turner test*, aveva sottolineato

²⁷ 348 F.3d 1250 (10th Cir. 2003).

²⁸ 281 F.3d 1313 (D.C. Cir. 2002).

che il fatto che una pratica religiosa sia considerata obbligatoria o meno non può essere oggetto di valutazione da parte delle autorità; ciò che conta, e che andava valutato, è piuttosto il fatto che, nel caso concreto, il divieto di tenere un comportamento potesse determinare una violazione del diritto di libertà religiosa. In effetti, la corte ha osservato che la comunione con il pane e il vino costituisce un rito importante per la Chiesa Cattolica. Bisognava dunque verificare quanto il divieto fosse giustificato da un legittimo interesse penalistico, e se a questo interesse fosse ragionevolmente e validamente connesso il provvedimento impugnato. Le autorità del carcere avrebbero dovuto spiegare quanto l'interesse a evitare ubriachezza tra i detenuti potesse essere messo in pericolo dalla piccola quantità di vino che viene distribuita durante la celebrazione eucaristica. Avrebbero poi dovuto dimostrare che ai detenuti fossero stati garantiti modi alternativi di esercizio della libertà religiosa, e infine in che modo l'eventuale distribuzione di tale piccola quantità di vino potesse costituire un danno per gli altri detenuti. La corte, dopo aver ricordato i criteri del *Turner test*, ha rinviato il caso alla corte distrettuale.

Anche in *Flagner v. Wilkinson*²⁹ l'applicazione del *Turner test* ha portato a riconoscere le ragioni del detenuto, un ebreo osservante che chiedeva di poter portare la barba e le basette lunghe, in ottemperanza a quanto richiesto dalla sua fede religiosa. Pur non mettendo in dubbio la sincerità della fede religiosa del detenuto, le autorità del penitenziario nel quale era recluso lo avevano infatti obbligato a radersi capelli e basette, sulla base del regolamento del carcere che stabiliva che tutti i detenuti dovessero essere ben rasati e con i capelli corti. Il caso viene esaminato alla luce dei quattro fattori del *Turner test*. Secondo le autorità del carcere, il divieto di portare i capelli lunghi era giustificato dall'interesse penalistico a prevenire l'introduzione all'interno del carcere di droghe, armi e altra merce di contrabbando, e citava un precedente di un detenuto in un carcere dell'Ohio che aveva approfittato dei capelli lunghi per nascondere tabacco, marijuana e una lametta da rasoio, aggiungendo che la necessità di controllare frequentemente capelli e barba lunghi dei reclusi avrebbe comportato un contatto fisico fra guardie e detenuti che avrebbe potuto essere fonte di difficoltà per la sicurezza del carcere. Da ultimo, si sottolineava la difficoltà di identificare un eventuale evaso, che poteva tagliarsi capelli e barba modificando il suo aspetto e rendendo così più difficili le sue ricerche. I giudici hanno evidenziato però che il detenuto in questione non aveva mai usato i suoi capelli come nascondiglio per merci proibite, né aveva mai tentato la fuga o dato motivo di ritenere che

²⁹ 241 F.3d 475 (6th Cir. 2001).

la stesse progettando; inoltre, nella documentazione riguardante il detenuto che era custodita negli archivi del carcere, avevano trovato foto che lo ritraevano con capelli lunghi e corti, con e senza basette, materiale che avrebbe reso più semplice l'identificazione in caso di un'eventuale fuga. Come ultima giustificazione, le autorità del carcere avevano affermato che i capelli lunghi, finendo negli scarichi idraulici, avrebbero potuto causare problemi di otturazione degli stessi e creare così una situazione di disagio per gli altri detenuti e per il personale del carcere: a questa osservazione la corte ha risposto semplicemente che non c'era alcuna prova causa/effetto che eventuali problemi di intasamento degli scarichi fossero da attribuirsi proprio ai capelli lunghi del detenuto. Il primo dei fattori del *Turner test* è stato dunque valutato dai giudici a favore delle richieste del ricorrente. Circa gli altri elementi, la corte ha sottolineato che al detenuto non erano state garantite altre valide alternative per esercitare il suo diritto di tenere i capelli lunghi, che non c'era prova che le risorse, di personale ed economiche, del carcere sarebbero state messe in difficoltà dall'accoglimento della sua richiesta, che nessuna ricaduta sugli altri detenuti avrebbe avuto la deroga in questione. Per questo la corte ha rinviato al giudice di appello, chiedendo che venisse attentamente valutata la questione alla luce del *Turner test*.

Accanto alla giurisprudenza che ha continuato ad applicare il *Turner test*, abbiamo però una maggioranza di tribunali che hanno deciso le cause relative alla libertà religiosa dei detenuti applicando il RLUIPA, fino a quando la questione della costituzionalità della legge del 2000 non è stata valutata dalla Corte Suprema, con la sentenza *Cutter v. Wilkinson*³⁰.

3. La libertà religiosa dei detenuti dopo la sentenza Cutter v. Wilkinson. Cosa si intende per substantial burden?

In *Cutter v. Wilkinson* la Corte Suprema ha esaminato le richieste di alcuni detenuti di un carcere dell'Ohio, appartenenti a religioni non "tradizionali", in particolare satanisti, wicca, asatru e della chiesa cristiana di Gesù Cristo. Essi lamentavano una discriminazione di trattamento che avrebbero subito poiché, mentre ai detenuti fedeli di altre religioni erano stati garantiti alcuni diritti derivanti da quello di libertà religiosa, a loro era stato negato l'esercizio di tale diritto. In particolare, sarebbe stata negata loro la possibilità di accedere a testi religiosi, di svolgere riti collettivi, di indossare abiti o portare simboli della propria fede, di possedere oggetti sacri, e affermavano

³⁰ 544 U.S. 709 (2005).

di non aver avuto la possibilità di accedere a un cappellano della propria confessione religiosa. I ricorrenti avevano fatto ricorso sulla base del RLUIPA, che però la corte d'appello aveva ritenuto incostituzionale poiché avrebbe violato la *establishment clause* del I emendamento.

Non era la prima volta che una corte riteneva illegittimo il RLUIPA; in *Al Ghashiyah v. Dep't of Corr.*³¹ un detenuto aveva presentato ricorso in base al RLUIPA poiché il carcere continuava a utilizzare nel riferirsi a lui il vecchio nome anagrafico, che lui dopo la conversione all'islam aveva chiesto fosse sostituito da un nome musulmano, e gli impediva di tenere oggetti religiosi come oli e candele. La corte aveva respinto il suo ricorso, giudicando il RLUIPA in contrasto con la *establishment clause*³².

Cutter v. Wilkinson arriva alla Corte Suprema, che non condivide l'impostazione dei giudici d'appello. Infatti, innanzitutto afferma che in assoluto il "governo può intervenire a favore della pratica religiosa senza violare la *establishment clause*". La Corte ripercorre le vicende che hanno portato all'approvazione del RLUIPA, ricordando che la promulgazione di esso era stata determinata dall'esigenza di tutelare la libertà religiosa delle persone che si trovano in una struttura segregante, che "non possono liberamente soddisfare le loro esigenze religiose e che perciò dipendono dai permessi e dall'organizzazione governativa per esercitare la loro religione"³³. Anche l'accusa di favorire la libertà di religione rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti viene respinta dalla Corte Suprema, secondo la quale in ogni caso i tribunali sapranno tenere in debito conto le esigenze di sicurezza, dell'istituzione penitenziaria e pubblica, nonché tutelare i diritti costituzionalmente garantiti degli altri prigionieri.

Con queste motivazioni la Corte Suprema ha perciò dichiarato infondati i motivi di incostituzionalità del RLUIPA³⁴.

Nonostante la decisione della Corte nel caso *Cutter* la giurisprudenza successiva, pur applicando generalmente il RLUIPA ai ricorsi per presunta violazione della libertà religiosa all'interno delle strutture segreganti, vede comunque dei casi nei quali preferisce ricorrere ancora ai criteri del *Turner test*.

³¹ 250 F. Supp. 2d 1016 (E.D. Wis. 2003).

³² La sentenza è commentata da SHAWN P. BAILEY, *The Establishment Clause and the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000*, in *Regent University Law Review*, 16 (2003-2004), pp. 68-86.

³³ *Cutter v. Wilkinson*, *cit.*, II A.

³⁴ Cfr. MICHAEL KEEGAN, *The Supreme Court's "Prisoner Dilemma": How Johnson, RLUIPA, and Cutter Re-Defined Inmate Constitutional Claims*, in *Nebraska Law Review*, 86 (2007-2008), p. 281 e pp. 295-299.

Uno di questi è il caso *Baranowski v. Hart*³⁵, deciso dal quinto circuito. *Baranowski* era un detenuto del carcere di Huntsville, in Texas, ebreo osservante; aveva fatto ricorso contro le autorità del carcere che, a suo dire, erano ostili alla presenza ebraica. Tale ostilità, a suo parere, si manifestava attraverso il diniego dell'autorizzazione a partecipare ai riti collettivi del sabato, il rifiuto di somministrare la dieta *kosher*, il rifiuto di distribuire il pasto che tradizionalmente interrompe il digiuno dello *Yom Kippur*, la difficoltà per i detenuti di avere accesso a pubblicazioni e video di carattere religioso, che pure erano presenti nella cappella del carcere. Le autorità del carcere avevano giustificato il loro comportamento con l'esiguità di numero dei detenuti ebrei, esiguità che avrebbe reso irragionevole la predisposizione di riti e di assistenza spirituale, mentre la preparazione di cibi *kosher*, o il loro reperimento all'esterno del carcere, avrebbe comportato un onere economico eccessivo³⁶. Applicando il test di ragionevolezza la corte ha ritenuto che fosse da considerarsi interesse penalistico da tutelare la sicurezza del carcere, la limitata disponibilità di spazio e di personale, le esigue risorse economiche; ha sottolineato, inoltre, che comunque al ricorrente era stata garantita la possibilità di esercitare in altro modo il proprio diritto di libertà religiosa. *Baranowski* aveva anche lamentato una discriminazione rispetto ai detenuti appartenenti ad altre religioni, soprattutto cristiani e musulmani che, a suo dire, godevano di un trattamento migliore e più attento ai loro diritti. La corte però ha rigettato anche questo motivo, affermando che il ricorrente non avesse fornito prove di una volontaria discriminazione operata a suo danno da parte delle autorità del carcere, né del fatto che in effetti i detenuti fedeli di altre religioni avessero goduto di maggiori diritti³⁷.

In un altro caso, la corte del quinto circuito ha valutato la richiesta di un detenuto interrogandosi non sulla obbligatorietà, ma sulla centralità del comportamento secondo la religione di appartenenza. In *McFaul v. Valenzuela*³⁸, un recluso che aveva dichiarato di essere un druido celtico lamentava

³⁵ 486, F.3d 112 (5th Cir. 2007).

³⁶ Nel testo della sentenza si quantifica in 2,46 dollari per detenuto la spesa giornaliera necessaria a garantire il vitto ordinario, mentre il cibo *kosher* sarebbe costato tra i 12 e i 15 dollari per detenuto al giorno. Sul rischio di considerare i costi come un interesse pubblico prevalente rispetto al diritto di libertà religiosa, cfr. AARON K. BLOCK, *When Money is Tight, is Strict Scrutiny Loose? Cost Sensitivity as a Compelling Governmental Interest Under the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000*, in *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, 14 (2008-2009), pp. 237-259.

³⁷ Cfr. IAN J. SILVERBRAND, *Baranowski v. Hart: Limitatis on Jailhouse Religion Despite the Free Exercise Clause and RLUIPA*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 85 (2007-2008), pp. 587-595, che ritiene "errate" le conclusioni alle quali giunge la Corte (p. 588).

³⁸ 684, F.3d 564 (5th Cir. 2012). Per un commento a questa sentenza cfr. la nota redazionale *First Amendment – Free Exercise in Prisons – Fifth Circuit Holds That Prison's Prohibition on All Objects*

una violazione del suo diritto di esercizio della libertà religiosa poiché le autorità del carcere gli avevano impedito di tenere in cella alcuni amuleti, sacri secondo la sua religione e necessari per compiere riti. Come da regolamento, infatti, la sua richiesta era stata inoltrata al cappellano del carcere, che l'aveva respinta sulla base del fatto che si trattava di oggetti il cui valore economico superava il limite di 25 dollari previsto dal regolamento, e gli aveva consigliato di utilizzare al loro posto un medaglione wicca, che già possedeva, ma che lo stesso detenuto riteneva inidoneo allo svolgimento dei riti che intendeva compiere. Lo stesso cappellano, secondo il ricorrente, aveva più volte tentato di distoglierlo dal praticare i riti celtici, definiti da lui pagani, minacciando che altrimenti sarebbe "bruciato nelle fiamme dell'inferno". Anche in questo caso è stato applicato il test di ragionevolezza, che ha portato la corte a ritenere che il limite dei 25 dollari fosse giustificato da un interesse penalistico diretto a evitare che i detenuti possedessero oggetti preziosi; la corte, però, è entrata anche nel merito dei contenuti della fede del recluso, e dopo aver messo in dubbio la necessità che proprio il tipo di amuleti di cui egli aveva reclamato il possesso fossero davvero necessari per esercitare i riti della religione celtica, dubitando della sincerità della sua fede religiosa, ha rigettato la richiesta del detenuto che il suo caso venisse valutato alla luce dei principi contenuti nel RLUIPA.

Nel caso *Grayson v. Schuler*³⁹, pur non applicando esplicitamente il *Turner test*, la corte ha basato la sua decisione avversa alle richieste del detenuto su un ragionamento che si fondava proprio sui criteri indicati in *Turner*. *Grayson*, fedele della religione degli "israeliti ebrei africani di Gerusalemme" e detenuto in un carcere dell'Ohio, chiedeva di portare i capelli e le basette lunghi e raccolti in treccine, per ottemperare al voto di nazireato. Le autorità del carcere avevano però previsto una sola deroga all'obbligo di portare i capelli corti e la barba rasata a favore dei rastafariani, e avevano confermato il divieto per tutti gli altri detenuti, sulla base di esigenze di sicurezza. Inoltre, le autorità avevano interpellato il cappellano, il quale aveva dichiarato che, a suo parere, la religione del detenuto non imponeva ai fedeli l'obbligo di portare i capelli e la barba come lui chiedeva di fare. La corte ha accettato la tesi del carcere e ha affermato che esigenze di tutela della sicurezza possono portare a una limitazione dell'esercizio del diritto di libertà religiosa; in questo senso, l'eccezione prevista per i rastafariani viene appunto considerata un'eccezione, come tale soggetta al potere discreziona-

over Twenty-Five Dollars Did Not Violate Prisoner's First Amendment Rights or Substantially Burden His Religion Under RLUIPA, in *Harvard Law Review*, 126 (2013), pp. 1154-1161.

³⁹ 666, F. 3d 450 (7th Cir. 2012).

le delle autorità, e non come l'affermazione di un diritto esercitabile anche dai fedeli di altre religioni.

Tuttavia, in questo caso, la corte si è soffermata anche su una questione piuttosto delicata, poiché coinvolge direttamente l'applicazione dell'*establishment clause*, ovvero il rischio che le autorità entrino nel merito dei contenuti dottrinali di una determinata religione per stabilire quanto e se la pratica religiosa di cui si rivendica il diritto di esercizio, sia o meno obbligatoria o centrale. Un giudizio del genere comporta infatti un'intromissione dei poteri pubblici in questioni di natura prettamente religiosa, violando il principio di separazione⁴⁰. Dunque, le autorità non possono entrare nel merito dei contenuti dottrinali e ciò rende difficile anche la valutazione concreta degli effetti che un determinato provvedimento può avere sull'esercizio della libertà religiosa. Infatti, il RLUIPA stabilisce che non sono legittimi provvedimenti che comportino un *substantial burden* (una grave limitazione) all'esercizio del diritto di libertà religiosa, se tale limite non è motivato da un *compelling governmental interest* (un interesse pubblico primario) e non c'è altro modo meno lesivo del diritto individuale di libertà religiosa per preservare tale interesse, ma non dice cosa si debba intendere per *substantial burden*. Così, in qualche caso, le autorità delle carceri sono entrate nel merito degli obblighi religiosi, proprio per decidere se la limitazione al diritto di libertà religiosa individuale, che i loro provvedimenti causavano, fosse da considerarsi grave o meno.

Una definizione di *substantial burden* è stata data dall'ottavo circuito in *Murphy v. Mo. Dep't of Corr.*⁴¹ Si legge nella sentenza che sarebbe tale un atto "che significativamente impedisce o limita un comportamento o un'espressione diretti a manifestare un principio considerato centrale nella fede personale; che riduce significativamente la possibilità per una persona di esprimere la sua adesione a una fede; che nega a una persona la ragionevole opportunità di partecipare ad attività che sono importanti per la sua fede"⁴².

La Corte Suprema, da parte sua, ha affermato che si realizza un *substantial burden* quando il potere pubblico effettua direttamente o indirettamente

⁴⁰ Come è noto il terzo criterio del *Lemon test* consiste proprio nel verificare che l'atto o il comportamento pubblico non provochi un *excessive government entanglement*. Per un commento a *Grayson v. Schuler*, cfr. ETHRIDGE B. RICKS, *The Gospel According to the Warden: RLUIPA, The First Amendment, and Prisoners' Religious Liberty Requests*, in *First Amendment Law Review*, 11 (2012-2013), pp. 561-563.

⁴¹ 372 F.3d 979 (8th Cir. 2004).

⁴² Sul punto cfr. AARON K. BLOCK, *op. cit.*, p. 244. Gli stessi criteri erano stati individuati in precedenza dal decimo circuito, in un caso riguardante l'applicabilità del RFRA a un detenuto: *Werner v. McCotter*, 49 F.3d 1476, 1480 (10th Cir. 1995).

una pressione affinché il fedele di una religione cambi idea rispetto a ciò in cui crede o abbia un comportamento contrario rispetto ai precetti della sua fede⁴³; quando una persona viene obbligata dalle autorità pubbliche a scegliere fra seguire gli obblighi della propria fede religiosa, perdendo alcuni benefici, e abbandonare tale fede⁴⁴; quando una persona viene minacciata di sanzioni affinché si astenga da un comportamento religiosamente motivato, o al contrario affinché abbia un comportamento che ritiene riprovevole dal punto di vista religioso⁴⁵. Si è detto che per verificare se si è realizzato un *substantial burden* bisognerà valutare l'esistenza di quattro elementi: 1) la gravità delle conseguenze giuridiche legate alla non ottemperanza del precetto; 2) il grado di restrizione o di ostacolo alla propria pratica religiosa che il soggetto subisce da parte dell'autorità pubblica; 3) il grado di importanza che la pratica religiosa in questione ha, secondo i principi della religione del ricorrente; 4) quanto la pratica religiosa sia obbligatoria o semplicemente raccomandata⁴⁶.

Ma come viene individuato dalla giurisprudenza un *substantial burden*?

Esaminiamo, ancora una volta, un caso riguardante la richiesta di un detenuto di portare barba e basette lunghe, il caso *Benning v. Georgia*⁴⁷. *Benning*, ebreo, voleva portare barba e basette lunghe per obbedire a quello che considerava un obbligo contenuto nella *Torah*; chiedeva, inoltre, di poter avere a disposizione una crema depilatoria perché, in caso fosse stato obbligato a tagliare la barba, la sua religione gli impediva di procedere con il rasoio. Applicando lo *strict scrutiny* test previsto dal RLUIPA, la corte distrettuale della Georgia ha riconosciuto che il divieto di portare le basette lunghe poteva costituire una grave limitazione del diritto di libertà religiosa del detenuto, poiché le autorità del carcere non erano riuscite a dimostrare che tale divieto fosse stato motivato da un interesse pubblico superiore, ovvero che le basette potessero costituire un problema per l'ordine, la sicurezza e l'igiene all'interno dell'istituto carcerario. Al contrario, la stessa corte ha concluso che non fosse illegittimo il rifiuto da parte del carcere di fornire al detenuto la crema depilatoria, poiché egli avrebbe potuto acquistarla all'esterno⁴⁸.

In *Abdulahaseeb v. Calbone*⁴⁹, per valutare l'esistenza di un *substantial bur-*

⁴³ Thomas v. Review Bd. Of Ind. Employment Sec. Div., 450 U.S. 707, 718 (1981).

⁴⁴ Sherbert v. Verner, *cit.*, 404.

⁴⁵ B v. Roy, 476 U. S. 693, 703 (1986).

⁴⁶ Questi criteri sono elencati da BORIS I. BITTKER, SCOTT IDLEMAN, FRANK S. RAVITCH, *op. cit.*, p. 238.

⁴⁷ 845, F. Supp. 2d 1372 (M.D. Ga. 2012).

⁴⁸ Cfr. ETHRIDGE B. RICKS, *op. cit.*, pp. 570-572.

⁴⁹ 600, F3d 1301 (10th Cir. 2010).

den, i giudici hanno sottolineato che, pur non potendo effettuare una valutazione circa l'obbligatorietà di un comportamento secondo una determinata fede religiosa, tuttavia avrebbero potuto verificare la sincerità della fede religiosa del ricorrente e quindi stabilire se in effetti il fatto di essere stato obbligato a compiere un atto, o che gli fosse stato impedito di seguire una prescrizione, potesse essere considerato dalla persona coinvolta come un attacco alla sua libertà religiosa. Nel caso specifico, a un detenuto islamico era stata negata la possibilità di ricevere una dieta composta da cibi certificati *halal* e gli era stata negata anche quella *kosher*, sulla base della considerazione che era riservata esclusivamente ai detenuti di religione ebraica. Le autorità del carcere si erano giustificate affermando che il detenuto avrebbe potuto acquistare all'esterno i cibi *halal*, ma la corte ha respinto tale giustificazione sulla base di due motivazioni: l'indigenza del detenuto, che rendeva questa soluzione assolutamente "chimerica", e il fatto che nessun fornitore di cibi *halal* era in effetti autorizzato a vendere i suoi prodotti all'interno del carcere nel quale *Abdulseeb* era detenuto. La corte ha respinto anche l'idea che l'interesse primario pubblico, che avrebbe potuto legittimare una limitazione della libertà religiosa, potesse essere identificato nella necessità dell'istituzione carceraria di contenere le spese e ha ritenuto pertanto fondato il ricorso. Così come scrivono i giudici del caso *Abdulseeb*, la giurisprudenza ritiene che sia possibile verificare la sincerità dell'adesione del ricorrente a una determinata fede religiosa, mentre non dovrebbe entrare nel merito dell'obbligatorietà di una determinata pratica religiosa, perché ciò costituirebbe un'intromissione dei poteri pubblici in questioni strettamente religiose, e quindi una violazione dell'*establishment clause*⁵⁰.

Eppure, in molte sentenze troviamo una valutazione dei contenuti dottrinali della fede professata dai detenuti. In *Sayed v. Profit*⁵¹, nel giudicare la richiesta di un detenuto musulmano che lamentava una violazione della sua libertà religiosa, in quanto il regolamento del carcere non gli consentiva di effettuare le abluzioni rituali su tutto il corpo e all'esterno della cella prima della preghiera del venerdì, la corte ha respinto le richieste del detenuto accettando la giustificazione delle autorità del penitenziario, che avevano sostenuto che in base alla fede islamica sarebbe stata sufficiente l'abluzione parziale effettuata in cella. Anche in *Koger v. Bryan*⁵² i giudici sono entrati nel merito dei contenuti dottrinali di una fede religiosa; in questo caso, dopo un

⁵⁰ Cfr. ETHRIDGE B. RICKS, *op. cit.*, p. 575.

⁵¹ 415, Fed. App'x 946 (10th Cir. 2011).

⁵² 523, F3d 789 (7th Cir. 2008).

notevole “pendolarismo” da una religione all’altra (*Koger* infatti al momento dell’ingresso in carcere aveva dichiarato di essere cristiano battista, poi era diventato buddhista e aveva iniziato a rifiutarsi di mangiare carne e qualsiasi altro cibo che fosse entrato in contatto con la carne, sostenendo che ciò gli era imposto dai principi yoga; successivamente aveva chiesto una dieta *ko-sher*, poi vegana, infine lacto-ovo vegetariana), aveva da ultimo comunicato alle autorità del carcere la sua affiliazione a una religione non tradizionale, ovvero di aver aderito all’*ordo templis orientis* (acronimo OTO), un gruppo associato alla religione *thelema*, il cui principio di fede viene riassunto nel motto “*Do what thou wilt*” (fa’ ciò che vuoi). Anche dopo quest’ultima conversione aveva chiesto di poter usufruire di una dieta vegetariana, a suo dire obbligatoria per i fedeli della religione di appartenenza, ma le autorità del carcere, interpellati i responsabili del *thelema*, che avevano confermato che il principio fondamentale di questa religione è che ciascun aderente è libero di comportarsi come crede per raggiungere la perfezione spirituale, anche eventualmente seguendo un regime alimentare particolare, avevano deciso che la dieta vegetariana non poteva perciò considerarsi obbligatoria e negato al detenuto il diritto a riceverla. La corte, applicando il RLUIPA, ha concluso che non c’era stata violazione della libertà religiosa proprio perché il comportamento alimentare richiesto non era da considerarsi obbligatorio. Già precedentemente la stessa corte del settimo circuito, in *Nelson v. Miller*⁵³, aveva compiuto una valutazione dei contenuti dottrinali di una religione. In questo caso si trattava di un detenuto cattolico che aveva chiesto di poter ricevere il venerdì un menu senza carne, come forma di penitenza. L’amministrazione del carcere aveva chiesto al cappellano un parere sull’obbligatorietà dell’astinenza dalle carni per i cattolici e questi, luterano, aveva risposto che il cristianesimo non considera questa forma di penitenza come obbligatoria, e aveva aggiunto che anzi la Bibbia predilige altri tipi di mortificazione personale.

Come scrive Ricks, commentando questi casi, tale modo di operare da parte della giurisprudenza USA è “inaccettabile”⁵⁴ ed è una dimostrazione del fatto che, nonostante il RLUIPA, i tribunali nei casi che coinvolgono l’esercizio del diritto di libertà religiosa dei detenuti continuano a nutrire una sorta di timore reverenziale nei confronti delle autorità penitenziarie⁵⁵.

⁵³ 570, F.3d 868 (7th Cir. 2007).

⁵⁴ ETHRIDGE B. RICKS, *op. cit.*, p. 578.

⁵⁵ ETHRIDGE B. RICKS, *op. cit.*, p. 581.

4. La decisione del caso *Holt v. Hobbs*

Quando si affronta il tema delle carceri e dei diritti dei detenuti negli Stati Uniti, non si può prescindere da un dato di carattere sociologico, ovvero dal fatto che si tratta della “nazione che ha perseguito l’ordine pubblico con mezzi di tipo militare, togliendo dalla circolazione una quota esorbitante dei propri cittadini per rinchiuderli dietro le sbarre. Con meno del 5 per cento della popolazione del pianeta... gli Stati Uniti «ospitano» il 25 per cento di tutti i carcerati del mondo”⁵⁶. Si tratta dunque di un universo di persone (più di 2.300.000 nel 2015), i cui diritti costituzionalmente garantiti, e tra questi il diritto alla libertà religiosa, sono limitati nell’esercizio a causa della detenzione. Tuttavia, come si legge nella sentenza della Corte Suprema *Turner v. Safley*, “i muri della prigione non formano una barriera che separa i detenuti dai diritti garantiti costituzionalmente”⁵⁷. Per quanto riguarda la libertà religiosa, l’estremo pluralismo che caratterizza la società nordamericana si manifesta anche nelle varieghe richieste avanzate in materia dai detenuti, di cui troviamo traccia nella giurisprudenza, come abbiamo visto. In genere si riconosce il ruolo che la religione può avere nel percorso di riabilitazione, evidenziando anche che maggiore è il coinvolgimento del detenuto in attività religiose all’interno del carcere, minore è il rischio di recidiva una volta uscito dall’istituto penitenziario⁵⁸.

D’altra parte, si è sottolineato che la violazione del diritto di libertà religiosa provoca nel detenuto che la subisce un danno di natura psicologica, rispetto al quale le corti intervengono ordinando atti riparatori, ad esempio chiedendo che venga fornita la dieta religiosa in precedenza negata, o che venga autorizzata la detenzione dell’oggetto di culto che era stato vietato, ma non sempre il danno che si è verificato è riparabile, e la sofferenza psicologica che ne è derivata costituisce un ostacolo al percorso riabilitativo e di reinserimento che sempre dovrebbe costituire il fine del sistema carcerario di una società democratica⁵⁹.

La Corte Suprema, con la decisione *Holt v. Hobbs* conferma la validità costituzionale del RLUIPA e afferma la necessità che il diritto di libertà

⁵⁶ FEDERICO RAMPINI, *L’età del caos. Viaggio nel grande disordine mondiale*, Milano, Mondadori, 2015, p. 137.

⁵⁷ *Turner v. Safley*, cit., 84.

⁵⁸ Cfr. JIM THOMAS, BARBARA H. ZAITZOW, *The Role of Religion in Prison Coping*, in *The Prison Journal*, 86, n. 2 (june 2006), p. 256. Gli Autori individuano dieci motivi a sostegno della presenza delle attività religiose (che sono quelle organizzate) e spirituali (più informali) in carcere.

⁵⁹ Cfr. su questo aspetto JENNIFER D. LARSON, *RLUIPA, Distress, and Damages*, in *The University of Chicago Law Review*, 74 (2007), pp. 1443-1448.

religiosa individuale dei detenuti goda di una tutela particolare. La Corte innanzitutto ricorda che, secondo la definizione che ne ha dato il Congresso, il concetto di “pratica religiosa” include “ogni pratica religiosa, che sia o meno obbligatoria, o centrale, in un *system of religious belief*”. Questa sottolineatura esclude la possibilità che la giurisprudenza effettui una valutazione circa la centralità o l’obbligatorietà dell’atto religioso che il detenuto chiede di poter esercitare liberamente, valutazione che, come abbiamo visto, è stata invece più volte effettuata dalle corti inferiori. Potrà invece il giudice verificare la sincerità dell’adesione del detenuto a una determinata fede religiosa, e che la sua richiesta si basi effettivamente sulla necessità di aderire ai precetti di una religione e non su altri motivi, come già ricordato in *Burwell v. Hobby Lobby*⁶⁰.

Entrando nel merito del caso, la Corte sottolinea la mancanza di una motivazione logica rispetto al divieto di portare la barba non rasata; si evidenzia innanzitutto che la prima motivazione risiederebbe nella necessità di evitare che la barba lunga possa essere utilizzata dal detenuto come nascondiglio per introdurre in carcere merce vietata o di contrabbando, ma che nella realtà non si è mai verificato neppure un caso in cui la barba sia stata utilizzata a tale scopo, né nel carcere dell’Arkansas nel quale era detenuto *Holt*, né in altre carceri. Anche la seconda motivazione appare alla Corte non condivisibile: infatti, la necessità di evitare che in caso di fuga il detenuto possa rendersi irriconoscibile radendosi avrebbe potuto essere soddisfatta scattandogli due diverse foto segnaletiche, una con e una senza barba, cosa che, nota la stessa Corte, viene abitualmente fatta presso altri istituti penitenziari.

La Corte Suprema si sofferma poi su quello che considera un “approccio improprio” nel modo di ragionare nei casi che coinvolgono i diritti dei detenuti in base al I emendamento, ovvero la sottolineatura del fatto che, pur essendo stata violata la libertà religiosa nello specifico, in generale il detenuto avrebbe avuto a disposizione altre modalità di espressione della propria fede. Questa considerazione, che in realtà fa parte dei criteri di valutazione elencati nel *Turner test*, pur essendo considerata “rilevante” dalla Corte Suprema, non viene giudicata in linea con quanto affermato dal RLUIPA, che “fornisce una maggiore protezione”. Infatti, l’indagine deve verificare se nel caso concreto si sia verificato o meno un *substantial burden*, non se il ricorrente abbia avuto la possibilità di esercitare in altro modo il suo diritto di libertà religiosa. Altro “errore” viene definito il fatto di considerare lieve il danno alla libertà religiosa subito dal detenuto solo perché, in base alle

⁶⁰ 573 U.S. (2014).

testimonianze raccolte, la sua religione lo avrebbe giustificato riconoscendo a suo favore il fatto di aver provato, senza successo ma non per sua colpa, a seguire l'obbligo religioso. Il RLUIPA si applica infatti, secondo la Corte, a ogni tipo di esercizio della libertà religiosa, che sia o meno obbligatorio per la religione considerata.

Entrando poi nel merito della valutazione dell'interesse pubblico tutelato, si sottolinea che il RLUIPA, così come il RFRA, non si limita a richiedere che in astratto il provvedimento pubblico sia diretto a tutelare un interesse superiore ma che, nel caso concreto, l'applicazione di quel provvedimento alla persona specifica soddisfi le esigenze pubbliche. In questo caso cioè, bisognerà verificare che un regolamento di carattere generale, ovvero quello che vieta di portare la barba lunga, nel caso concreto raggiunga lo scopo per il quale è stato introdotto. L'esigenza di impedire il contrabbando e l'introduzione di merci o oggetti pericolosi all'interno delle mura del carcere è ovviamente da considerarsi un interesse superiore, legato com'è alla sicurezza; ma, si domanda la Corte, nello specifico, è effettivamente utile a realizzare lo scopo che si prefigge? Infatti, si nota, il regolamento non obbliga i detenuti a portare i capelli rasati o cortissimi, e i capelli sono in realtà un luogo più utile per nascondere qualcosa. La prima motivazione che è alla base del regolamento appare quindi piuttosto carente dal punto di vista logico. Anche la seconda appare poco convincente; nessun dubbio infatti che sia interesse pubblico che in caso di fuga il detenuto sia rapidamente e chiaramente riconoscibile, ma questo problema avrebbe potuto essere facilmente risolto con l'accorgimento di sottoporre il detenuto a doppia foto segnaletica, con e senza barba.

Infatti, la maggioranza degli istituti di detenzione statali e federali ammettono la possibilità per i detenuti di portare la barba lunga ½ pollice, sia per ragioni religiose sia per altre ragioni, e in questo caso le autorità non sono riuscite a dimostrare i motivi per cui nel proprio istituto ciò venga considerato contrario alle esigenze di sicurezza. In conclusione, la Corte fugge il dubbio che la tutela della libertà religiosa individuale venga perseguita anche a discapito della sicurezza delle istituzioni carcerarie, sottolineando come il RLUIPA "preveda una protezione concreta dell'esercizio della libertà religiosa dei detenuti, ma anche lasci alle autorità che amministrano le carceri ampia possibilità di mantenere la sicurezza al loro interno". Ciò avviene grazie a tre aspetti: in primo luogo, nell'applicare il RLUIPA i giudici sono consapevoli che si tratta di una situazione particolare, ovvero quella detentiva; poi, se l'istituzione ha il sospetto che il detenuto utilizzi l'esercizio della libertà religiosa per coprire altri scopi può dimostrare la non sincerità della motivazione religiosa del ricorrente; da ultimo, anche se la richiesta del

detenuto si basa su un'autentica fede religiosa, l'istituzione può comunque evidenziare come un eventuale accoglimento delle sue richieste possa costituire nello specifico un grave *vulnus* all'interesse superiore del carcere.

Il caso *Holt* è stato giudicato, da una parte della dottrina, come un'indebita interferenza della giurisprudenza in una materia, quella della libertà religiosa, che richiederebbe maggior neutralità da parte dello Stato separatista. Si è sottolineata la paternità della sentenza, redatta dal giudice Samuel Alito, lo stesso della sentenza *Burwell v. Hobby Lobby*, che avrebbe considerato più efficace ai fini della tutela della libertà religiosa gli interventi legislativi del Congresso rispetto al I emendamento del *Bill of Rights*⁶¹, utilizzando nelle due sentenze “il medesimo impianto argomentativo e logico-giuridico”⁶². Si starebbe così delineando un nuovo modello di libertà religiosa negli Stati Uniti, un modello “troppo sbilanciato sul versante della tutela del comportamento religioso”⁶³. Per altri, l'applicazione del RLUIPA porterebbe a concedere maggiori diritti in materia religiosa ai detenuti rispetto ai cittadini liberi e rischierebbe di provocare “un caos indicibile nelle prigioni e nella società”⁶⁴.

Si è detto che il RLUIPA renderebbe legittima qualsiasi richiesta che fosse giustificata da una motivazione religiosa, anche la più assurda e “strampalata”, portando ad esempio un caso nel quale la giurisprudenza ha ritenuto legittima e degna di essere accolta la pretesa che le autorità del carcere provvedessero alla costruzione di una sauna in legno per consentire a un detenuto nativo americano di effettuare le purificazioni rituali⁶⁵ e che, considerando costituzionale il RLUIPA, la Corte Suprema avrebbe “creato una potente arma per i gruppi religiosi”⁶⁶.

In realtà, le strutture detentive sono dei luoghi molto particolari, in relazione ai quali facilmente anche concetti come i diritti costituzionalmente garantiti rischiano di mutare significato. Come scrive Mario Ricca, riferendosi

⁶¹ Cfr. JONATHAN J. SHEFFIELD, ALEX S. MOE, SPENCER K. LICKTEIG, *Holt v. Hobbs: RLUIPA Requires Religious Exception to Prison's Beard Ban*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 46 (2014-2015), pp. 1077-1086.

⁶² VALENTINA FIORILLO, *La sentenza della Corte Suprema USA Holt v. Hobbs: l'esenzione cresce con la barba del condannato*, in <http://www.diritticomparati.it/2015/02/la-sentenza-della-corte-suprema-usa-holt-v-hobbs-lesenzione-cresce-con-la-barba-del-condannato.html> (sito consultato il 15 febbraio 2016).

⁶³ VALENTINA FIORILLO, *op. cit.*

⁶⁴ GREGORY S. WALSTON, *Federalism and Federal Spending: Why the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 is Unconstitutional*, in *University of Hawai'i Law Review*, 23 (2000-2001), p. 480.

⁶⁵ *Pounders v. Kempken*, 79 F. App'x 941 (8th Cir. 2003).

⁶⁶ MORGAN F. JOHNSON, *op. cit.*, p. 620.

al carcere, “è sufficiente spostare persone e corpi all’interno di quel luogo perché improvvisamente le forme di concettualizzazione di essi mutino e con esse anche le connesse prerogative normative. Dignità, libertà, autode-terminazione, esigenze igienico-sanitarie, alimentari – giusto per fermarsi ad alcuni aspetti – dentro la prigione mutano statuto”⁶⁷. Non è ovviamente un problema che riguarda solo gli Stati Uniti, anzi. La giurisprudenza europea della Corte di Strasburgo è intervenuta più volte in materia di tutela dei diritti dei detenuti, sottolineando come violazioni di essi si verificano in praticamente tutti gli Stati firmatari della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo.

Il carcere è “un terreno privilegiato per testare le politiche della laicità e del pluralismo in direzione inclusiva, quale espressione del mosaico multi-culturale e multireligioso dell’odierna società civile”⁶⁸. In questo senso, sono particolarmente interessanti gli spunti che provengono dalla giurisprudenza statunitense, calata in una realtà multiculturale molto ricca, che deve altresì fare i conti con un sistema separatista che non tollera eccessive commistioni tra poteri pubblici e religioni. Ad oggi, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è intervenuta due volte in materia di libertà religiosa dei detenuti, con le sentenze *Jakobski v. Poland*⁶⁹, del 7 dicembre 2010, e *Vartic v. Romania*⁷⁰, del 17 dicembre 2013; in entrambi i casi ha concluso che sussistesse una violazione del diritto di libertà religiosa di due detenuti ai quali le autorità del carcere avevano negato la possibilità di alimentarsi secondo le regole previste dalla loro fede religiosa di appartenenza⁷¹.

Negli Stati Uniti, la consapevolezza della facilità con la quale in carcere può essere violato il diritto di libertà religiosa dei detenuti⁷² ha portato per-

⁶⁷ ADRIANO CANCELLIERI, MARIO RICCA, *Ubiquità planetaria nei condomini. Microspazi di convivenza, corologia interculturale e diritti umani*, in CALUMET – intercultural law and humanities review (www.calumet-review.it), p. 17 (consultato il 15 febbraio 2016).

⁶⁸ ADELAIDE MADERA, *Le pratiche religiose nelle comunità segreganti*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 201.

⁶⁹ E.C.H.R., n. 18429/06.

⁷⁰ E.C.H.R., n. 14150/08.

⁷¹ Sul tema dell’importanza dell’alimentazione religiosa si rinvia a ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, MARIACHIARA TALLACCHINI, *Cibo e religione: diritto e diritti*, Tricase (LE), Libellula, 2012; ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l’anima*, Tricase (LE), Libellula, 2015; ANTONIO FUCCELLO, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Torino, Giappichelli, 2016. In particolare, sulla questione dell’alimentazione religiosa in carcere, cfr. MIRIAM ABU SALEM, *La libertà religiosa alimentare nelle strutture carcerarie*, in ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l’anima*, cit., pp. 255-294.

⁷² Sulla violazione della libertà religiosa dei detenuti nelle carceri U.S.A. cfr. KRIS BANVARD, *Exercise in Frustration? A new Attempt by Congress to Restore Strict Scrutiny to Governmental Burdens on*

ciò alla predisposizione di una legge speciale, che secondo la Corte Suprema non solo non viola la *establishment clause*, ma è necessaria per garantire l'ampia tutela della libertà religiosa prevista dal I emendamento.

Il carcere rappresenta dunque, di qua e di là dall'oceano, un banco di prova rispetto alla tutela effettiva dei diritti individuali nelle società multiculturali, un ambito nel quale verificare l'effettività di principi quali la libertà religiosa e la non discriminazione, diventando da luogo di segregazione e quindi di esclusione, un ambiente nel quale sperimentare modelli di convivenza esportabili anche all'esterno delle sue mura.

Religious Practice, in *Capital University Law Review*, 31 (2003), p. 286; ANNE Y. CHIU, *When Prisoners are Weary and their Religious Exercise Burdened, RLUIPA Provides Some Rest for their Souls*, in *Washington Law Review*, 79 (2004), pp. 999-1028; ETHRIDGE B. RICKS, *op. cit.*, p. 567, ritiene che l'emanazione del RLUIPA sia stata resa necessaria dall'arbitrarietà con la quale veniva trattato il diritto di libertà religiosa dei detenuti.

Güler e Uğur c. Turchia: la tutela della libertà religiosa nel rispetto della normativa statale turca

SARA SCALA

1. Premessa

Siamo molto lontani dall'idea, frequentemente caldeggiata, di un futuro ingresso della Turchia nell'Unione Europea¹.

Le vicende politiche, legislative e giudiziarie sono espressione di una paese a due facce: la prima ci presenta la "Turchia kemalista" come uno dei paesi più occidentalizzati per i principi democratici contenuti nella sua Costituzione²; la seconda, quella più vera e "reale", ci presenta la sostanziale estraneità turca alla cultura e al pensiero dei paesi europei³.

Rispetto a quest'ultima considerazione, si rileva che un ostacolo alla

¹ In data 3 ottobre 2005, con le riserve di Austria e Cipro, sono iniziati i negoziati di adesione della Turchia nell'Ue, condizionati al riconoscimento da parte turca della repubblica cipriota, all'abbandono dell'occupazione militare della parte settentrionale dell'isola e alla continuazione nel processo di riforme nel campo del diritto e delle libertà civili.

² Cfr. STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Fenotipi della laicità costituzionale in Turchia* (*Türkiye Cumhuriyeti*), in *Diritto e religioni*, n. 2, 2007, p. 151 ss.; V. *Refah Partisi e altri c. Turchia*, 13 febbraio 2003, in <http://hudoc.echr.coe.int>; V. *Leyla Şahin c. Turchia*, 10 novembre 2005, <http://hudoc.echr.coe.int>; sul tema la Corte Costituzionale turca ha affermato che la laicità (*laiklik*) «è una delle condizioni indispensabili della democrazia in ragione dell'esperienza storica del paese e delle peculiarità della religione musulmana. Essa vieta allo Stato di manifestare una preferenza per una religione o una credenza precisa e costituisce il fondamento della libertà di coscienza e dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Infatti, con l'adesione al principio di laicità, i valori fondati sulla ragione e sulla scienza hanno sostituito quelli dogmatici, accelerando il processo di civilizzazione, e permettendo alle persone di credenze diverse di vivere insieme, grazie all'atteggiamento egualitario delle autorità pubbliche nei loro confronti. La laicità è l'essenza filosofica della vita nel paese».

³ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla relazione 2013 relativa ai progressi compiuti dalla Turchia*, [2013/2945(RSP)] ove, pur riconoscendo che la Turchia, in virtù della sua economia, della posizione geografica strategica e del ruolo importante che riveste nella regione, costituisce un partner strategico per l'UE sottolinea la necessità di ulteriori riforme per superare gli ostacoli all'adesione, par. 15, 17, 27 e 28, in <http://www.europarl.europa.eu>; cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2014 sull'azione della Turchia che creano tensioni nella zona economica esclusiva della Repubblica di Cipro* [2014/2921(RSP)], par. 1, 4 e 9.

piena realizzazione di una società democratica e pluralista nella “*Türkiye Cumhuriyeti*”⁴, è la mancanza di un’adeguata protezione della libertà religiosa.

Il presente lavoro si propone di analizzare *in primis* il caso Güler e Uğur c. Turchia, e le vicende storiche che l’hanno animato, al fine di porre l’attenzione sul tema della libertà religiosa, quale elemento costitutivo per gli Stati membri CEDU delle moderne società democratiche.

Successivamente, il *focus* della ricerca si concentrerà sulle caratteristiche proprie della libertà religiosa di cui all’art. 9 CEDU⁵, e sugli strumenti sostanziali di tutela, con un riscontro concreto nel caso suddetto.

All’interno di questo quadro, sarà approfondita la funzione di garanzia della Corte europea dei Diritti dell’Uomo nel rispetto del principio di sussidiarietà.

2. *Affaire Güler e Uğur c. Turchia: violazione dell’art. 9 CEDU*

Il caso Güler e Uğur c. Turchia qui in esame ha origine dalla condanna di due cittadini turchi, di etnia curda⁶, alla reclusione per dieci mesi con l’accusa di propaganda a favore di un’organizzazione terroristica.

I due ricorrenti, il 21 agosto 2006 partecipavano a una cerimonia religiosa (*Mevlut*) all’interno della sede del DTP (Partito Demokratik Toplum), per commemorare tre membri dell’organizzazione illegale PKK (Partito dei lavoratori del Kurdistan)⁷, uccisi in un’operazione di polizia delle forze di

⁴ Il termine in lingua turca indica la Repubblica di Turchia.

⁵ Sul tema occorre ricordare che l’art. 9 CEDU, comma primo, riproduce, senza sostanziali variazioni, l’art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, proclamata dall’Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; testo al quale non è mai stato attribuito carattere vincolante, in quanto non soggetto a ratifica; tra gli altri strumenti di tutela a livello internazionale si evidenzia, inoltre, l’art. 14 della *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo* (il bambino ha il diritto di libertà di pensiero, di coscienza, di religione. I genitori hanno il diritto e il dovere di guidare i figli e in tale compito devono essere lasciati liberi di seguire le idee in cui credono), e l’art. 12 della *Convenzione Americana sui Diritti Umani* (ognuno ha diritto alla libertà di coscienza e religione. Tale libertà include la libertà di mantenere o di cambiare la propria religione o credo, nonché la libertà di professare o di diffondere la propria religione o il proprio credo, sia individualmente sia insieme ad altri, in pubblico o in privato ecc.).

⁶ Cfr. ALAN DARWISH, *Kurdistan. Una nazione smembrata*, Ediesse, Roma, 1996, p. 15 ss.; cfr. ALAN DARWISH, *Il popolo kurdo e il diritto all’autodeterminazione*, Edizioni Cultura della Pace, Firenze, 1997, p. 17 ss.; cfr. ZUHAR ADBUL-MALEK, *I Kurdi e il Kurdistan: tra domande e risposte*, traduzione di ALAN DARWISH, Ediesse, Roma, 2002.

⁷ Si tratta di un movimento politico clandestino armato, sostenuto dalle masse popolari (prevalentemente agricole) del sudest della Turchia, zona popolata dall’etnia curda. La nascita ufficiale del PKK risale al 27 novembre 1978 ad opera del suo attuale leader Osman Ocalan cfr. il sito ufficiale

sicurezza.

In data 3 ottobre 2006 venivano denunciati con una lettera anonima, accompagnata da un CD contenente la registrazione dell'evento suddetto.

Successivamente, il 28 dicembre 2006 Güler veniva arrestato e preso in custodia. Il giorno dopo si procedeva al suo rilascio.

La questione veniva sottoposta alla giurisdizione della Corte d'Assise di Ankara⁸ la quale, il 24 settembre 2008, pronunciava la condanna a 10 mesi di carcere sulla base dell'art. 7, § 2, della L. n. 3713⁹.

In particolare, la motivazione della sentenza si articolava su due punti fondamentali:

- a) la cerimonia religiosa si era svolta in memoria di membri di un organizzazione terroristica;
- b) esistevano seri dubbi sui reali motivi del raduno, in considerazione del fatto che il luogo scelto era la sede di un partito politico nel quale i simboli di un'organizzazione illegale risultano ben visibili.

In data 8 marzo 2010 la sentenza veniva confermata da una sentenza definitiva della Corte di Cassazione, e i ricorrenti venivano sottoposti a detenzione.

I due cittadini turchi si rivolgevano, quindi, alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione degli artt. 7, 9, e 11 della Convenzione.

Precisamente, sostenevano che la condanna si basava sulla loro partecipazione a una cerimonia religiosa, e che la rilevanza penale di quest'ultima non era sufficientemente prevedibile sulla base dell'art. 7, § 2, della Legge antiterrorismo n. 3713.

In considerazione della formulazione e del contenuto delle denunce, la Corte riteneva che la questione doveva essere esaminata alla luce di quanto disposto dall'art. 9 della CEDU¹⁰, e a tal fine ne evidenziava il contenuto

del partito <http://www.pkkonline.com>; il PKK nel 1997 è stata inserita nella lista delle "Foreign Terrorist Organizations" dal Segretario di Stato Americano, cfr. <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>; dal 2002 è incluso nelle liste corrispettive dell'Unione Europea, cfr. *Council Decision 2002/334/EC* of 2 May 2002.

⁸ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, par. 11, di fronte a codesta giurisdizione i ricorrenti sostenevano che "ils avaient participé à la cérémonie pour remplir leurs obligations religieuses".

⁹ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 15-16, «la prima parte dell'articolo 7, § 2 della legge n. 3713 sulla lotta contro il terrorismo, come era in vigore all'epoca dei fatti, così recita: chiunque fa propaganda per un'organizzazione terroristica deve essere condannato ad una pena detentiva da uno a cinque anni».

¹⁰ Ai sensi dell'art. 9 CEDU «ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la

giuridico e l'ambito di applicazione¹¹.

Diversamente, il Governo turco respingeva le suddette argomentazioni, e sosteneva che l'art. 9 CEDU non doveva essere applicato al caso *de quo*.

Difatti, riteneva che la scelta dei locali di un partito politico per lo svolgimento di una cerimonia commemorativa a favore di tre membri di un'organizzazione terroristica, e l'esposizione dei simboli di quest'ultima, dimostravano che i partecipanti perseguivano uno scopo politico e non religioso.

Pur tenendo conto delle suddette argomentazioni, secondo la Corte europea risultava invece pacifico che le parti avessero partecipato al *Mevlut*, ossia un rito religioso comunemente praticato dai musulmani in Turchia, e che era irrilevante che i morti fossero o meno membri di un'organizzazione illegale.

Il fatto poi che la cerimonia si fosse svolta nei locali di un partito politico in cui erano presenti i partecipanti non privava i medesimi della protezione sancita all'art. 9 della CEDU.

Pertanto, la condanna alla reclusione ai sensi dell'art. 7, § 2, della L. n. 3713, costituiva per la Corte di Strasburgo una reale ingerenza nel diritto dei ricorrenti alla libertà di manifestare la propria religione¹².

propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

¹¹ Sul tema, la *Grande Chambre* ricorda che la libertà di pensiero di coscienza e di religione è uno dei fondamenti di una "società democratica" ai sensi della Convenzione. Come già affermato nel caso *Buscarini e altri c. San Marino* (18 febbraio 1999), questa libertà è nella sua dimensione religiosa, uno degli elementi essenziali dell'identità dei credenti e della loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici, e gli indifferenti. Il pluralismo può esistere fin quando vi è libertà di avere o non una religione e di praticarla o meno. La libertà religiosa non si esaurisce comunque solo in ciò, essa è anche espressione di una duplice dimensione privata e pubblica, individuale e collettiva. La Corte sottolinea, riprendendo concetti già esaminati nel caso *Cha're Shalom Ve Tzedek c. Francia* (27 giugno 2000), che la libertà di religione è in primo luogo una questione di coscienza individuale, da ciò ne deriva la libertà di manifestare la propria religione da soli e nella cerchia di coloro che hanno la stessa fede.

¹² La Corte dichiara per cinque voti contro due, che vi è stata una violazione dell'articolo 9 della Convenzione. La decisione riporta anche i pareri dissenzienti (ai sensi dell'articolo 45 § 2 della Convenzione e 74 § 2 del Regolamento della Corte) dei due giudici Sajó e Keller i quali condividono con la maggioranza che vi è stata violazione della Convenzione perché dalla formulazione dell'articolo 7, § 2, della legge n. 3713 e dall'interpretazione della Corte d'Assise di Ankara e della Corte Suprema non era possibile per i ricorrenti prevedere la rilevanza penale della partecipazione a una cerimonia religiosa. Tuttavia, ritengono che la Corte avrebbe dovuto esaminare le censure dei ricorrenti secondo l'articolo 11 della Convenzione e non, come ha fatto, secondo l'articolo 9; v. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 3 «*dans la plupart de ces affaires, la Cour a estimé que les faits invoqués par l'intéressé relevaient plus particulièrement du champ d'application de l'article 11 et elle n'a donc examiné les griefs que sous l'angle de cette disposition. Par exemple, la Grande Chambre a analysé la dissolution d'un parti politique en Turquie sous l'angle de l'article 11,*

3. Il ruolo fondamentale della libertà religiosa

Dalla sentenza, in esame, emergono le seguenti questioni:

- a) la libertà religiosa è fondamento di una società democratica¹³?
- b) la tutela della libertà di manifestare la propria religione è illimitata oppure può essere circoscritta?
- c) i limiti imposti alla libertà religiosa sono insindacabili?

In ordine al primo quesito, il giudice europeo sottolinea che la dimensione religiosa¹⁴ costituisce uno degli elementi più vitali per l'identità e la concezione della vita dei credenti, ma è anche, al contempo, un bene prezioso per gli atei, gli scettici, gli agnostici e gli indifferenti.

Questo passaggio della sentenza (n. 34)¹⁵, elaborato dalla giurisprudenza CEDU nella seconda metà degli anni novanta, costituisce la pietra angolare per l'esistenza di una società democratica¹⁶, costantemente a rischio a causa dei numerosi attacchi ai diritti fondamentali dell'uomo.

et elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner séparément l'allégation relative à une violation des articles 9, 10, 14, 17 et 18 de la Convention car ces griefs portaient sur les mêmes faits que ceux considérés sur le terrain de l'article 11».

¹³ «La riflessione più recente sembra venire scoprendo, anche nell'ambito del pensiero laico, che non può sussistere un ordinamento democratico, così come non può sussistere un sistema economico basato sul libero mercato, se non c'è dietro un'etica forte [...] nel senso cioè che il rispetto delle leggi naturali di mercato, può aversi soltanto laddove vi siano dei valori forti, che vengono prima del sistema economico e sono fuori di esso. Si pensi all'etica della responsabilità, dell'affidamento, del rispetto della parola data, dell'onestà e della sincerità. Se nei singoli individui e nel corpo sociale questi valori etici non sono fortemente radicati e sentiti, allora non c'è nessuna garanzia che le leggi del libero mercato siano rispettate, essendo la loro effettività sostanzialmente riposta nella volontà dei singoli di adeguarvisi. Ciò che vale per l'economia, vale anche ed a maggior ragione per una società democratica. La democrazia, come insegna tutto il pensiero occidentale da Aristotele a noi, è certamente la forma meno imperfetta di governo civile, ma proprio per questo essa richiede un livello maggiore di consapevolezza e di responsabilità nei consociati, che sono chiamati a partecipare attivamente alle scelte per il bene comune. Essa postula, cioè, un sentire alto, un'etica forte, grazie a cui il rispetto delle regole della convivenza è rimesso anzitutto e soprattutto nella coscienza degli individui, piuttosto che nel timore della sanzione da parte dell'autorità». GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonista delle relazioni fra chiesa e comunità politica*, III edizione, AVE, Roma, 2007, cit., pp. 213-214.

¹⁴ Sull'argomento si noti che non c'è alcuna definizione in dottrina o nelle fonti internazionali ed europee, tuttavia con il termine "*beliefs*" ("*convictions*" in francese) si riferisce a posizioni che raggiungono «un certo grado di forza, serietà, di coerenza e d'importanza», cfr. *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, 25 febbraio 1982, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁵ Cfr. Güler e Uğur c. Turchia, 2 dicembre 2014, cit., par. 34 «*la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention*», in <http://hudoc.echr.coe.int>; cfr. *Buscarini e altri c. San Marino*, [GC], no. 24645/94, § 34, ECHR 1999-I.

¹⁶ L'orientamento della giurisprudenza, quanto al significato della formula "società democratica", pare orientata a ritenere che con essa «si debba intendere soprattutto una società ispirata al pluralismo sociale, il quale a sua volta si veda riflesso realmente in un regime istituzionale sottoposto alla preminenza del diritto e, al tempo stesso al principio della separazione dei poteri», cfr. JAVIER

È una svolta giuridica, ma anche una conquista sociale destinata ad assicurare concretamente il pluralismo¹⁷ e la tolleranza¹⁸ sociale, qualità essenziali e imprescindibili per la sussistenza di una società democratica.

Com'è noto, il ruolo fondamentale della libertà religiosa appare ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte, ma prima della sentenza Kokkinakis¹⁹ suscitava poca attenzione rispetto ad altri diritti CEDU²⁰.

Tradizionalmente, in un contesto culturale più ampio e non solo giuridico, il fattore religioso è stato considerato quale realtà estrinseca, se non addirittura contraria alla democrazia, a causa sia dei suoi contenuti dogmatici, cui si dovrebbe adesione senza poter esercitare una vera libertà; sia della presunta irrazionalità dei sistemi etico-giuridici delle religioni. Questa concezione è manifestamente fallita, e la dottrina ha evidenziato la necessità di transitare da un sistema che vede il rapporto religione-ordinamento politico pensato in termini d'identità-opposizione, a un sistema imperniato sul principio di differenza-complementarietà²¹.

Il processo, ancora in evoluzione, testimonia come la religione non sia solo un fatto meramente privato, pertanto privo di rilevanza, ma assuma un carattere determinante nella vita pubblica dell'uomo, influenzando gli attuali sistemi normativi statali senza prevaricarli.

MARTÍNEZ-TORRÓN, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'Uomo*, n. 2, 1993, pp. 366-367.

¹⁷ Cfr. FRANCO BOLGIANI, FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, ROBERTO MAZZOLA, *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, il Mulino, Bologna, 2006; cfr. PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *Atas do i Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 12 ss.

¹⁸ Cfr. CONSIGLIO D'EUROPA, *Raccomandazione* del 2 febbraio 1993, n. 1202, *Tolleranza religiosa in una società democratica*, par. 6, 11 e 15, in <http://www.assembly.coe.int>; tale concetto è stato ribadito nella Raccomandazione della medesima Assemblea il 27 gennaio 1996, n.1396 (*Religion and democracy*) con la quale si afferma che «*Democracy and religion need not be incompatible; quite the opposite. Democracy has proved to be the best framework for freedom of conscience, the exercise of faith and religious pluralism*», cit., par. 6. Questa Raccomandazione è stata poi adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 21 settembre 2001, lì dove s'è affermato che «*religious pluralism is an inherent feature of the notion of a democratic society*».

¹⁹ Cfr. *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, in <http://hudoc.echr.coe.int>; come è stato scritto, con questa pronunzia viene rotto il "muro del silenzio" che fino a quel momento aveva diviso la norma in esame dalla giurisprudenza della Corte: SILVIO FERRARI, *Dalla libertà religiosa ai rapporti tra Stati e religioni. Un'analisi politico-religiosa della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Per Francesco Margiotta Broglio*, vol. realizzato da SILVIO FERRARI, s.l., 2011, cit., p. 13.

²⁰ Spesso si verificavano le seguenti due possibilità: o il diritto alla libertà religiosa era tutelato in via indiretta o complementare essendo richiamato in relazione alla violazione di un altro diritto, o diversamente poteva capitare che entrasse in conflitto, senza prevalere, con un altro diritto della CEDU, cfr. JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *La dimensione istituzionale della libertà religiosa*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di PASQUALE GIANNITI, Zanichelli, Bologna, 2015, p. 1065.

²¹ Cfr. ANDREA BETTETINI, *La dimensione individuale della libertà di religione*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., pp. 1031-1059.

Attualmente sia la norma giuridica, che codesta giurisprudenza sono nel senso di riconoscere e garantire il ruolo fondamentale della libertà religiosa nelle società democratiche.

Entrambi i livelli di tutela, sia in astratto (con la norma giuridica) che in concreto (con le pronunce giurisprudenziali), hanno gradualmente assicurato un rilievo pubblico al fenomeno religioso nelle società contemporanee²², tracciando un distacco netto rispetto al passato²³.

Nella sentenza in esame, il fatto che la Corte ha sentito la necessità di riaffermare il ruolo determinante della libertà religiosa²⁴ non è dettato da mera casualità, ma costituisce un ulteriore baluardo di difesa sia nel caso concreto che per i casi futuri.

Si tenga peraltro presente, che la Corte ha pronunciato una sentenza che fosse espressione non solo della normativa CEDU e della relativa elaborazione giurisdizionale, ma anche dell'evoluzione giuridica internazionale sul tema.

In particolare, la Corte di Strasburgo ha considerato le linee guida adottate dalla commissione di Venezia in materia di sicurezza nazionale/terrorismo, l'Osservazione generale n. 22 del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, e poi ha richiamato alcune norme della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo²⁵ tra cui l'art. 12²⁶ che

²² Cfr. ANDREA BETTETINI, *Sulle relazioni fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *Dir. Eccl.*, n. 1, 2003, p. 911 ss.; cfr. JOSÉ CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 379 ss.; cfr. GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *L'identità religiosa della nuova Europa*, in *Iustitia*, 2000, IV, p. 580 ss.; cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *"Libertà religiosa, pluralismo culturale e laicità dell'Europa. Diritto, diritti e convivenze"*, in *Il Regno*, n. 3, 2002.

²³ In precedenza, l'ex-Commissione (l'organo allora incaricato di decidere sull'ammissione dei ricorsi) si era mostrata poco favorevole all'accettazione dei ricorsi in materia di libertà di religione. Di fatto, tendeva a trattare queste vicende sulla base di una disposizione della CEDU diversa dall'art. 9, cfr. JEAN-PIERRE SCOUPPE, *La dimensione istituzionale della libertà religiosa*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., p. 1065.

²⁴ Cfr. DAVID GARCÍA PARDO, *La Protección Internacional de la Libertad Religiosa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000; BENEDETTO CONFORTI, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 2, 2002, p. 269 ss.; cfr. JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylants, Bruxelles, 2002; cfr. CAROLYN EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

²⁵ La Convenzione è stata firmata il 16 maggio 2005, a Varsavia, dagli Stati membri del Consiglio d'Europa per incrementare l'efficacia degli strumenti internazionali esistenti nell'ambito della lotta al terrorismo, v. in <http://www.conventions.coe.int>; cfr. MIRKO SOSSAI *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012.

²⁶ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 23, «1. Ciascuna Parte provvede affinché l'istituzione, l'attuazione e l'applicazione della criminalizzazione ai sensi degli articoli 5, 7 e 9 della presente convenzione vengano attuati nel rispetto degli obblighi in materia di diritti umani, in particolare del diritto alla libertà di espressione, della libertà di associazione e della libertà di

prevede l'applicazione di quanto disposto agli artt. 5, 7 e 9 della Convenzione "respecting human rights obligations" e tenendo conto del "principle of proportionality"²⁷.

4. Il duplice aspetto e i limiti sanciti dalla CEDU

L'art. 9 CEDU evidenzia due aspetti fondamentali della libertà religiosa²⁸, entrambi meritevoli di eguale tutela:

- un aspetto positivo che si sostanzia nella libertà di avere, di esprimersi e di praticare la propria fede o credenza;
- e in secondo luogo, come facce della stessa medaglia²⁹, un aspetto negativo inteso come libertà di non credere e di poter manifestare pubblicamente tale non credenza, ovvero, *a contrario*, a non essere obbligati a compiere atti religiosi contrari alla propria coscienza³⁰.

Le modalità di manifestazione della libertà in senso positivo e negativo possono riguardare sostanzialmente due ambiti: la sfera interna e individuale, e la sfera esterna e collettiva.

Se consideriamo la dimensione interna, quella che concerne la sfera pro-

religione, come stabilito dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, e dagli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale, quando siano applicabili.

2. L'istituzione, l'attuazione e l'applicazione della criminalizzazione ai sensi degli artt. 5, 7 e 9 della presente convenzione dovrebbero essere soggetti al principio di proporzionalità, al rispetto degli scopi legittimi perseguiti e della loro necessità in una società democratica, e dovrebbero escludere qualsiasi forma di arbitrarietà o di trattamento discriminatorio o razzista».

²⁷ Cfr. MARIA CLELIA CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Esi, Napoli, 1999, p. 129 ss.; cfr. ENZO CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 54-55.

²⁸ Cfr. MATTEO LUGLI, ILIA PASQUALI CERIOLI, INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 94-98.

²⁹ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Torino 1911, rist. Bologna 1992, cit., p. 7, la libertà religiosa è la «facoltà spettante all'individuo di credere quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla»; ID., *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino 1924, rist. Bologna 1992.

³⁰ Cfr. *Buscarini e altri c. San Marino*, 18 febbraio 1999; cfr. *Alexandris c. Grecia*, 21 febbraio 2008; cfr. *Sinan Isik c. Turchia*, 2 febbraio 2010, la Corte sottolinea che «the freedom to manifest one's religion had a negative aspect, namely the right not to be obliged to disclose one's religion»; cfr. *Dimitras e altri c. Grecia*, 3 novembre 2011; cfr. PAOLO DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2000, p. 72 ss., per il quale la libertà di religione significa (tra l'altro) «libertà di non esprimere i propri convincimenti in materia religiosa, nel senso che i pubblici poteri non possono imporre agli individui di dichiarare e manifestare la propria fede religiosa»; cfr. BERNADETTE RAINEY, ELIZABETH WICKS, CLARE OVEY, *Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 416 ss.

priamente personale dell'individuo, possiamo notare che la garanzia predisposta ha carattere assoluto.

L'inviolabilità della dimensione interna deriva dall'assenza di pericolo per l'ordine pubblico e per la libertà degli altri, in tal senso si devono escludere eventuali limitazioni della libertà di avere o meno una credenza religiosa.

Ponendo l'attenzione, più precisamente, sulla libertà di religione *tout court*, l'art. 9 CEDU garantisce il libero esercizio della manifestazione esteriore delle convinzioni religiose e del credo, in forma individuale o collettiva, in privato o in pubblico, lasciando alla discrezionalità dei singoli la scelta fra le diverse forme di realizzazione concreta della spiritualità³¹.

Al riguardo, la norma sancisce quattro diverse modalità di estrinsecazione dei convincimenti religiosi, avvalorate dall'interpretazione giurisprudenziale più consolidata: il rito religioso, attraverso la cui tutela, si è conferita protezione agli atti di venerazione e di contatto con il trascendente; l'insegnamento del patrimonio ideale, anche originale, dei gruppi religiosi, con la libertà di diffusione del messaggio spirituale e del proselitismo (bilanciato da idonee garanzie per la tutela della libertà religiosa individuale); il rispetto di riti religiosi e di abitudini simboliche (abbigliamento religioso e contrasegni di una specifica adesione confessionale); la liceità di scelte comportamentali espressive di specifiche pratiche religiose³².

Queste forme di manifestazione religiosa, com'è noto, attengono sostanzialmente alla dimensione esterna (*rectius*, con il linguaggio canonistico fatto suo dalla Corte, *forum externum*), e l'elencazione disposta dalla norma ci suggerisce l'importanza nonché le possibili conseguenze giuridiche che possono derivare da questa estrinsecazione nella vita sociale della libertà religiosa.

La *Grande Chambre* precisa che, nel caso sopra esaminato, la partecipazione dei ricorrenti alla cerimonia di commemorazione di tre membri del PKK, costituisce un dato pacificamente riconosciuto da entrambe le parti e che, in quanto tale, configura essenzialmente la libera manifestazione della religione islamica da parte dei ricorrenti. Il fatto che si trattasse di un rito

³¹ Cfr. Güler e Uğur c. Turchia, 2 dicembre 2014, cit., par. 35, «la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. En d'autres termes, individuellement ou collectivement, en public comme en privé, chacun peut manifester ses convictions. L'article 9 énumère diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou d'une conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites».

³² Cfr. MARCO PARISI, *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 della Convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo, in Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2009, cit., p. 1525.

funebre e che ha avuto luogo nei locali del PKK, non esclude la protezione prevista dall'art. 9 CEDU per il seguente ordine di motivi:

- a) la nozione di rito comprende anche riti e cerimonie che esprimono la convinzione della gente, nonché i riti funebri³³ (come il *Mevlut* a cui hanno partecipato i ricorrenti);
- b) in secondo luogo, nell'ambito di un rito funebre è irrilevante per la Corte che i defunti siano o meno i membri di un organizzazione illegale³⁴.

Avendo ormai acquisito la certezza che i comportamenti tenuti configurano una manifestazione della libertà religiosa, la condanna alla pena della reclusione, ai sensi dell'art. 7, § 2 della L. n. 3713, costituisce una vera e propria ingerenza del Governo turco.

5. La previsione legislativa: condizione di legittimità delle limitazioni

A questo punto, ci troviamo a dover stabilire se questa interferenza sia stata giustificata, ai sensi dell'art. 9 CEDU, da una "previsione di legge" per perseguire degli scopi legittimi e necessari per una società democratica, oppure sia un'ingerenza priva dei suddetti requisiti.

La questione si è posta nelle medesime condizioni innanzi alla Corte, che dopo aver riscontrato la violazione del primo comma dell'art. 9 CEDU, ha dovuto accertare se tale limitazione fosse giustificata alla luce del secondo comma del medesimo articolo.

Tre sono, com'è noto, i parametri indicati nella norma ed utilizzati dalla Corte per verificare la legittimità dell'ingerenza:

- a) la previsione legislativa³⁵;
- b) il perseguimento di uno scopo legittimo strettamente limitato alla pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, la salute o morale pubblica, oppure la tutela dei diritti e libertà degli altri;

³³ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 18 e 41, «*Le concept de rite comprend les actes rituels et cérémoniels exprimant directement une conviction, ainsi que différentes pratiques propres à ces actes, y compris la construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels, la présentation de symboles et l'observation des jours de fête et des jours de repos*».

³⁴ Il ragionamento della Corte ci conduce a enucleare la fattispecie concreta alla fattispecie astratta, individuando nel comportamento tenuto dagli *applicants*, gli elementi propri della libertà di manifestazione religiosa, e precisamente del rito religioso come previsto dall'art. 9 CEDU, cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 40, 41 e 42.

³⁵ In tema ANTONIO FRANCESCO MORONE, *Il principio di legalità e la nozione di "prevedibilità della legge" nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, n. 2, 2005; cfr. MICHELE DE SALVIA, MARIO REMUS, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura*, Giuffrè, Milano, 2011, pp.18-21.

c) la necessità delle misure³⁶ adottate per assicurare una società democratica, da valutare in concreto e da misurare secondo il criterio della proporzionalità rispetto allo scopo perseguito.

Dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 9 CEDU si riesce a delineare meglio il campo di applicazione della tutela religiosa: come avevamo detto la dimensione interna non può essere soggetta a limitazioni, e ciò si traduce in un obbligo di neutralità dello Stato, che deve astenersi da qualunque interferenza nella sfera della coscienza individuale³⁷; tuttavia, un'altra dimensione, quella esterna, può essere soggetta a possibili limitazioni³⁸ dettate dal legislatore³⁹.

Solo con lo strumento legislativo, è possibile determinare una compressione dei diritti indicati al secondo comma, ed è la convenzione a prevedere gli scopi che giustificano ogni restrizione di tali diritti ed a subordinarli al rispetto dei parametri⁴⁰ della necessità e proporzionalità in una società democratica e pluralista.

La complessità e la delicatezza delle questioni inerenti i rapporti tra i sin-

³⁶ Sulla dottrina del margine di apprezzamento, cfr. FILIPPO DONATI, PIETRO MILAZZO, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* nel vol., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di PAOLO FALZEA, ANTONINO SPADARO E LUIGI VENTURA, Giappichelli, Torino, 2003, p. 65 ss.; cfr. GIORGIO REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self-restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in www.diritti-cedu.unipg.it, febbraio 2010; cfr. ELISA CHIEREGATO, *I rapporti tra la corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi c. Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 2, 2013, p. 401; cfr. CAROLYN EVANS, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 142 ss.; GÉRARD GONZALEZ, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la liberté des religions*, Economica, Parigi, 1997, p. 171 ss.

³⁷ Cfr. RUSAN ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, p. 291; cfr. MALCOM DAVID EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 284 ss.

³⁸ Cfr. JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Article 9 on the European Convention on Human Rights - Freedom of thought, conscience and religion*, Human Rights Files No. 20, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2005, p. 41, «there are two categories of derogation: derogations which are permanent and derogations which are temporary»; cfr. JIM MURDOCH, *Freedom of thought, conscience and religion: a guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights Handbooks*, No. 9, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 2007.

³⁹ Cfr. DONATELLA LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 238-244.

⁴⁰ Cfr. NICOLA COLAIANNI, *L'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) di libertà di religione*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2007, pp. 319-321, ritiene che il limite posto all'art. 9, § 2, CEDU abbia favorito la tendenza della giurisprudenza convenzionale a giustificare restrizioni comprensibili sotto il profilo della storia politica degli Stati, ma in realtà non necessarie (così come richiesto dalla norma) in una società democratica. Questa tendenza, secondo l'A., se confermata in futuro potrebbe dare sostegno alle preoccupazioni e alle obiezioni sollevate sull'effettività delle garanzie previste dalla Convenzione.

goli individui, le confessioni religiose e gli Stati membri configura in primo luogo le autorità locali, come le più adatte alla valutazione e alla decisione del caso concreto in favore di chi si ritenga “vittima” di una (norma, una pronuncia, una prassi posta in) violazione della norma convenzionale.

Ne deriva che il margine di apprezzamento concesso ai singoli Stati membri nel dettare la relativa disciplina, in relazione al contesto specifico (storico, culturale, sociale, politico), risulta essere più ampio⁴¹ rispetto ad altri settori garantiti dalla Convenzione.

Con il margine di apprezzamento degli Stati membri si concretizza essenzialmente quello che è il principio di sussidiarietà⁴²: laddove occorre effettuare un bilanciamento degli interessi o un apprezzamento (segnatamente per le deroghe previste ai § 2, degli artt. 8-11), le giurisdizioni nazionali sono qualificate come le più idonee a prendere tali decisioni.

Si aggiunga che la Corte nell’esercitare la sua funzione di vigilanza non deve sostituirsi alle giurisdizioni e autorità nazionali. In altri termini, gli organi vanno aditi soltanto in via sussidiaria al termine delle procedure dinanzi alle autorità nazionali, poiché quest’ultimi risultano essere più idonei nel valutare le peculiarità e le esigenze locali.

In questa prospettiva si evidenzia che l’attività di vigilanza della Corte si articola, sostanzialmente, su due livelli: il primo concerne un controllo sul rispetto dei parametri indicati nel diritto positivo, mentre il secondo consiste nel valutare se le misure adottate siano proporzionali allo scopo perseguito.

Dei tre parametri valutativi contenuti all’art. 9 ci soffermiamo sul primo che è stato l’unico preso in considerazione nella sentenza *Güler e Uğur c. Turchia*⁴³.

Con il termine “*prévues par la loi*” s’intende la sussistenza di un duplice aspetto: in primo luogo occorre che la fattispecie criminosa sia prevista dal

⁴¹ Cfr. RESEARCH DIVISION, *Overview of the Court’s case law on freedom of religion*, Consiglio d’Europa, Strasburgo, 2013, par. 42, secondo la Corte il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato «*is wider where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it. There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or different Convention rights (see Evans, cited above, § 77)*».

⁴² Il principio di sussidiarietà impone in primo luogo agli Stati parti di riconoscere a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella Convenzione e nei suoi protocolli (art. 1 CEDU) e di garantire a ogni persona che si presume vittima di una violazione della Convenzione un diritto di ricorso effettivo dinanzi a un’istanza nazionale (art. 13 CEDU).

⁴³ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 56, «*Eu égard à ces constats, la Cour estime qu’il n’y a pas lieu de poursuivre l’examen des griefs des requérants pour rechercher si l’ingérence visait un « but légitime » et était « nécessaire dans une société démocratique ». Pareil examen ne s’impose que si le but de l’ingérence est clairement défini par le droit interne*».

diritto interno dello Stato, e in secondo luogo che la disposizione legislativa sia sufficientemente chiara nel definire in quali circostanze e condizioni, le autorità pubbliche siano abilitate a ricorrere a misure che incidono nei diritti tutelati dalla Convenzione⁴⁴.

Nel caso *de quo*, la *Grande Chambre* ha rilevato che l'interferenza con la libertà di religione dei ricorrenti non era prevista dalla legge, in quanto non erano stati soddisfatti i requisiti di precisione e prevedibilità⁴⁵.

La formulazione generica della legge contro il terrorismo non permetteva di prevedere che la semplice partecipazione a una cerimonia religiosa rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 7, § 2, della L. n. 3713, secondo cui "Chiunque fa propaganda a favore di un'organizzazione terroristica sarà condannato a una pena detentiva da 1 a 5 anni".

Fermo restando che era stata individuata la base giuridica per cui i ricorrenti erano stati giudicati colpevoli⁴⁶ di propaganda⁴⁷ per un'organizzazione terroristica, non si poteva considerare sussistente l'altra condizione necessaria della previsione legislativa, ossia il grado di accessibilità della norma antiterrorismo.

In definitiva, la Corte ha ritenuto che, mancando il primo dei tre parametri richiesti dal secondo comma dell'art. 9, non fosse necessario procedere a indagare se l'ingerenza perseguisse uno "scopo legittimo" e fosse "necessario in una società democratica". È richiesta una tale revisione soltanto se l'obiettivo dell'interferenza è chiaramente definito dalla legge.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la *Grande Chambre* ha respinto l'eccezione del Governo turco rilevando la violazione del diritto alla libertà religiosa dei due ricorrenti⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 47; cfr. *Fernández Martínez c. Spagna*, 12 giugno 2014, sull'argomento si sottolineava che il comportamento delle autorità pubbliche costituiva una ingerenza nell'esercizio da parte del ricorrente del suo diritto al rispetto della sua vita privata. L'ingerenza in questione era prevista dalla legge e perseguiva gli scopi legittimi della tutela dei diritti e delle libertà altrui, nella fattispecie quelli della Chiesa cattolica, e in particolare la sua autonomia per quanto riguarda la scelta delle persone abilitate all'insegnamento della dottrina religiosa.

⁴⁵ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, cit., par. 50, «la condition de « prévisibilité » se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité»; cfr. S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995.

⁴⁶ I giudici nazionali avevano condannato i due ricorrenti per i seguenti motivi: le persone a favore delle quali si era svolta la cerimonia commemorativa erano membri di un'organizzazione religiosa, e il luogo scelto per la cerimonia era la sede di un partito politico in cui erano presenti i simboli dell'organizzazione terroristica in questione.

⁴⁷ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, par. 52.

⁴⁸ Cfr. *Güler e Uğur c. Turchia*, 2 dicembre 2014, par. 59, la Corte ha ritenuto sufficienti le conclusioni relative all'art. 9, e pertanto, non ha esaminato perché superfluo «la recevabilité ni le fond le grief tiré de l'article 14 de la Convention».

6. Conclusioni

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *de quo* è frutto di un'attenta valutazione del caso concreto, nonché del quadro legislativo della Repubblica Turca.

In passato, la Corte aveva riconosciuto un certo margine di apprezzamento al Governo turco, mentre nella controversia suddetta tale discrezionalità viene ritenuta non adeguata per la mancanza di un requisito necessario, quello della previsione legislativa.

Nonostante l'attività della Corte sia sempre quello di garantire in modo omogeneo i diritti e le libertà sanciti nella Convenzione, tuttavia è interessante notare come di fronte al tema della libertà religiosa, la tutela offerta non sia sempre la stessa.

Essa varia a seconda del fondamento storico, del contesto legislativo, politico e culturale di uno Stato e, va detto con chiarezza, degli interessi in gioco.

Dal bilanciamento di questi fattori ne deriva un confine "elastico" tra misure ammesse e misure non ammesse.

Ogni compressione dei diritti e delle libertà deve essere oggetto di una valutazione discrezionale dello Stato, ma allo stesso tempo deve conformarsi ai parametri indicati nella CEDU e previsti dalla Corte.

Conseguentemente, il mancato rispetto dei parametri di legittimità costituisce il fondamento di una pronuncia di non ammissibilità della misura adottata dallo Stato parte⁴⁹.

L'effetto della pronuncia in senso negativo, determina una riespansione del diritto o della libertà indebitamente compressa; diversamente, comporta una limitazione del diritto a favore di altri interessi preminenti, come si è verificato per la Turchia in considerazione del principio di laicità⁵⁰ e di neutralità.

⁴⁹ Cfr. *Abmet Arslan e altri c. Turchia*, 23 febbraio 2010, par. 48 e 49, in <http://hudoc.echr.coe.int>; con questa pronuncia la Corte stabiliva che il principio di neutralità non era stato violato. In particolare, sottolineava che l'arresto di alcuni cittadini turchi (127 membri di un gruppo religioso conosciuto come *Azzimendi tarikati* che avevano indossato abiti religiosi in violazione di una legge anti-terrorismo), costituiva una misura sproporzionata e ingiustificata in quanto i ricorrenti si trovavano in luoghi aperti al pubblico e non in edifici pubblici, e si comportavano nel rispetto dell'ordine pubblico.

⁵⁰ Cfr. *Refab Partisi e altri c. Turchia*, 13 febbraio 2003, par. 23, 25 e 67, in <http://hudoc.echr.coe.int>; sebbene il margine di discrezionalità degli Stati nazionali rispetto ai casi di scioglimento di partiti politici sia molto circoscritto, la Corte europea precisa che la Turchia ha legittimamente posto in essere la *Refab's dissolution* per evitare la realizzazione di un progetto politico contrastante con le regole della Convenzione dei diritti dell'uomo, e con *the principle of secularism* alla base della Repubblica Turca; cfr. *Leyla Şahin c. Turchia*, 10 novembre 2005, par. 71 (*the Chamber judgment*), in cui la Corte precisava la mancanza di una violazione dell'art. 9 considerando le restrizioni imposte

Appare evidente che, il ruolo svolto dall'autorità giurisdizionale di Strasburgo è caratterizzato da grande responsabilità perché fornisce una linea guida non solo per il singolo Stato oggetto della controversia, ma anche per tutti gli altri Stati aderenti alla Convenzione e, soprattutto, per coloro che lamentano essere vittime di violazioni dei propri diritti.

La tutela della Corte è fondamentale per assicurare concretezza ai diritti e alle libertà dell'uomo, ma prima del suo intervento, ancora più rilevante è l'azione del singolo Stato.

Lo Stato, in virtù del principio di sussidiarietà, è il soggetto più idoneo a valutare le esigenze della propria società e a tradurle in strumenti normativi adeguati ad assicurare la pacifica e serena convivenza sociale.

Pertanto, il margine di apprezzamento che negli anni è stato elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo se costituisce un principio cardine nel bilanciare le diversità intercorrenti tra gli Stati aderenti alla CEDU, tuttavia necessita di essere mitigato dal vaglio della Corte, al fine di evitare che si traduca in un uso arbitrario a detrimento dei diritti fondamentali dell'uomo.

Alla luce di quanto sopra argomentato, la Repubblica Turca non può limitarsi a sancire solo principi democratici nella propria Costituzione, ma deve attuare un piano di riforme idonee a realizzare una vera e propria società democratica, pluralista e tollerante⁵¹, ponendo fine alla violazione dei diritti e delle libertà dell'uomo⁵², cittadino o straniero, che si trovi nel territorio della Turchia.

dall'Università di medicina di Istanbul per il velo islamico espressione di due principi "*secularism and equality*" che giustificavano la limitazione della libertà religiosa. In altri termini, l'interferenza legale (la Corte Costituzionale Turca aveva precisato che indossare il velo islamico nelle università era contrario alla Costituzione) risultava proporzionata e necessaria per la protezione di una società democratica, in <http://hudoc.echr.coe.int>; cfr. *Karaduman c. Turchia*, 3 maggio 1973; cfr. *Dablab c. Svizzera*, 15 febbraio 2001, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁵¹ Questo programma di riforme costituisce una *condicio sine qua non* per il futuro ingresso del Paese della Mezzaluna nell'Unione europea. Fin quando continuerà a tutelare in maniera sproporzionata la propria nazionalità, unità e integrità territoriale con pregiudizio ai diritti fondamentali dell'uomo, la sua aspirazione europeista si tradurrà in un lungo percorso del quale è difficile individuarne il momento conclusivo.

⁵² Cfr. *Cipro c. Turchia*, 10 maggio 2001, cfr. *Öcalan c. Turchia*, 12 maggio 2005; cfr. *Gözel e Özer c. Turchia*, 6 luglio 2006, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

La progressiva armonizzazione della legislazione finanziaria vaticana in materia di contrasto all'evasione fiscale internazionale. Il FATCA-IGA (Foreign Account Tax Compliance Act - Intergovernmental Agreement, 10 giugno 2015) tra Santa Sede/Stato Città del Vaticano e Stati Uniti d'America

FABIO VECCHI

1. Introduzione. L'universalismo economico, la relativizzazione della sovranità finanziaria petrina ed il nuovo ordine dei rapporti tra Stati

Risale ormai a vari anni fa un mio articolo di commento attorno alla *Monetalis conventio* con la quale, nel 2001, la Santa Sede accettava l'adesione nell'area monetaria euro. L'accordo nummario prevedeva, tra le altre novità, un'aggiornata divisa monetaria in euro in sostituzione del corso legale della lira italiana sul territorio intercluso tra le mura leonine, ed implicava l'ingresso nella dinamica negoziale di un nuovo soggetto-parte istituzionale: l'Europa. Siffatti cambiamenti mi inducevano a riconsiderare l'ipotesi dell'avverarsi di un processo di progressiva relativizzazione della sovranità vaticana¹.

È probabile che la locuzione «affievolimento di sovranità», come ipotesi di lavoro, abbia suscitato, al tempo, perplessità tra gli ecclesiasticisti, anche i più autorevoli, scettici nel ritenere che l'adesione ad un diverso conio metallico, con annessa estensione dell'intervento controllore della Banca Centrale Europea, potesse giustificare quello che, personalmente, ritenevo un significativo sommovimento delle marmoree istituzioni pubbliche dello Stato Città del Vaticano². Reminiscenze storiche, che collegavano strettamente la statualità dell'ordinamento giuridico alla capacità di stampare e gestire un

¹ FABIO VECCHI, *L'affievolimento di sovranità dello Stato Città del Vaticano per assorbimento nell'area monetaria dell'euro*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 113 fasc. 3, Giuffrè, Milano, (2002), pp. 1034-1084.

² Posizione in ogni caso mantenuta da GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni tra Chiesa e comunità politica*, AVE, Roma, 1996, p. 67-68; ID., *La nuova normativa vaticana sulle attività illegali in campo finanziario e monetario*, in *Ius Ecclesiae*, 23 (2011), Serra ed., Pisa-Roma, p. 109.

autonomo conio, capace di assicurare la naturale funzionalità e la fisiologica soluzione economica dell'azione contrattuale attraverso lo scambio sinallagmatico di beni, pesavano su questa mia più immediata valutazione.

Ad anni di distanza prendo atto con soddisfazione, tuttavia, di aver guadagnato un largo seguito di consensi in dottrina, giacché, rotti gli indugi, gran parte degli studiosi oggi si esprimono apertamente, in materia finanziaria e monetaria, in termini di ridimensionamento di sovranità dello Stato petrino³.

Occorre, certo, tener conto dell'ulteriore cambiamento di prospettiva intervenuto negli anni e, direi, nei mesi⁴. All'orizzonte istituzionale internazionale del tempo, si sono via via aggiunte ed incrociate nuove esigenze di regolamentazione condivisa: tutte, in ogni caso, afferenti l'ambito della moneta e delle condizioni che ne assicurassero la legittima circolazione. La novità emergente, e sulla quale occorrerebbe concentrare l'attenzione, è l'inedito interesse del legislatore per la dimensione soggettiva dell'azione economica⁵,

³ Richiamo qui gli scritti degli Autori editi nel bel volumetto curato da ELISABETTA BANI e PIERLUIGI CONSORTI, *Finanze vaticane e Unione europea. Le riforme di papa Francesco e le sfide della vigilanza internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, dei quali proporrò al lettore frequenti rinvii nelle pagine che seguono: PIERLUIGI CONSORTI, *Le riforme economiche di papa Francesco*, p. 19; ANTONIO MARCELLO CALAMIA, *La soggettività dello Stato Città del Vaticano rispetto all'Unione europea. Prospettiva internazionalistica*, p. 103; ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE e la concorrente sovranità finanziaria di Italia e Vaticano*, pp. 132, 138-139 e p. 147. Ad essi si aggiungono: MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane*, pp. 33 ss.; ROMEO ASTORRI, *La soggettività giuridica dello Stato Città del Vaticano rispetto all'Unione europea. Prospettiva ecclesiasticistica*, pp. 61 ss.; ELISABETTA BANI, *La regolazione prudentiale in materia finanziaria nell'ordinamento della Chiesa cattolica*, pp. 151 ss.

A sostegno della tesi dell'«affievolimento di sovranità» possono ancora essere ricondotte le posizioni di DAVID DURISOTTO, *La nuova convenzione monetaria tra l'Unione Europea e lo Stato Città del Vaticano*, in *Archivio Giuridico*, 232, fasc. 1 (2012), Mucchi ed., Modena, pp. 61-101; MARCO VENTURA, *L'eredità di Villa Madama: un decalogo*, in Aa.Vv., *Recte Sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Vol. II. *Diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1277; MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali*, IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, Milano, 2014, p. 80.

⁴ Il costante mutamento del quadro normativo, incidente sui fattori internazionali e di amministrazione interna ai singoli Stati, impone allo studioso la constatazione di quanto le pur puntuali e opportune osservazioni ricavabili da contributi scientifici frutto di incessante indagine, cedano alle ingiurie del «tempo finanziario», in grado di stendere su di essi, anche nel breve periodo, un velo di polvere, con la necessità di ulteriori aggiornamenti.

⁵ PAUL ANAND - CHRIS J. COWTON, *The ethical investor: exploring dimensions of investment behavior*, in *Journal of economic psychology*, 14 (1993), pp. 377-385; GIORGIO BEDOGNI, *Per un profilo etico dei prodotti finanziari*, in Aa.Vv., *Responsabilità sociale dell'impresa e finanza etica*, Egea, Milano, 2002; Commissione "Iustitia et Pax" Elvetica, *Investire in modo responsabile*, Berna, 2000; LUIGI FERRARI - DARIO F. ROMANO, *Mente e denaro*, R. Cortina ed., Milano, 1999; ALAN LEWIS - JOHN C. CULLIS, *Ethical investment: preferences and morality*, in *Journal of Behaviour Economics*, 19 (1990), pp. 395-411; ALAN LEWIS - CRAIG MACKENZIE, *Support for investor activism among UK ethical investors*, in *Journal of Business Ethics*, 24 (2000), pp. 215-222; ALAN LEWIS - PAUL WEBLEY - ADRIAN WINNETT - CRAIG MACKENZIE, *Morals and markets: some theoretical and policy implications of ethical*

per gli operatori finanziari, siano essi i «soggetti intermediari» (banche), o la clientela dei correntisti ed investitori, ossia, per gli attori dei movimenti di capitale (*stakeholders*)⁶. Tali protagonisti della finanza globale indicano la necessità di porre mano alla disciplina di un fattore immateriale che si rivela ormai altamente strategico e condizionante: la trasparenza finanziaria.

L'accordo intergovernativo che mi accingo a commentare, il FATCA, interviene con una disciplina bilaterale a tutela della base imponibile, contro i fenomeni di aggiramento delle leggi tributarie nazionali e di erosione finanziaria di natura elusiva: scritto su misura della Santa Sede/Stato Città del Vaticano⁷ e della peculiare indole pubblica del suo assetto economico, tale accordo finanziario intende bilanciare trasparenza finanziaria e sovranità, nella consapevolezza della natura non commensurabile ed antagonista dei due fattori⁸.

Per la verità, la questione della trasparenza finanziaria, come condizione necessaria ad un mercato legale ed etico, è un'urgenza apparsa da tempo, e ben presente, all'attenzione degli studiosi di estrazione giuridica ed economica⁹. Occorre qui tuttavia sottolineare – e qui introduco un secondo elemento di riflessione – che il dettato dell'accordo finanziario vaticano-statunitense del 2015 apre un capitolo normativo nuovo negli interventi regolatori in materia di trasparenza perché, se questa è la base disciplinare, il

investing, in (a cura di P. Taylor Gooby) AA. Vv., *Choice and public policy: the limits to welfare markets*, London, Macmillan, 1988, pp. 164-182; CRAIG MACKENZIE - ALAN LEWIS, *Morals and markets: the case of ethical investment*, in *Business Ethics Quarterly*, 9 (2007), pp. 439-452; CARL MENDER, *Sul metodo delle scienze sociali*, Liberilibri, Macerata, 1997; RUSSEL SPARKES, *The ethical investor*, Harpes Collins, London, 1995; JOSEPH E. STIGLITZ, *I paesi poveri e l'etica dei potenti*, in *Vita e Pensiero*, 2 (2003), pp. 69-78; SILVANO TAGLIAGAMBE, *Economia ed etica nei sistemi aperti*, in AA.Vv., *Etica della solidarietà ed economia di mercato*, Boria, Roma, 1994; GIULIO TAGLIAVINI, *Gli investimenti etici*, in *Bancaria*, 9 (1996), pp. 78-89.

⁶ Gli *stakeholders* sono il complesso di operatori (fornitori, clienti, azionisti, banche, funzionari pubblici, lavoratori, comunità locali ecc.) con cui l'impresa-azienda entra in contatto per attivare una complessa interazione economica. Negli USA almeno trentotto Stati offrono un riconoscimento legislativo agli *stakeholders*. Il problema che si impone è la libertà di impresa: la dottrina americana, che nella banca individua un intreccio di rapporti virtuosi, riflette sulle conseguenze dell'impatto negativo nascente da un controllo legislativo e dall'invasione della burocrazia sull'«ordine del processo produttivo». Cfr. FLAVIO FELICE, *L'economia di impresa come economia civile*, Quaderni dell'Istituto Acton, n. 2, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 33-37.

⁷ Ricorda la l.V (7 luglio 1929) che istituisce un sistema economico-finanziario pubblico, con l'esclusione, salvo autorizzazione dell'autorità dello Stato, di Istituzioni o operatori privati, MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., p. 50

⁸ Sulla valenza operativa, per la Santa Sede, del concetto di sovranità, non disgiunto dalla condizione giuridica della soggettività, si veda SERGIO FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 36 ss.

⁹ VICTOR UCKMAR, *Il fisco in uno Stato di diritto*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria generale e storia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 783-790.

suo trattamento fa luce su ambiti di esposizione dell'illegalità molto diversificati (antiriciclaggio, antiterrorismo, antievasione della fiscalità): attività criminose concettualmente distanti tra loro, seppur talvolta accessoriamente interrelate, attraverso la mediazione tecnica accomunante dell'attività di istituzioni e operatori finanziari¹⁰.

Il processo di scambio, di intermediazione e di deposito di capitali non solo implica una realtà di complessa analisi, ma impone misure di prevenzione la cui efficacia è direttamente connessa all'alto livello di sofisticatezza tecnica e di condivisione di strumenti operativi tra diversi soggetti di vigilanza in un ambito di cooperazione amministrativa¹¹: è la *voluntary disclosure*, come impegno reciproco alla trasmissione automatica di dati. È, in altre parole, l'affievolimento di una sovranità non più semplicemente statutale, ma delle istituzioni della finanza statutale, attraverso l'aggressione del segreto bancario¹².

Il magistero pontificio trova nelle indicazioni di papa Francesco nuovi spunti di reazione critica all'incedere dell'universalismo economico-finanziario, che nulla condivide con gli afflati universalisti del teocentrismo gregoriano né con la centralità dell'uomo laico di Erasmo, nell'opposizione dialettica tra spiritualità ed istituzionalità¹³. L'universalismo economico si fonda sulle grandi transazioni e sulla massificazione degli spostamenti di capitali in una dimensione di virtualità sovranazionale ad effetti espansivi trasversali, in grado di attrarre su scale immateriali e globali anche la corruzione e l'illegalità¹⁴.

A questo scenario si contrappone il più lento e palese universalismo delle leggi¹⁵. Da parte sua, e secondo una prospettiva ecclesiologica che anima il

¹⁰ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 162; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria: un banco di prova dell'art. 17 TUE e dei principi di collaborazione e cooperazione tra Chiese Stato e Unione*, in AA.Vv., *Recte Sapere*, cit., pp. 947 ss.

¹¹ *Finanza internazionale e agire morale. Contributo alla riflessione*. Ufficio nazionale della CEI per i problemi sociali e del lavoro, n. 43, ed. Paoline, Milano, 2004, p. 20; STEFANO LOCONTE-GIULIA CIPOLLINI, *Voluntary disclosure e patrimoni detenuti in trust*, in Rivista telematica DB, *Dirittobancario.it*, (novembre 2015), p. 1. Per recenti apporti, PIERGIORGIO VALENTE - SALVATORE MATTIA, *Le prospettive nei nuovi standard di trasparenza e cooperazione fiscale*, in *Il Fisco*, 38 (2015), pp. 3645 ss.; ID., *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, 2014, pp. 106 ss.

¹² FABRIZIO CAPPONI-ROBERTA MOSCAROLI, *Voluntary disclosure con riferimento alle disponibilità detenute in Paesi Black list: attualità e prospettive*, in Rivista telematica DB, *Dirittobancario.it*, (novembre 2014), pp. 1 ss.

¹³ PIERLUIGI CONSORTI, *Le riforme economiche di papa Francesco* cit., p. 9.

¹⁴ MARTÍN SANTIVÁNEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede a las políticas contra la corrupción*, in AA.Vv., *Religión y Derecho internacional* (a cura di M.Rodríguez Blanco - J.González Ayesta), Unir, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 183. Lo SCV pur essendo privo di economie di mercato, si comporta, per i volumi di transazioni che movimenta, in modo analogo agli Stati ad economia di mercato. Cfr. ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 170.

¹⁵ PIERO BONARELLI - ENRICO GAIANI, *Lo scambio automatico di informazioni: profili applicativi della*

diritto canonico (cann.1254 e 1256 CIC) e i contenuti solidaristici degli accordi internazionali, la Chiesa aderisce all'identico progetto di trasparenza, di orientamento al *bonum commune* e del perseguimento di una finanza etica a misura dell'uomo¹⁶.

In ultimo, in ragione degli sviluppi e degli orientamenti di politica finanziaria intrapresi dalla società internazionale, l'ordinamento giuridico vaticano, come si vedrà, sta edificando un sistema normativo di tipo binario integrato, legale e convenzionale, di cui il FATCA rappresenta il progresso ad oggi più significativo.

2. *Le opzioni in materia di amministrazione economico-finanziaria della Santa Sede e la conformazione alle leggi internazionali e alla vigilanza sovranazionale*

La stipula degli accordi FATCA si inserisce in un più organico processo di ricomposizione dell'ordine dei rapporti economico-finanziari tra Stati. Lo sviluppo per via di negoziati e convenzioni segnala un percorso attuativo non assimilabile a quello poggiante su un soggetto istituzionale unitario e sovranazionale (es. ONU) in grado di stabilire regole di trasparenza e irrogare sanzioni *erga omnes*, sulla base di una omogeneizzazione legale-amministrativa, a mezzo di trattati multilaterali adesivi¹⁷. Il FATCA, invece, aggredisce gli interstizi di opacità finanziaria per passaggi progressivi, affrontando di volta in volta le leggi dei mercati nazionali, in regime bilaterale privilegiario. Lo scopo volto alla realizzazione di un sistema condiviso di «buone pratiche» finanziarie¹⁸ si incrocia sul crinale della destrutturazione delle regole di condivisione del cd. «patrimonio informativo» di cui le istituzioni finanziarie sono le gelose custodi¹⁹.

L'orientamento di tale sviluppo verso l'integrazione – che abbraccia sia il complesso dei valori confessionali che i principi ispiratori della legislazione

normativa FATCA, in Rivista telematica DB, *Dirittobancario.it*, (dicembre 2015), pp. 1 ss.

¹⁶ JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico*, EUNSA, Pamplona, 2007, pp. 29-30 e, spec. a proposito di trasparenza, p. 33.

¹⁷ L'intesa tra amministrazioni statuali esprime rilevanza strategica sia in ordine alle informazioni acquisite per rogatoria, sia circa l'utilizzabilità delle dette informazioni in sede penale. Cfr. MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 170 ss. e 192 ss.

¹⁸ MARTIN SANTIVÁNEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede* cit., p. 185.

¹⁹ DONATO MASCIANDARO, JULIAN ALWORTH, LUIGI DONATO, ALESSANDRO PORTOLANO, *Centri off-shore tra evasione fiscale, riciclaggio e finanziamento al terrorismo. Mito o realtà?*, in *Etica ed Economia*, Nemetria, Foligno, 6/1 (2004), p. 15.

economica – ha una gestazione di ancor breve periodo, ma già in grado di produrre significativi effetti trasformativi degli assetti stabiliti.

Il 2009 segna il tornante storico su cui si incrociano due eventi destinati a ricapitolare i consuetudinari rapporti tra Chiesa e società civile: da un lato, il Trattato di Lisbona (TUE, art.17) formalizza il mutato rapporto, pubblico e di cooperazione, tra Chiesa ed istituzioni europee, spingendo con decisione i soggetti confessionali ad affrontare nuovi modelli di coinvolgimento negli *standard* normativi in prospettiva allargata, anche nel «processo mercantile» di integrazione economico-finanziaria²⁰.

Il secondo momento, più puntuale, è sancito dalla Convenzione monetaria italo-vaticana del 17 dicembre 2009²¹ che, con l'inclusione dello Stato Città del Vaticano nel sistema bancario dell'area euro, diviene il fulcro di un innovativo *corpus* normativo in materia economica. Questo, varato in pacchetto unitario il 30 dicembre 2010 (leggi vaticane dai nn.CXXVII a CXXX)²², segna l'avvio della trasformazione degli assetti organizzativi dell'amministrazione petrina e dei rapporti economici intrattenuti dallo SCV con l'UE. Diretta conseguenza di ciò, è l'aumentato grado di responsabilità internazionale della Santa Sede in ordine alla partecipazione attiva nell'adozione di misure di contrasto agli illeciti finanziari (ex art.8, Convenzione Monetaria)²³.

Quanto questi avvenimenti abbiano inciso, trasformandole, sulle attività internazionali della Santa Sede e sull'impiego negoziale della qualificazione giuridica soggettiva unitaria (da intendere ai fini della potestà di rappresentanza) della Santa Sede/SCV²⁴, qui necessariamente condizionata dal criterio

²⁰ MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria*, cit., pp. 952-953.

²¹ Com'è noto, i rapporti convenzionali monetari tra Italia e S.Sede hanno origine nella stipula del Trattato lateranense del 1929. Alla firma della prima *Monetalis Conventio* (2 agosto 1930) intesa alla regolamentazione del corso legale e del conio monetario commesso alla Zecca romana, altre ne seguiranno, con cadenza pressoché decennale. Si giunge così agli aggiornamenti più significativi, con la Convenzione monetaria del 3 dicembre 1991 e del 29 dicembre 2009 (abrogativa della precedente), in cui si inserisce il nuovo soggetto pattizio della Comunità Europea. In tal caso, le due ultime Convenzioni monetarie qui menzionate sono state siglate dalla S.Sede (per conto dello SCV) e dalla Repubblica Italiana (per conto della Comunità Europea). Cfr. A.A.S., 102 (2010), pp. 60-65. Per la Convenzione monetaria (20 dicembre 2000), cfr. A.A.S., 93 (2001), pp. 750-756.

²² PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana nel cono d'ombra dell'IOR*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Franco Bolognini*, Pellegrini ed., Cosenza, 2011, pp. 192-194; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 109.

²³ PIERLUIGI CONSORTI, *Le riforme economiche di papa Francesco*, in AA. Vv., *Finanze vaticane* cit., pp. 21-22.

²⁴ È evidente che qui si dica qualcosa di diverso dalla identificazione di un rapporto giuridico che correli entità soggettive tra loro autonome, giacché si focalizza una identificazione diretta di soggetti giuridici apicali (quali sono la Santa Sede e lo SCV). Tale operazione è possibile per il ruolo

della territorialità²⁵, è questione oggetto di attenta riflessione, e da non breve periodo, di molta parte della dottrina²⁶.

Fatto sta che la Convenzione monetaria del 2009 ha imposto alle istituzioni vaticane una scelta opzionale sul *modus adiuvandi* in un contesto economico-finanziario globalizzato, con un rinnovato approccio di tipo amministrativo nella trasparenza e nell'accettazione di procedure condivise di prevenzione e vigilanza (*voluntary disclosure*), incidenti su singoli soggetti, persone fisiche e giuridiche o entità²⁷. Un approccio, va qui ancora sottolineato, che espone per la prima volta la Santa Sede ad inediti profili di responsabilità negoziale²⁸, la cui ampiezza giuridica, seguendo il dettato del FATCA, è tutta da definire in dettaglio. Non va dimenticato, infatti, che, in ordine all'uso dei beni temporali, sul piano strettamente canonistico della questione, la Chiesa rivendica legittimamente la sua natura di ordinamento giuridico di carattere primario (e su quei diritti patrimoniali dichiara un carattere nativo ed indipendente), con ciò sottolineando l'autonomia del dirit-

e la valenza di organo supermo della S.Sede, talmente assorbente, da rendere possibile anche una relazione giuridica, altrimenti improponibile, tra SCV e Chiesa cattolica. Cfr. WALDERY HILGEMAN, *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano. Origine ed evoluzione*, Lateran University Press, CdV, 2012, pp. 37-38. Sulla non agevole soluzione del nesso tra Chiesa cattolica e Santa Sede e nell'impossibilità di prefigurare un rapporto di rappresentanza in senso tecnico (dell'agire l'una in nome e per conto dell'altra) in quanto trattasi di «soggetti giuridici distinti», si veda PIERO BELLINI, *Principi di diritto ecclesiastico*, Brescia, 1982, p. 324. Si veda anche Cass., Sez.Un., 18 dicembre 1979, n.6569 secondo cui: «nella Santa Sede si concentra la rappresentanza della Chiesa cattolica e dello Stato Città del Vaticano».

²⁵ A termini di logica finanziaria, è dirimente, infatti, la circostanza del luogo fisico entro il quale le istituzioni finanziarie si trovino a svolgere la loro attività.

²⁶ Un'esauriente sintesi bibliografica è rinvenibile in PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede* (a cura di C. Cardia), Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 343-347. Per più recenti analisi ed approfondimenti si veda: GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., p. 203; SERGIO FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede* cit., p. 38; SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Curia romana e Stato della Città del Vaticano. Criteri di individuazione dei rispettivi enti*, in *Diritto Ecclesiastico*, 99 (1988), Giuffrè, Milano, pp. 139 ss.; MARIASSUNTA COZZOLINO, *Primi interventi di Papa Francesco per una riforma degli organismi economico-finanziari della Curia romana: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Recte Sapere* cit., Vol. I. *Diritto canonico*, p. 230; GIUSEPPE DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Cedam, Milano, 2012; PIERLUIGI CONSORTI, *Il Vaticano e l'Europa fra euro e IOR*, in *Politica e diritto*, 4, 2011, pp. 505 ss.; ANTONIO MARCELLO CALAMIA, *La soggettività dello Stato Città del Vaticano* cit., p. 106, il quale A., rimarca la singolarità delle circostanze per cui «ambidue i soggetti stipulanti erano rappresentati da due entità giuridiche che hanno una propria personalità giuridica internazionale».

²⁷ A proposito della *voluntary disclosure* nei Paesi OCSE, cfr. MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., p. 57.

²⁸ ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 131. Mette in risalto l'impegno che lo SCV si è assunto con la stipula della Convenzione monetaria del 2009 (art.18), sia in ordine all'adeguamento normativo interno alla legislazione europea, sia riguardo agli strumenti di prevenzione e contrasto agli illeciti monetari, GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 109 ss.

to patrimoniale canonico da leggi e controlli delle autorità secolari²⁹. Sono ben note, lo si accenna di sfuggita, le interferenze funzionali tra gli ordinamenti vaticano e canonico, pur nella loro chiara distinzione disciplinare³⁰.

La stipula dell'accordo FATCA, con gli impegni di trasparenza fiscale ivi contenuti, che scavalcano largamente gli impegni di buona politica monetaria, non sarebbe stata possibile senza il concorso dei precedenti qui esposti.

Si tratta di riforme che hanno testimoniato un progressivo riposizionamento contrattuale dei soggetti stipulanti³¹, ma la cui trasformazione non si è esaurita nel puro piano formale-negoziale, ricadendo, invece, nella piena assunzione dei concreti impegni all'attuazione di efficaci strumenti normativi internazionali di tipo prudenziale condiviso.

Ne segue la peculiare configurabilità di convenzioni «rappresentative», con assunzione di responsabilità generalizzate e con una vistosa riduzione dello *spatium suis legibus uti* degli Stati contraenti³², corrispondente ad un altrettanto significativo aumento di penetranti poteri di controllo e di intervento (di legittimità e di merito) esercitabili da giurisdizioni finanziarie esterne³³. Occorre però aggiungere che se la nota caratterizzante di tale tipologia di patti internazionali bilaterali, ai quali va ricondotto anche l'accordo FATCA, li rendono radicalmente difformi, *iuridica ratione*, dagli accordi concordatari³⁴, si tratta pur sempre di accordi separati, nel cui dettato riposano i caratteri propri di un regime privilegiario, perché non predeterminato da un'autorità superiore.

²⁹ JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., p. 35.

³⁰ WALDERY HILGEMAN, *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano* cit., p. 33. Ricorda SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Curia romana, enti canonici operanti nello Stato della Città del Vaticano o negli immobili "immuni", enti vaticani. Incerti confini e rapporti con il Giudice dello Stato italiano*, in *Recte Sapere*, cit., Vol. II, cit., p. 800, che la l.LXXI (Legge sulle fonti del diritto) del 1 ottobre 2008, riconosce nell'ordinamento canonico «la prima fonte normativa ed il primo riferimento interpretativo» di tutto l'ordinamento vaticano.

³¹ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., pp. 154-159, osserva che l'identificazione S.Sede/SCV in entità unitaria era già fatto compiuto nella Convenzione monetaria del 2009. Dismessa l'intermediazione italiana della precedente *Monetalis Conventio* (2000), lo SCV ora «accedeva in proprio» alle attività di economia bancaria contemplate dal sistema governato dalla BCE, con ciò «affrancandosi» dallo *status* di minorità e di protettorato con l'Italia ed in cui, sino a quel momento, si era automaticamente imposto il rapporto con l'Unione Europea.

³² Così, ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 146. Cfr. anche ANNA RAVÀ, *La banca vaticana nell'Europa delle banche*, in *La Banca Centrale Europea* (a cura di F. Belli e V. Santoro), Giuffrè, Milano, 2003, pp. 37-72.

³³ È ciò che è avvenuto, in sede europea, con l'attribuzione all'UE, attraverso la Banca d'Italia, di poteri di controllo sugli istituti finanziari vaticani, a seguito della stipula della Convenzione monetaria del 2000 e, in seguito, di quella del 2009. Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 218-219.

³⁴ GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica dei concordati*, Giuffrè, Milano, 1963, *passim*.

3. *Il preannuncio di venti di riforma del sistema finanziario vaticano nel magistero pontificio e nella recente legislazione. La l. XVIII (8 ottobre 2013) dello SCV quale normativa preliminare al FATCA*

Il considerevole moto riformatore che sta oggi ristrutturando le volte dell'edificio petrino, in materia finanziaria e, nello specifico settore del diritto patrimoniale canonico, poggia su un solido magistero intessuto nell'orbita della Dottrina Sociale della Chiesa³⁵. Prende l'avvio dal pontificato di Giovanni Paolo II (*Laborem Exercens*, 1981; *Sollicitudo rei socialis*, 1987; *Pastor Bonus*, 1988³⁶; *Centesimus Annus*, 1991³⁷), per compiere, con l'azione profusa da Benedetto XVI e, ora, da Francesco, l'ulteriore consolidamento dei muri maestri. Il ragguardevole processo di aggiornamento si è indirizzato su diversi fronti di organizzazione interna e di interrelazione tra fonti giuridiche statuali ed esterne (internazionali e comunitarie), con l'effetto di archiviare, di fatto, il modello di sovranità statale concepito all'art.11 del Trattato lateranense, in armonia con la mole pattizia eretta nel 1929³⁸: un quadro organico con cui la Chiesa cattolica incassava dal Regno d'Italia, dopo il sopore della *debellatio*, la legittimazione formale di soggetto statale con personalità giuridica internazionale.

La riforma generale dell'ordinamento costituzionale dello Stato Vaticano ha avviato, da un lato, lo smantellamento dei modelli imperanti sull'esercizio dei poteri sovrani delle istituzioni di governo e sulle fonti del diritto domestico³⁹; dall'altro, ha messo mano all'elaborazione, tuttora in corso d'opera,

³⁵ Sulla specificità di tale settore del diritto canonico, in quanto autonoma disciplina giuridica o «diritto amministrativo canonico speciale», vedasi JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., p. 18 e MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, *Introducción al Libro V*, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canonico*, IV/I, Euns, Pamplona, 2002³.

³⁶ ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 139; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 112. Sulla consistente tradizione teologico-dottrinale della Chiesa in materia di etica nell'economia, e gestione economica da parte dei detentori del potere, basti rinviare ai due opuscoli di S. Tommaso: il *De emptione et venditione ad tempus* (2262) e il *De regimine principum ad regem Cypri* (1265). In argomento, v. ORESTE BAZZICHI, *Tommaso d'Aquino*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Enciclopedia Italiana, Appendice VIII, Treccani, Roma, 2012, p. 153.

³⁷ Cfr. anche JOSEPH RATZINGER, *Le encicliche di Giovanni Paolo II*, in *Il pontificato di Giovanni Paolo II, Storia del Cristianesimo 1871-2005*, S.Paolo, Milano, 2006, pp. 81 ss.

³⁸ Secondo l'art. 11 del Tr. Lateranense «gli enti centrali della Chiesa (...) sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano». Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, (a cura di A. Bettetini e G. Lo Castro) Zanichelli, Bologna, 2007², p. 161. Osserva ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 133, che la sovranità riconosciuta alla Santa Sede ex art.11 Tr. Lateranense (e ex art. 7 Cost. it.) non esclude l'eventuale imposizione di limiti all'attività delle Istituzioni finanziarie vaticane.

³⁹ Cfr. la nuova *Lex fundamentalis* 26 novembre 2000. ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., pp. 112-113.

tra slanci e palesi battute d'arresto⁴⁰, di un crescente apparato legislativo ispirato al principio di trasparenza nell'attività economico-finanziaria vaticana⁴¹.

Tale settore si configura per sua natura come un promettente terreno di sperimentazione legislativa, giacché, coinvolgendo necessariamente soggetti e relazioni internazionali, impone modalità di raccordo tra ordinamenti giuridici orientati alla flessibilità e all'apertura. Ciò si è reso manifesto specialmente attraverso la recezione nell'ordinamento vaticano di normative esterne, con l'accettazione consensuale di criteri di armonizzazione e reciprocità nei vantaggi e negli impegni che potevano risultare, in astratto, particolarmente invasivi. La natura dell'ordinamento finanziario, da sempre soggetto ad un mutuo accordo di riserva giurisdizionale ha, certo, amplificato gli effetti di tale novità. Non è mistero che l'attività di amministrazione mobiliare vaticana e gli enti a ciò preposti, abbiano goduto di protezione entro una cortina fumogena che ne ha conservato i caratteri di confidenzialità e garantito uno *status* di felice relegazione. Tale speciale condizione di isolamento ha per lungo tempo concorso ad una immunizzazione degli istituti finanziari vaticani ai moti correttivi e riformisti e di aggiornamento delle strutture di governo posti in essere dai pontificati antecedenti il Concilio Vaticano II⁴².

Detta esigenza di conformazione del diritto vaticano alle leggi economiche vigenti nella comunità internazionale degli Stati ha richiesto, inoltre, una inedita coordinazione (e persino estensione delle potestà giurisdizionali corrispondenti) tra le dimensioni giuridico-ordinamentali del diritto canonico e dello statual-vaticano: ordini normativi coesistenti – ma non confondibili tra loro perché non equipollenti – nel diritto ecclesiale⁴³.

Non è casuale che quel riformismo, riflesso tra leggi amministrative e costituzionali interne allo SCV e ordinamento universale canonico della Chiesa, insista sull'esigenza di operare un'azione di vigilanza, muovendo dalla semplice cognizione, precisa e certa, dei documenti posseduti, siano essi di natura storica, giuridica o economica: questa era la speciale sollecitudine

⁴⁰ Pontificia Commissione *Iustitia et Pax*, Nota «Per una riforma del sistema finanziario e monetario internazionale in prospettiva di un'autorità pubblica con competenza universale». (24 ottobre 2011).

⁴¹ PAOLO CAVANA, *Le Sez. Unite della Cassazione e l'art. 11 del Trattato lateranense*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, maggio 2012.

⁴² GIUSEPPE DALLA TORRE, *L'ordinamento costituzionale vaticano nel suo sviluppo storico*, in appendice a AA.VV., FEDERICO CAMMEO, *L'ordinamento giuridico dello SCV* (rist. anast. del 1932) LEV, CdV, 2005, pp. 483 ss., spec. pp. 494 ss., con estesa disamina delle riforme introdotte da Pio XII in poi.

⁴³ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., pp. 111 ss.; MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, *La canonización de leyes civiles en el Derecho patrimonial canónico*, in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19 (2009) 27ss.

con cui Wojtyła siglava il M.P. «*La Cura vigilantissima*» (21 marzo 2005)⁴⁴.

L'evoluzione in atto della complessa materia coglie oggi, con il FATCA, un'ulteriore progresso che si indirizza, dopo l'avvenuta sottoposizione dello SCV a regole comuni, pur sempre settoriali e stringenti, verso diritti ed obblighi condivisi con la comunità giuridica internazionale nella circolazione monetaria e, poi, antiriciclaggio. Il passo successivo è nell'accettazione ed attuazione del criterio di trasparenza fiscale e nella sostanziale destrutturazione del segreto bancario attraverso principi di vigilanza e modalità di notifica automatica di dati, soggetti a regole attuative che concorrono ad un progressivo svuotamento del dogma della sovranità statale⁴⁵.

Questi eventi invitano, tra l'altro, ad una lettura più ponderata sull'amministrazione della Sede Apostolica nell'era ratzingeriana: l'immagine stereotipa di Benedetto XVI, papa teologo, assorbito nella *turris eburnea* della speculazione dottrinale, non ne coglie minimamente la reale statura di riformatore equo, rigoroso e lungimirante pragmatico interprete di una Chiesa in grave affanno, soffocata dai veleni delle Curia e disorientata nei fini di apostolato. L'Enciclica *Caritas in veritate* (spec. nn. 45-47) offre inequivocabili basi dogmatiche al principio di trasparente onestà che dovrebbe governare le umane intenzioni: precetto che si travasa in una corrispondente trasparenza finanziaria, in tutte le sue modalità di tecnica attuazione⁴⁶ e nei suoi segmenti geografici⁴⁷. Si tratta di incitamenti spirituali tradotti nello spirito delle leggi umane.

Al papa tedesco si debbono, con la firma della citata *Monetalis Conventio* del 2009 e la quadruplicata normativa vaticana introdotta con M.P. «*Per la prevenzione ed il contrasto delle attività illegali in campo finanziario e monetario*» del 30 dicembre 2010⁴⁸ di cui, fondamentali per la forza innovativa e

⁴⁴ Art. 9 §2, Statuto dell'Ufficio del Revisore Generale (1 marzo 2015).

⁴⁵ Sugli standard fiscali internazionali atti allo scambio di informazioni e alla trasparenza prodotti dal FATCA, si veda MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 12 ss.

⁴⁶ ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 137; COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana delle norme sulla prevenzione e il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 52, Marcianum Press, Venezia, (2012), p. 388; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., pp. 951 e 956-957.

⁴⁷ VINCENZO BUONOMO, *Globalizzazione e carità: questioni giuridiche*; FABIO VECCHI, *Sul valore universale della caritas nei sistemi economici neoliberali emergenti, tra vecchie e nuove povertà*, entrambi in AA.VV. (a cura di J. Miñambres), *Diritto canonico e servizio della carità*, Giuffrè, Milano, 2008, rispettivamente a pp. 345 ss. e pp. 495 ss.

⁴⁸ Si consulti GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 112 che ne sottolinea il duplice e notevole effetto: 1. L'estensione della normativa vaticana (sul riciclaggio) ad enti di diritto canonico (ossia, sottratti per loro natura al diritto vaticano); 2. L'estensione della giurisdizione vaticana su vigilanza e controllo a soggetti esenti (Dicasteri di Curia; Organismi ed enti dipendenti dalla S. Sede). Osserva ANTONIO MARCELLO CALAMIA, *La soggettività dello Stato Città del Vaticano* cit., pp. 46-47,

definitoria sono, specialmente, le l. CXXVII⁴⁹ – che anticipa nozioni cardine, poi rinvenibili nell'accordo FATCA, quali «attività di natura finanziaria» (art.1.1) e le cd. «attività svolte professionalmente» (art.1.2) – e la l. CXXVIII⁵⁰. Normative così dirompenti, e tali da ampliare materialmente lo spazio del diritto penale positivo vaticano, al punto da risultare, per paradosso, la leva legale di un aggiornamento incessante⁵¹, volto ad ottimizzare i risultati raggiunti e aderire alle sempre crescenti esigenze di efficienza nel contrasto internazionale alle pratiche di illegalità finanziaria⁵².

E qui, sul segmento del cammino tracciato dal predecessore, si inserisce il contributo riformatore di papa Bergoglio. Il M.P. «*Per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa*» (8 agosto 2013) fa da battistrada ad una serie di importanti iniziative di riforma finanziaria, che includono significative ricomposizioni negli equilibri giurisdizionali interni⁵³. Il primo interven-

che a tali norme si devono i controlli nelle attività finanziarie ma anche una notevole innovazione nel diritto penale vaticano, che tende alla corrispondenza con la legislazione europea, (si pensi al reato di cd. autoriciclaggio), con «l'introduzione di un numero considerevole di illeciti penali, rispondenti alle odierne configurazioni della criminalità in materia economico-finanziaria e di terrorismo internazionale». Sulla rivoluzione prodotta nella vigenza delle fonti interne dell'ordinamento giuridico ecclesiale, con «l'ormai sicura prevalenza in materia economica del diritto vaticano rispetto al diritto canonico», cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria* cit., p. 25.

⁴⁹ L'art.1.1 della l. n. CXXVII/2010 (sulla prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi da attività criminose e del finanziamento del terrorismo) propone un ventaglio di definizioni, quali: «titolare effettivo», «dati identificativi», «banca di comodo», «servizi di pagamento», «operazioni collegate», «conti di passaggio», «prestatore di servizi di pagamento», «strumenti finanziari», «prestazione professionale», ecc.

⁵⁰ La l. n. CXXVIII/2010 (sulla frode e contraffazione delle banconote e monete in euro).

⁵¹ Lo stesso Benedetto XVI, con M.P. «*La Sede Apostolica*» (30 dicembre 2010), introduceva una modifica all'impianto originario della l. n. CXXVII, estendendone gli effetti. Così, MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., p. 47. Vedi anche MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., p. 961.

⁵² La l. del 2010 è stata ulteriormente adeguata, «in maniera non trascurabile». Nel gennaio 2012 la legge n.CXXVII originaria è stata modificata con decreto del presidente del Governatorato dello SCV, n.CLIX confermato con l. della Pontificia Commissione per lo SCV, n.CLXVI del 24 aprile 2012, e nel dicembre 2012 (con l. della Pontificia Commissione per lo SCV, n.CLXXXV del 14 dicembre 2012).

⁵³ Non solo qui si afferma la partecipazione della Santa Sede: «(...) agli sforzi della Comunità internazionale volti alla protezione e alla promozione dell'integrità, stabilità e trasparenza dei settori economico e finanziario e alla prevenzione ed al contrasto delle attività criminali» e la continuità di intenti di Francesco con Benedetto XVI, ma è chiaramente formalizzato l'obbligo in capo a tutti «i Dicasteri di Curia Romana e gli altri organismi ed enti dipendenti dalla Santa Sede, nonché le organizzazioni senza scopo di lucro aventi personalità giuridica canonica e sede nello Stato della Città del Vaticano [ad osservare, tra l'altro, le leggi] in materia di (...) vigilanza prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria» (art.1, c). Tali misure sono ulteriormente rafforzate dal provvedimento di estensione della giurisdizione vaticana su tutti i soggetti ed organismi di natura canonica (art.3).

to appare con il decr. del presidente del Governatorato dello SCV del 25 gennaio 2012 n. CLIX, confermato dalla l. 24 aprile 2012, n. CLXVI, con il quale è stata modificata la l. CXXVII⁵⁴. A questo, sono poi seguiti ulteriori emendamenti normativi⁵⁵.

È davvero pregnante il diretto legame tra la l. XVIII (l. 8 ottobre 2013 di conferma da parte della Pont. Commissione per lo SCV, del decr. n. XI del presidente del Governatorato, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza e informazione finanziaria), con il contenuto dell'accordo FATCA. Sono già presenti nella legge vaticana, – cui non casualmente Dominique Mamberti dedicherà un apposito e sintetico articolo illustrativo⁵⁶ –, quei criteri-guida su cui ruotano le disposizioni antievasive fiscali alle quali papa Francesco attribuirà immediatamente forza estensiva⁵⁷ e che, di lì a poco, la Santa Sede/SCV renderà imperative nelle relazioni bilaterali con le autorità statunitensi⁵⁸.

⁵⁴ COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., pp. 385-386 e ss.

⁵⁵ l. 14 dicembre 2012, n. CLXXXV, cui è succeduto un decr. del presidente del Governatorato SCV 8 agosto 2013, n. XI, confermato dalla l. 8 ottobre 2013, n. XVIII. Un'altra riforma è stata realizzata con le l. dell'11 luglio 2013, nn. VIII (*Norme complementari in materia penale*) e IX (*Modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale*), a cui segue la l. n. X (*Norme generali in materia di sanzioni amministrative*). Così, ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., pp. 119-121 e spec. p. 123; MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., pp. 47-48.

⁵⁶ «Articolo esplicativo di S.E. mons. Dominique Mamberti, Segretario per i rapporti con gli Stati, sulla legge n. XVIII dello Stato della Città del Vaticano in materia di trasparenza, vigilanza e informazione finanziaria», (mercoledì, 9 ottobre 2013), in www.vatican.va/roman_curia/secretariat/_state/2013/documents/rc-seg-st-20131009_mamberti-articolo-esplicativo_it.html. Il prelato osserva che detta legge, quasi un «testo unico in materia finanziaria», descrive un punto d'arrivo nel «(...) percorso di adeguamento dell'ordinamento vaticano ai parametri internazionali del *Financial Action Task Force - Groupe d'Action Financière* (FATF - GAFI) ed alle raccomandazioni della Divisione Moneyval del Consiglio d'Europa». La seconda parte della l. XVIII (essendo la prima parte dedicata prevalentemente all'identificazione delle Misure contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo) è ispirata ai criteri di vigilanza prudenziale, allo spirito di collaborazione nello scambio di informazioni volte a contrastare gli illeciti finanziari e raccogliere, attuandole, le raccomandazioni della citata Divisione Moneyval.

L'attività di controllo, deputata all'AIF, è regolata dal titolo «Vigilanza prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria» della l. XVIII. Centrale, per l'inquadramento degli Accordi FATCA, appare la normativa tracciata al titolo «Trasporto transfrontaliero di denaro contante (per importi pari o superiori ai 10.000 euro) e le funzioni attribuite all'AIF in materia di «Informazione e cooperazione». L'entità vaticana, si dichiara nella legge, «collabora e scambia informazioni sia con le altre autorità della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano, sia con le autorità analoghe di altri Stati, a condizioni di reciprocità e sulla base di protocolli di intesa».

⁵⁷ FRANCESCO, M.P. «*La promozione dello sviluppo*» (8 agosto 2013).

⁵⁸ La l. 8 ottobre 2013, n. XVIII (*La legge di conferma del decr. n. XI del presidente del Governatorato, recante norme in materia di trasparenza, vigilanza ed informazione finanziaria, dell'8 agosto 2013*), nella quale «è stato sancito che nello SCV sono vietati l'apertura e la tenuta di conti, di depositi, di libretti di risparmio o di analoghi rapporti, anonimi, cifrati o intestati a nomi fittizi o di fantasia; l'attuazione degli obblighi di adeguata verifica mediante terzi; l'apertura o la tenuta di conti di cor-

Degno di attenta riflessione appare l'art.8 della citata l. XVIII, secondo il quale: «la Segreteria di Stato definisce le politiche e le strategie generali ai fini della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo: cura l'adesione e l'attuazione dei trattati e degli accordi internazionali, incluse le istituzioni e gli organismi competenti per la definizione di norme e buone pratiche in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio del finanziamento del terrorismo».

A questa normativa, seguiranno, con la finalità di «(...) rafforzare le iniziative già prese allo scopo di prevenire e combattere sempre meglio eventuali attività illecite nel settore economico-finanziario», i M.P. del 15 novembre 2013 (che approva il nuovo Statuto dell'Autorità di Informazione Finanziaria)⁵⁹ e del 24 febbraio 2014 («*Fidelis dispensator et prudens*») in cui viene posto in speciale risalto «l'intimo legame» sussistente tra la gestione delle *res partimoniales* e la missione della Chiesa⁶⁰.

rispondenza con una banca di comodo; l'apertura ed il mantenimento di conti di corrispondenza con una istituzione finanziaria che consenta ad una banca di comodo l'utilizzo dei propri conti (...).

Le persone giuridiche con sede nel territorio dello Stato o iscritte nei registri dello Stato, inoltre, dovranno registrare, aggiornare e conservare per un periodo di 10 anni, fornendo su richiesta delle autorità competenti o dei soggetti obbligati, tutti i documenti, i dati e le informazioni relativi alla propria natura e attività, ai propri titolari effettivi, beneficiari, membri ed amministratori». Così, ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., pp. 136-137.

⁵⁹ Francesco, con chirografo 24 giugno 2013 aveva inteso «(...) riformare la struttura interna dell'Autorità, affinché possa meglio svolgere le funzioni istituzionali che le sono affidate» (Proemio dello Statuto AIF). In particolare, cfr. art.1.1, che afferma il legame di collegamento con la Santa Sede (ex art.186 ss. Cost. Apost. *Pastor Bonus*), e art.1.2, per il quale l'AIF è: «Autorità dotata di personalità giuridica canonica pubblica ed ha sede nello Stato della Città del Vaticano». Riguardo alle funzioni dell'AIF, l'art.2, lett. a, b, c: «L'Autorità svolge, in piena autonomia e indipendenza, le seguenti funzioni: a) vigilanza e regolamentazione a fini prudenziali degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria; b) vigilanza e regolamentazione al fine della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; c) informazione finanziaria». Il principio di accesso alle informazioni e alla collaborazione dell'AIF con autorità a livello interno e, soprattutto, internazionale, è stabilito all'art.8: «L'Autorità accede ai documenti, dati e informazioni, collabora e scambia informazioni a livello interno e internazionale nei casi stabiliti dall'ordinamento». Il respiro internazionale di tale normativa è confermato anche dall'art.6 lett. n, o, p, dove, relativamente alle funzioni attribuite al direttore dell'AIF, si dispone che questi: «(...) n) partecipa alle delegazioni della Santa Sede presso le istituzioni finanziarie e gli organismi tecnici internazionali competenti in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; o) propone al Consiglio direttivo le linee di politica generale e le strategie fondamentali per la collaborazione internazionale; p) ha potere di firma, se delegato dal Consiglio direttivo, inclusa la stipula di protocolli d'intesa con autorità analoghe di altri Stati, nei casi stabiliti dall'ordinamento vigente». Con riferimento al Decreto n. CLIX, COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., p. 392.

⁶⁰ M.P. «*Fidelis dispensator et prudens*». Proemio: «(...) la gestione dei settori economico e finanziario della Santa Sede è intimamente legata alla sua specifica missione, non solo al servizio del ministero universale del Santo Padre, ma anche in relazione al bene comune, nella prospettiva dello sviluppo integrale della persona umana».

Il documento pontificio, inoltre, in attesa dell'approvazione dei rispettivi statuti, istituisce il

Ed è consequenziale che anche i successivi *Motu Proprio* siglati da papa Francesco in materia economica siano volti ancor più incisivamente a ridefinire i soggetti operatori finanziari vaticani – eloquente, mi sembra, il M.P. «*Trasferimento della Sezione Ordinaria dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica alla Segreteria per l'Economia*» (8 luglio 2014)⁶¹ – o a rileggere le norme statutarie di funzionamento organizzativo interno, approvate *ad experimentum* il 1 marzo 2015⁶². Norme che si ispirano palesemente ai criteri di vigilanza, controllo e trasparenza, al fine di attuare, anche negli *interna corporis* vaticani, una gestione finanziaria ed un'amministrazione etica ed efficiente.

Consiglio per l'Economia (art.1), la Segreteria per l'Economia, posta alle dirette dipendenze del Romano Pontefice (artt.4 e 5) e nomina un Revisore Generale (art.7). Si completa, così, il progetto riformatore dell'organizzazione economico-finanziaria della Santa Sede, che pone al centro la figura del Papa come soggetto responsabile dell'attività di gestione patrimoniale e, al tempo stesso, il custode della riforma. Così, PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria* cit., p. 25.

⁶¹ A seguito di tale normativa, che abroga e sostituisce gli artt. da 172 a 175 della *Pastor Bonus*, la Segreteria per l'Economia diviene soggetto amministratore dei fondi e beni mobili della Santa Sede: «Spetta a questo Ufficio di amministrare i beni di proprietà della Santa Sede destinati a fornire i fondi necessari all'adempimento delle funzioni della Curia Romana. L'Ufficio amministra anche i beni mobili ad esso affidati da altri enti della Santa Sede» (art.1, §§ 1, 2).

⁶² FRANCESCO, *Statuti dei nuovi organismi economici* (22 febbraio 2015, entrati in vigore il 1 marzo 2015).

– *Statuto del Consiglio per l'Economia*: art.1, §3. «Il Consiglio per l'Economia esercita le sue funzioni alla luce del Vangelo e secondo la dottrina sociale della Chiesa. Esso si attiene inoltre alle migliori pratiche riconosciute a livello internazionale in materia di pubblica amministrazione, con il fine di una gestione finanziaria e amministrativa etica ed efficiente»; art.2, §3: «Il Consiglio garantisce che, nella preparazione dei summenzionati indirizzi e norme, gli enti e le amministrazioni interessati siano consultati tempestivamente ed in modo trasparente».

– *Statuto della Segreteria per l'Economia*: art.1: «La Segreteria per l'Economia è il dicastero della Curia Romana competente per il controllo e la vigilanza in materia amministrativa e finanziaria sui dicasteri della Curia Romana, sulle istituzioni collegate alla Santa Sede o che fanno riferimento ad essa e sulle amministrazioni del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano, di cui all'art. 1, §1 dello Statuto del Consiglio per l'Economia»; art.7: «Nel corso della elaborazione delle proposte, dei decreti esecutivi generali e delle istruzioni sopra menzionati, la Segreteria svolge consultazioni adeguate, tempestive e trasparenti con gli enti e amministrazioni interessati».

– *Statuto dell'Ufficio del Revisore Generale*: art.2, §2, lett. a, b, c, d, e: «Il Revisore Generale effettua, in particolare, revisioni specifiche sugli enti e amministrazioni di cui all'art. 1, §1 ogniquale volta vi siano ragionevoli motivi per sospettare che: a) l'attuazione di iniziative e attività si discosti in modo sostanziale da indirizzi, bilanci preventivi e progetti approvati; b) vi siano anomalie nell'impiego o nell'attribuzione di risorse finanziarie o materiali; c) vi siano irregolarità nella tenuta dei bilanci o delle scritture contabili; d) vi siano significative irregolarità nella concessione di appalti o di contratti per servizi esterni o nello svolgimento di transazioni o alienazioni; e) sia stato commesso un atto di corruzione, appropriazione indebita o frode a danno di uno degli enti o amministrazioni di cui all'art. 1, §1»; art.4, §1: «Il Revisore Generale può richiedere agli enti e amministrazioni di cui all'art.1, §1 ogni informazione e documentazione di natura finanziaria o amministrativa rilevante e, ove necessario, conduce ispezioni *in loco*». Cfr. *Annuario Pontificio*, CdV, LEV, 2015, pp. 1839-1840.

4. *L'Accordo Intergovernativo FATCA: uno strumento pattizio di armonizzazione internazionale generale e la sua specifica attuazione nelle relazioni con la Santa Sede. Sperimentazioni in corso per lo smantellamento del cd. «sistema bancario ombra»*

Con la tipica concretezza americana, l'ambasciatore statunitense presso la Sede Apostolica, Kenneth F. Hackett, in occasione della firma dell'Accordo Intergovernativo FATCA tra USA e Santa Sede apposta nelle stanze della Segreteria di Stato vaticana, esprimeva il proprio motivato compiacimento⁶³. I vantaggi derivanti dalla messa a regime di efficaci strumenti giuridici di lotta contro l'evasione fiscale operata nei cd. centri *offshore*⁶⁴ si sarebbero riverberati in una politica economica statale di sostegno sociale più efficace ed equa, giacché annualmente, avvertiva l'alto plenipotenziario americano, la pratica degli abusi fiscali «(...) priva i governi di ogni grandezza di risorse necessarie per finanziare servizi pubblici e investimenti» sottraendo preziose economie a sostegno del *welfare*⁶⁵.

Ad imprimere il sigillo della storicità dell'evento interveniva l'*Osservatore Romano* nell'assegnare, com'è consuetudine nelle circostanze più considerevoli, le prime due pagine del quotidiano ad articoli di commento⁶⁶. Non c'è dubbio che la conclusione dell'accordo FATCA con la Sede Apostolica si carichi di valenze principalmente simboliche: quel patto di reciprocità resta un evento tanto emblematico quanto privo, tuttavia, di una effettiva forza

⁶³ M^a. DEL CARMEN GARCIMARTÍN MONTERO, *Las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos y la Santa Sede: una aproximación histórica*, in AA.VV., *Iglesia Católica y relaciones internacionales* (a cura di M. del Mar Martín, M. Salido, J.M. Vázquez García-Peñuela), *Actas del III Simposio Internacional de Derecho Concordatario*, Almería, 7-9 novembre 2007, Comares, Granada, 2008, pp. 393 ss.

⁶⁴ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., pp. 8 e 45, imputano ai cd. centri *off-shore* la «potenziale vulnerabilità della rete finanziaria mondiale».

⁶⁵ «Come ha detto il presidente Obama, "l'idea che un bambino possa non riuscire mai a sfuggire alla povertà poiché privo di una educazione e di un'assistenza sanitaria dignitosa, o di una comunità che consideri il suo futuro come proprio, dovrebbe offenderci tutti e spingerci all'azione"». *Firma dell'Accordo fra la Santa Sede, anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, e gli Stati Uniti d'America, per favorire l'osservanza a livello internazionale degli obblighi fiscali e attuare la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA). Indirizzo di saluto dell'Ambasciatore Hackett alla cerimonia della firma del FACTA IGA*, (10 giugno 2015). Il richiamo al Presidente statunitense non è casuale, dovendosi alla sua amministrazione l'approvazione, nel 2010, della normativa di antievasione fiscale.

⁶⁶ L'organo di stampa apostolico titolava con formule plastiche di grande risalto l'evento dello scambio delle firme tra gli alti plenipotenziari diplomatici: «*Accordo per combattere l'evasione fiscale*»; «*Accordo per l'osservanza internazionale degli obblighi fiscali*»; «*Comune impegno di trasparenza*», quest'ultimo, a firma di Paul Richard Gallagher. *L'Osservatore Romano*, giovedì, 11 giugno 2015, pp. 1 e 2.

risolutiva del problema dell'evasione fiscale internazionale⁶⁷. Ciò non toglie che esso abbia un valore che supera la natura meramente celebrativa dell'evento, per configurarsi come segnale eloquente di un deciso cambio di passo etico, di sistema⁶⁸.

La sottoscrizione dell'accordo americano dischiude, in verità, un versante nuovo nei rapporti con la Santa Sede⁶⁹, in assenza di precedenti normativi in materia tra le Parti, giacché conferma la sintonia dei Palazzi apostolici con gli USA e le Organizzazioni internazionali (OCSE), e comunitarie (UE) nell'intento di contribuire all'edificazione di un sistema etico improntato alla cd. «*voluntary disclosure*»⁷⁰.

Occorre in proposito sottolineare che le Organizzazioni internazionali per prime hanno subodorato i rischi del fenomeno dell'occultamento finanziario dei capitali nel mercato globale: ci basti l'operato della Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria⁷¹, le iniziative di studio e convenzionali patrociniate dalle Nazioni Unite⁷² e dal OECD⁷³. Tali entità hanno inteso promuovere un'azione di contrasto al fenomeno dell'evasione fiscale, sostenendo una normativa internazionale fondata sullo scambio automatico di

⁶⁷ Quantitativamente irrisorio, il volume economico dei rapporti finanziari aperti presso lo OIR da cittadini statunitensi, dopo la drastica riduzione degli stessi, ispirata nel biennio 2013-2014 ai criteri di trasparenza bancaria, si riconduce a qualche centinaio di conti. Cfr. ANTONIO D'ANNA, *Il Vaticano non è più un paradiso*, in *Italia Oggi*, giovedì, 11 giugno 2015, p. 12.

⁶⁸ Gli States hanno infatti stipulato il FATCA con circa 110 autorità governative, interrompendo antiche tradizioni di immunità assolute in quelli che, fino a non molto tempo addietro, erano aditati come «paradisi fiscali» (Svizzera; Bahamas; Isole Vergini Britanniche; Cayman; Isola di Man; Liechtenstein; Mauritius; Singapore; Hong Kong). Vedi MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 175 ss.

⁶⁹ M^a. DEL CARMEN GARCIMARTÍN MONTERO, *Las relaciones diplomáticas* cit., pp. 393-404.

⁷⁰ La «*voluntary disclosure*» («collaborazione volontaria», così traducibile al netto di anglicismi, per la valenza tecnico-procedurale in essa inscritta), si propone oggi come un mezzo di opposizione e contrasto al fenomeno dell'evasione fiscale, nella modalità specifica della sottrazione di reddito all'imposizione tributaria dello Stato di cittadinanza, attraverso procedure fittizie, aventi lo scopo di distrarre ed allocare illecitamente all'estero la residenza fiscale, o somme o attività produttive di reddito imponibile. Essa insomma, prefigura una «procedura diretta alla ricostruzione di fatti di evasione» cui si lega anche l'evento sanzionatorio che prevede «il pagamento delle imposte dovute e degli interessi, ma con sensibile riduzione delle sanzioni amministrative e con una forte attenuazione della punibilità per i reati tributari». FABRIZIO CAPPONI-ROBERTA MOSCAROLI, *Voluntary disclosure* cit., pp. 1-2.

⁷¹ Da tale organismo è stato elaborato il documento «Dovere di diligenza delle banche nell'identificazione della clientela» (ottobre 2001).

⁷² Cfr. la Convenzione NU contro la criminalità organizzata transnazionale, nel corso della Conferenza di Palermo (12-15 dicembre 2000).

⁷³ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 8. L'OECD (Organization for the Economic Cooperation and Development) presso l'OCSE, ha organizzato il Global Forum on Transparency and Exchange of Information for the Tax Purposes.

informazioni tra Stati, da sviluppare sul piano della cooperazione amministrativa⁷⁴.

I progressi normativi, tra i quali va annoverato il FACTA, hanno prodotto risultati incoraggianti che hanno rivoluzionato i tradizionali assetti immunitari «per conchi d'ombra» dell'attività bancaria, non ultimo, il prospettato ridimensionamento del segreto bancario⁷⁵. Diversamente da altri osservatori, ritengo, in ogni caso, fuorviante affermare connessioni immediate tra evasione fiscale e fenomeno del riciclaggio internazionale: si tratta di espressioni criminose tra loro eventualmente accessorie, ma non sovrapponibili sia per la natura della fattispecie giuridica, che per le modalità pratiche di progettazione ed organizzazione dell'illecito, sia per gli effetti e le condizioni di contesto in cui tali reati vengono in essere⁷⁶. Prova ne sia la differente normativa prodotta nello SCV a regolamentazione delle ipotesi criminose ed i tempi tecnici di elaborazione e di maturazione «politica» delle leggi relative⁷⁷.

Occorre tuttavia precisare che le novità legislative che hanno interessato trasversalmente il fenomeno del riciclaggio e, ora, della politica antievasiva fiscale, poggiano su una comune esigenza: disporre di una conoscenza cristallina circa l'identità dei propri correntisti ed attuare misure di verifica

⁷⁴ Il FATCA comporta lo scambio di informazioni tra le banche straniere e l'Agenzia delle Entrate americana – *Internal Revenue Service* (IRS). STEFANO LOCONTE-GIULIA CIPOLLINI, *Voluntary disclosure* cit., pp. 1 ss.

⁷⁵ Ci si riferisce qui ai seguenti strumenti: 1. Direttiva 2011/16/UE sulla procedura dello scambio internazionale di informazioni contro i fenomeni evasivi con estensione soggettiva (oltre alle persone fisiche anche alle persone giuridiche, i *trust*, le fondazioni e i fondi di investimento) e oggettiva (allargata ad ogni tipologia di imposta) e recepita in Italia con d.lgs. 28 febbraio 2014, n.29. La Direttiva prevede tre modalità di scambio di informazioni (a richiesta; «spontanea»; «automatica») mentre l'art.8 prevede specificatamente lo scambio «automatico». Cfr. RAFFAELE RIZZARDI, *Lo scambio di informazioni fiscali nella prospettiva del nuovo quadro RW*, in *Corr. Trib.*, fasc.1 (2014), Ipsoa Wolters Kluwer, Milano, pp. 68-73; 2. l'aggiornamento (del 15 luglio 2014) dell'art.26 circa il modello OCSE. Questo ridefinisce alcuni aspetti normativi dello scambio di informazioni, ad es. nel caso di informazioni «prevedibilmente rilevanti» (indipendentemente dal segreto bancario) e nel caso di divieto della c.d. «*fishing expedition*» così introducendo una norma argine contro l'abuso dell'informazione su illimitate platee di contribuenti; 3. l'adozione del c.d. «*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information Common Reporting Standard*» ossia di un nuovo modello di riferimento inteso allo scambio automatico di informazioni (13 febbraio 2014). Il modello è composto di due parti: il CRS (*Common Reporting Standard*) che indica le attività di verifica sulle titolarità dei conti e le informazioni finanziarie «sensibili» ed il CAA (*Competent Authority Agreement*), che disciplina le procedure, tempi e modi con cui inviare i dati. Cfr. STEFANO LOCONTE-GIULIA CIPOLLINI, *Voluntary disclosure* cit., p. 5.

⁷⁶ Nel riciclaggio concorrono una serie di fattori: l'illegalità del provento (derivante da preordinate attività criminose); l'occultamento del patrimonio; l'intervento specifico degli intermediari finanziari. Nell'evasione fiscale concorrono l'occultamento del patrimonio, in sé anche di provenienza lecita, e l'intervento degli operatori finanziari. Cfr. DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., pp. 10-12.

⁷⁷ DOMINIQUE MAMBERTI, *Articolo esplicativo* cit.

sulla buona condotta fiscale degli operatori economico-finanziari, oltre che di eventuale deterrenza e sanzione⁷⁸.

Semmai il rapporto tra FATCA e «*voluntary disclosure*» va inquadrato in termini di apprezzamento spontaneo e di una libera e «conveniente» scelta operativa *ad maiora mala vitanda* in cui le aspettative sul buon senso del contribuente infedele sono pressoché nulle. Non c'è dubbio che il FATCA si conforma a quel processo di trasparenza (fiscale) da intendere come «arma letale contro il segreto bancario»⁷⁹ che, potenziando i meccanismi di cd. «*compliance*» fiscale internazionale, è diretto a favorire l'emersione dei redditi occulti. La chiave riformista dell'accordo finanziario risiede in quella volontà di affermare il principio di trasparenza, non solo come strumento tecnico operativo di un patto negoziato tra le Parti, ma come regola assiologia di una prassi condivisa e di applicazione estensiva. In tal senso, il pragmatismo americano e le istanze della Dottrina Sociale della Chiesa trovano un felicissimo punto di incontro nella lotta contro l'evasione fiscale e la corruzione indotta. Non è improprio osservare come la *voluntary disclosure* si coniughi con i principi canonici dell'età classica, che nella buona fede, ossia nella trasparenza dell'agire, come bene pubblico a globale beneficio dell'umanità, ricomponevano l'idea della responsabilità e del consenso consapevole, espresso per una causa comune a cui nessuno è estraneo, ma tutti coinvolti, secondo il famoso brocardo «*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*»⁸⁰.

Queste osservazioni rinviano alla trazione riformatrice cautamente avviata entro le mura vaticane, laddove consolidate zone grigie sono state aggredite attraverso un'opera di smantellamento normativo che ha in gran parte abraso l'antica patina privilegiaria che guarniva l'attività finanziaria petrina.

Non è da trascurare che, si ribadisce, l'ulteriore capitolo di riforme sulla trasparenza bancaria diretta al contrasto alle pratiche di elusione fiscale internazionale muova i suoi passi in seconda battuta, dopo, e a seguire, la promulgazione di una preliminare legislazione antiriciclaggio: il bisturi del legislatore, ora, ha inteso dirigersi più in profondità, sino a verificare nelle pieghe del sistema lo stato di salute e gli strumenti di immunizzazione dagli illeciti in cui potessero essere coinvolti gli enti finanziari posti al di là delle mura leonine⁸¹.

⁷⁸ Il *Progress report Moneyval* sulla Santa Sede, 4° Sessione plenaria (8-11 dicembre 2015, Strasburgo), è consultabile on-line al sito <http://www.coe.int/moneyval>. ROBERTO TUMBARELLO, *Rapporto Moneyval sulla S.Sede*.

⁷⁹ FABRIZIO CAPPONI-ROBERTA MOSCAROLI, *Voluntary disclosure* cit., p. 2.

⁸⁰ MARTÍN SANTIVÁNEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede* cit., p. 193.

⁸¹ Il sondaggio delle «zone grigie» imponeva per forza maggiore, quindi, la conseguente estensione

Ma per afferrare compiutamente l'importanza dell'accordo FATCA, che si distanzia notevolmente dalla *ratio* degli altri negoziati o leggi vaticane dirette a deprimere il riciclaggio monetario, qui la normativa incide su un diverso soggetto destinatario che la terminologia tecnico-giuridica non deve far perdere di vista: gli «Istituti finanziari vaticani», infatti, contemplano lo IOR e implicitamente l'APSA, ma si estendono anche agli operatori finanziari, gli intermediari, e la loro peculiare attività finanziaria che si distingue dalle altre attività economiche e che concorre a rendere vulnerabile il sistema complesso dell'impresa bancario-finanziaria⁸².

L'accordo FATCA sollecita, in tal senso, un atto di responsabilità collettiva da parte degli Stati, a smantellare quelle «zone grigie» che si articolano tra sistema bancario e finanza internazionale, e che trovano nei cd. «*tax havens*» un naturale brodo di coltura⁸³, dando luogo alla multiforme pratica di speculazione del tipo autoreferenziale «fine a sé stessa»: un'attività sovradimensionata dalla globalizzazione dei rapporti umani e che «non costituisce creazione di ricchezza, ma solo trasferimento, rapido e massiccio, di ricchezza già esistente»⁸⁴, con lo strascico di conseguenti problemi di giustizia ed equità.

D'altra parte, la complessità tecnica e gli interessi di ordine economico sottostanti ad un simile piano di riforma correttiva è attestata dal fatto che il «sistema bancario ombra» cui corrisponde la «zona grigia» in cui si incrociano le coordinate dell'economia reale e della finanza speculativa internazionale, è stato oggetto di un ulteriore capitolo di riforma, sia per via della legislazione domestica che per patti bilaterali, successivo alla revisione disciplinare del settore bancario e finanziario⁸⁵. La Santa Sede ha infatti avviato con un crescente numero di Stati una politica negoziale attraverso la stipula di protocolli di intesa aventi ad oggetto lo scambio di informazioni su comportamenti opachi dei correntisti⁸⁶. Detti accordi, tuttavia, come già

agli organismi di Curia «*extra moenia*» della legislazione dello SCV contro gli illeciti finanziari. Così, ALESSIO SARAI, *Il rapporto fra diritto vaticano e diritto internazionale, con particolare riferimento ad alcuni recenti sviluppi normativi*, in AA. VV., *Finanze vaticane e Unione europea*, cit., p. 126.

⁸² DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 9. L'accordo FATCA contempla nel *genus* degli «operatori finanziari» oltre agli istituti di credito, i *trust*, i fondi, le compagnie assicurative, i *broker*.

⁸³ Il fenomeno dei cd. «paradisi fiscali» globalmente diffuso nei cinque continenti, è assai ben analizzato nelle diramazioni e specificità attuative, in MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 205 ss.

⁸⁴ *Finanza internazionale e agire morale*, cit., pp. 80-81.

⁸⁵ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale in materia finanziaria nell'ordinamento della Chiesa cattolica*, in AA. VV., *Finanze vaticane* cit., p. 169.

⁸⁶ I menzionati accordi (es. con Spagna e Belgio) tendono a promuovere un regime privilegiato, perché su base bilaterale, in materia di scambio di informazioni. Vedi FRANCESCO PELOSO, *Sulla tra-*

avvertito, sono stati proposti su due differenti orizzonti di contrasto dell'illegalità, in ragione del diverso posizionamento tra evasione fiscale e fenomeno di riciclaggio valutario⁸⁷.

Per quanto attiene alla Chiesa cattolica, anche limitatamente all'imponente patrimonio italiano ad essa riconducibile, occorre rammentare come su di esso si stenda un sistema normativo di «garanzie dell'autonomia istituzionale e organizzativa» e che la c.d. «proprietà ecclesiastica» del XXI secolo risulti «largamente finanziarizzata». In tal senso non sarà fuor di luogo rammentare che, com'è noto, gli istituti competenti alla gestione economico-finanziaria, rimangono sotto la copertura del, seppur affievolito, art.11 del Trattato lateranense, e, inquadrati tecnicamente come «enti centrali della Chiesa», continuano a godere di consistenti immunità e guarentigie giurisdizionali⁸⁸.

5. *I criteri-guida a fondamento del FATCA S.Sede/SCV-USA: a) principio di reciproca ed automatica informazione; b) principio di conformità («compliance»); c) principio di trasparenza; d) principio di coerenza giurisdizionale; e) principio di negoziabilità amichevole («mutual agreement procedure»); f) principio di riservatezza («confidentiality»)*

Se la Chiesa «visibile» riafferma la piena indipendenza nell'ordine temporale dei beni, di cui è sovrana titolare della *negotiorum gestio* (ex can.1254 CIC), ciò non toglie l'eventuale accoglimento di norme extrastatali nel suo ordinamento giuridico, riconoscendone piena vigenza. Tali evenienze arricchiscono senz'altro il patrimonio legislativo ecclesiale mediante l'armonizzazione con proposte normative sperimentate dal legislatore civile. Concorrente possibile conseguenza è la rinuncia ad una porzione di sovranità, per effetto dell'assoggettamento a determinate azioni di controllo esercitate dalle autorità secolari eventualmente contemplate nelle leggi o nelle singole norme di principio recepite⁸⁹.

sparenza finanziaria il Vaticano fa sul serio. Sei segnalazioni sospette secondo l'Autorità di Informazione Finanziaria, in sito on-line *Link-iesta* (26 maggio 2013).

⁸⁷ Cfr. il Protocollo di intesa tra AIF e Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) degli Stati Uniti, del 7 maggio 2013, come osservava mons. Paul Richard Gallagher «operante in un contesto extrafiscale». Cosa diversa è la Convenzione fiscale tra S.Sede e Italia, del 1 aprile 2015. Cfr., PAUL RICHARD GALLAGHER, *Comune impegno di trasparenza*, in *L'Osservatore Romano* cit., p. 2.

⁸⁸ MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., p. 948.

⁸⁹ Com'è noto, il diritto canonico ammette l'ingresso di norme esterne attraverso diverse vie (canonizzazione, rinvio, accordi e concordati). Cfr. JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., p. 36.

L'accordo⁹⁰ tiene conto della volontà della Santa Sede/SCV a sostenere la *policy*, che è scopo primario del FATCA, ossia quello di migliorare la «*compliance*» fiscale (3° considerando) e che, stante la complessità dei contenuti dello strumento negoziale, devono essere tenute in debito conto le difficoltà cui vanno incontro le Istituzioni finanziarie vaticane⁹¹, le quali potrebbero «non essere in grado di adempiere a taluni aspetti del FATCA, a causa di ostacoli interni di natura giuridica» (4° considerando). Per tali motivi l'Accordo auspica di confluire ad un approccio intergovernativo, che «(...) risolverebbe gli ostacoli di carattere giuridico e ridurrebbe gli oneri a carico delle Istituzioni Finanziarie vaticane» ai fini dell'applicazione della normativa FATCA (5° considerando).

Tra le indicazioni preliminari in vista dell'attuazione del FATCA, l'accordo rinvia esplicitamente alle regole ispiratrici: «sulla base delle comunicazioni interne» e del principio di reciproco «scambio automatico (di informazioni)» nel rispetto degli obblighi di riservatezza («*confidentiality*») e le altre forme di tutela ivi previste «comprese le disposizioni che limitano l'uso delle informazioni scambiate»⁹². Questo criterio anima l'accordo FATCA nella sua interezza anche se i principi guida che lo strutturano si richiamano vicendevolmente, a costituire un reticolato di regole generali e unitarie.

a) *Principio di reciproca ed automatica informazione* (artt.2, 3 e 4, FATCA). La portata riformista dell'adesione della Santa Sede all'accordo FATCA risiede nel principio di reciproco ed automatico scambio di informazioni tra le Parti, in ordine ai conti bancari oggetto di comunicazione, ex art.2. La disposizione è improntata all'obbligatorietà delle reciproche condotte e vi si può trarre uno scossone al principio di intangibilità del segreto bancario, ed un forte impulso ai principi di trasparenza ed equità, nonché un'equipa-

⁹⁰ L'Accordo FATCA è composto da un Preambolo, 12 articoli e due Allegati, ed è entrato in vigore lo stesso giorno della firma, derogando alle usuali regole di procedura pattizia che contemplano il successivo atto di scambio delle ratifiche. Il documento (*Conventio inter Sanctam Sedem agentem etiam in nomine et ex parte Status Civitatis Vaticanae, et Foederatas Civitates Americae Septentrionalis ad substinendam adbaesione Internationali Taxationi et complendam legem FATCA - Foreign Account Tax Compliance Act*), è pubblicato in A.A.S., CVII, n.7 Tipis Vaticanis, CdV, 2015, pp. 645-699.

⁹¹ Per comodità verrà impiegata la dizione «vaticane», in luogo della formula testuale «Holy See/Vatican City State», senza però omettere di sottolineare l'importanza della formula convenzionale, in cui la sovrapposizione formale tra due dimensioni rispondenti a prospettive giuridiche assai diverse della Chiesa cattolica ha dato luogo a molteplici riflessioni in dottrina: cfr. ROMEO ASTORRI, *La soggettività giuridica* cit., p. 85 e pp. 96-97.

⁹² Formula, questa, di estrema delicatezza, posto che nei rapporti tra USA e Santa Sede, e a differenza che con l'Italia, (con la quale esiste una precedente normativa di riferimento nella Convenzione USA-Italia del 25 agosto 1999, che autorizza lo scambio di informazioni a fini fiscali, anche su base automatica), l'accordo FATCA rappresenta una novità assoluta, quale primo accordo intergovernativo formale tra le due Parti. Cfr. Sala Stampa della S.Sede, doc. n.0450 (mercoledì 10 giugno 2015), p. 2.

razione del rapporto giuridico sull'orizzonte dell'equivalenza sinallagmatica circa gli obblighi informativi.

La bilateralità dello scambio di informazioni insiste sulla totalità dei conti riferibili al medesimo titolare cittadino statunitense, e va fatta con frequenza annuale su quella base di automaticità in cui risiede l'aspetto più innovativo dell'intera normativa (art.2.1)⁹³. È quindi necessario circoscrivere puntualmente l'oggetto delle informazioni da scambiare. L'art.2.2 ne elenca dettagliatamente la tipologia: nome, indirizzo e TIN⁹⁴ statunitense della persona fisica specificata che è titolare del conto⁹⁵; il numero del conto; il nome e il numero di identificazione dell'Istituzione finanziaria vaticana tenuta alla comunicazione; il saldo o valore del conto⁹⁶; il conto di custodia⁹⁷; qualsiasi conto di deposito⁹⁸; «qualsiasi (altro) conto non descritto», con ciò intendendosi ogni ulteriore tipologia di conto bancario non esplicitamente previsto nell'accordo, e per il quale si richiede la notorietà degli importi totali lordi in esso confluiti⁹⁹. Queste disposizioni si dirigono sul nodo centrale del

⁹³ L'importanza del principio di automatismo della prassi informativa accolto nella legislazione vaticana sta anche nel fatto che questo viene introdotto direttamente attraverso la Convenzione FATCA. Ciò, a differenza dell'identico accordo bilaterale stipulato dagli USA con altri Stati, dove si rinvia alla Convenzione del 1999, (art. 26).

⁹⁴ Per «TIN statunitense» si intende «un codice di identificazione fiscale federale degli Stati Uniti» (art.1, kk).

⁹⁵ Le procedure di verifica sull'identità reale del titolare del conto, poste in Allegato I all'accordo FATCA, permettono di allargare il raggio di azione delle informazioni e di ridurre i meccanismi di elusione fittizia volti all'evasione fiscale. Infatti andranno egualmente comunicati i dati relativi ad: «un'entità non statunitense che, dopo l'applicazione delle procedure di adeguata verifica indicate nell'Allegato I, è identificata come avente una o più persone che esercitano il controllo che sono una persona statunitense specificata, il nome, l'indirizzo e l'eventuale TIN statunitense di tale entità e di ciascuna di tali persone statunitensi specificate» (art.2.2, a 1).

⁹⁶ In tal caso, prendendo in considerazione anche la natura del contratto (di assicurazione o di rendita) per il quale è possibile rendicontare la rendita patrimoniale maturata nel corso del tempo: «(...) (compreso, nel caso di un contratto di assicurazione per il quale è misurabile un valore maturato (*cash value insurance contract*) o di un contratto di rendita, il valore maturato o il valore di riscatto) alla fine del pertinente anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione ovvero, se il conto è stato chiuso nel corso di tale anno, immediatamente prima della chiusura» (art.2.2, d).

⁹⁷ Qui la normativa impone la conoscibilità del complesso di interessi e frutti maturati affluenti nel conto di custodia: «l'importo totale lordo degli interessi, l'importo totale lordo dei dividendi, nonché l'importo totale lordo di altri redditi generati in relazione alle attività detenute nel conto, in ogni caso pagati o accreditati sul conto (o in relazione al conto) nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione» (art.2.2, e).

⁹⁸ In tal caso, prescrivendo la normativa la conoscenza dell'«importo totale lordo degli interessi pagati o accreditati sul conto nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione» (art.2.2, f).

⁹⁹ Ossia «l'importo totale lordo pagato o accreditato al titolare del conto in relazione al conto nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione (...), compreso l'importo

problema informativo sui redditi esteri appartenenti a titolari non dichiarati: redditi collocati presso istituzioni finanziarie soggette a giurisdizioni con bassa tassazione e favorenti la cd. «*tax competition*»¹⁰⁰.

Il principio di reciproca ed automatica informazione è integrato da alcune ulteriori disposizioni sul tempo e le modalità dello scambio dei dati tra le Parti (art.3). In tal senso appare fondamentale il rinvio alla normativa vigente nello Santa Sede/SCV come parametro utile ad individuare «l'importo e la qualificazione dei pagamenti effettuati in relazione ad un conto statunitense oggetto di comunicazione» (art.3.1). Tale disposizione, infatti, riequilibra i rapporti tra gli Stati contraenti nell'ordine del principio del rispetto della sovranità nazionale, contemperando il criterio di uniformazione della disciplina sullo scambio di dati bancari, con la continuità del primato della legislazione domestica in ordine ai criteri di identificazione e rilevanza giuridico-fiscale dei dati medesimi.

Sulla stessa linea riposa la disposizione per la quale le informazioni scambiate identificano non solo i soggetti titolari dei conti (art. 2.2), ma l'operazione finanziaria nel suo complesso e il tipo di valuta impiegata nella denominazione degli importi (art.3.2).

L'accordo si premura di fissare alcuni criteri utili a circoscrivere l'attività di indagine e ricostruzione dei dati sensibili. Le informazioni oggetto di scambio non devono infatti estendersi anteriormente alla data del 2014 (art.3.3). Ma, soprattutto, a scongiurare l'accettazione di misure poliziesche, sta l'introduzione di un principio di limitazione sull'impiego delle fonti di informazione e dell'obbligo di escludere dal quadro dei dati personali bancari le informazioni non direttamente possedute negli archivi delle Istituzioni finanziarie vaticane (art.3.4).

Meritevole di un più adeguato risalto sistematico sarebbe stata la norma esposta all'art.3.6, che applica *in extenso* il principio del'amichevole negozialità («Mutual agreement procedure») prevedendosi il ricorso alla stipula di ulteriori accordi scritti per l'attuazione concreta (il testo allude a «procedure») relative alle modalità di scambio automatico di informazioni, ex artt.2, 4 e 5. Analogamente, per il principio di riservatezza («*confidentiality*»), che, come il precedente, ha un'applicazione estensiva, con funzione disciplinante l'uso delle informazioni scambiate (art.3.7).

complessivo di eventuali pagamenti di riscatto effettuati al titolare del conto nel corso dell'anno solare o di altro adeguato periodo di rendicontazione» (art.2.2, g).

¹⁰⁰ È il meccanismo attraverso il quale molti Stati tendevano ad attuare regimi fiscali «allettanti», a basso livello di controlli, col fine di poter attrarre nelle casse degli istituti di credito cospicui volumi di capitale straniero. Cfr. DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 22.

L'accordo enuncia anche ipotesi specifiche in ordine alle quali le rigorose maglie normative si allentano, ammettendo l'inquadramento degli Istituti finanziari vaticani come «adempienti» o come «beneficiari effettivi esenti» o, in genere, come soggetti che soddisfano gli obblighi di comunicazione delle informazioni, in rapporto alla normativa USA (Sezione 1471 dell'*Internal Revenue Code* USA) (art.4.1)¹⁰¹.

Tra i casi qui contemplati sono annoverati: la sospensione di norme relative ai «conti recalcitranti» (art.4.2), condizione per cui le autorità USA non chiedono alle Istituzioni finanziarie vaticane di effettuare ritenute o chiudere il conto; il trattamento specifico dei piani pensionistici (art.4.3), ipotesi per al quale le autorità americane considerano le Istituzioni finanziarie vaticane come «adempienti o beneficiari effettivi esenti» e dove il piano pensionistico è, esso stesso, considerato «esente» se risulti integralmente assoggettato, nella sua esistenza giuridico-fiscale, alla legislazione vaticana; altre ipotesi assimilabili ai casi di esenzione secondo le predette normative americane (art.4.4.)¹⁰²; le norme speciali concernenti le «entità collegate» (art.4.5), ipotesi che fissa altre condizioni che, se adempiute, inducono le autorità statunitensi a ritenere l'«entità collegata» (o succursale di Istituti finanziari vaticani) come soggetto adempiente o beneficiario effettivo esente¹⁰³.

b) *Principio di conformità* («*compliance*» art.5, FATCA). Come tratto distintivo della normativa FATCA vaticana, l'art.5 introduce una clausola volta ad incidere nelle attività d'indagine dirette alla ricostruzione della consistenza del conto oggetto di comunicazione («*reportable account*»). Le competenti autorità statunitensi possono infatti avanzare richieste di informazioni supplementari sul conto americano, precisando l'eventuale inclusione di «(...) estratti conto preparati nel normale svolgimento delle attività di *reporting* dell'Istituzione finanziaria della S.Sede/SCV che riassumono l'attività (compresi i prelievi, i trasferimenti e le chiusure) del *reportable account* americano».

L'accordo prende in considerazione la speciale natura semi-bancaria de-

¹⁰¹ In particolare, il punto art.4.1 d (Applicazione della normativa FATCA agli Istituti Finanziari vaticani), quando detta istituzione agisca in qualità di intermediario qualificato (ex Sez. 1441, *IRC* USA), con ciò avendo volontariamente assunto le «responsabilità primarie di sostituto d'imposta», per cui è considerata o società di persona estera o *trust* estero, in ambo i casi «agente in qualità di *withholding foreign partnership* (ai fini delle Sezioni 1441 e 1471 dell'*IRC* USA)», per cui «applica una ritenuta del 30 per cento su qualsiasi pagamento di fonte statunitense». L'*IRC* è il Codice delle leggi fiscali USA: rimodulato a seguito del *Tax Reform Act* (1986), comprende la gran parte, anche se non la totalità, delle leggi fiscali federali.

¹⁰² Sez. 1441, *IRC* USA.

¹⁰³ Queste ipotesi sono regolate in dettaglio nelle disposizioni contenute negli Allegati I e II dell'Accordo FATCA.

gli istituti finanziari operanti nello Stato vaticano, il cui assetto permette movimentazioni di capitali più agevoli di quanto non sia praticabile attraverso un tradizionale istituto di credito. La normativa contempla le ipotesi di errore nella comunicazione delle informazioni, introduce un principio di responsabilità oggettiva e meccanismi sanzionatori. La scala di errori di comunicazione delle informazioni prevede due ipotesi di diverso grado di intensità: errori minori e amministrativi (art.5.2) e ipotesi di «grave non conformità» (art.5.3). Nel primo caso, quando l'autorità statunitense li rilevi, ne dà informazione all'Istituto finanziario vaticano tenuto alla comunicazione e fa rinvio alla propria legislazione interna, anche in materia di sanzioni «applicabili». Ciò ha il duplice scopo di «ottenere le informazioni corrette o complete» o per «rimediare alle altre violazioni». Nel secondo caso i medesimi provvedimenti sanzionatori sono volti a «rimediare alla grave non conformità descritta nella notifica»¹⁰⁴.

Tanto è sentito il principio di conformità, da indurre il suo redattore a corredarlo con due ulteriori clausole. L'art.5.4 (Ricorso a fornitori terzi di servizi) introduce un principio di non ambulatorietà dell'obbligo della corretta informazione, la quale permane in capo ai soggetti istituzionali, anche nel caso in cui per l'adempimento ricorrano, come è legittimamente previsto, a soggetti terzi estranei.

Più problematico il disposto ex art.5.5 (Prevenzione dell'elusione). Riemergono qui i medesimi dubbi più sopra esposti, per difetto di strumenti giuridici coercitivi consensualmente accolti per via convenzionale. La norma, infatti, nel menzionare la circostanza secondo cui: «le Parti adottano le misure necessarie a evitare che le istituzioni finanziarie facciano ricorso a pratiche atte ad eludere gli obblighi di comunicazione richiesti dal presente Accordo», denuncia un alto tasso di astrazione. Fatte salve le procedure individuate ex Allegati I e II, e la principale sanzione consistente nella chiusura coatta del rapporto bancario a danno dei clienti cd. «recalcitranti», le

¹⁰⁴ Tale disciplina solleva perplessità in duplice senso: non solo esprime una inequivocabile introduzione di una normativa domestica (sanzionatoria) applicabile su soggetti-enti appartenenti ad altro ordinamento giuridico, con conseguente *vulnus*, del principio di sovranità statale, ma anche in termini di effettiva attuazione, difettando di un adeguato supporto di riferimento: non esiste infatti un accordo internazionale preventivo che stabilisca i termini e le modalità dell'applicazione di norme sanzionatorie esterne, in grado di produrre effetti su quegli enti dello Stato Città del Vaticano che si siano resi inadempienti, né una tale evenienza è stata contemplata negli Allegati I e II dell'Accordo FATCA.

D'altra parte, il tenore dell'art.5.3 b sembrerebbe costituire una regola di condotta atta a sollecitare il rispetto del principio di conformità, inducendo il soggetto inadempiente a correggere la mancanza: se l'Istituto finanziario vaticano non corregge il difetto di conformità entro 18 mesi, l'autorità USA considererà tale ente come «non partecipante» (secondo la definizione ricavabile dai Regolamenti del Dipartim. del Tesoro degli Stati Uniti, ex art.1.1, lett. p, FATCA).

misure coercitivo/sanzionatorie antielusive restano sospese nel limbo di una disciplina di dettaglio in attesa di negoziati internazionali *de iure condendo*.

c) *Principio di trasparenza* (art.6, FATCA). L'esame di questo principio offre una significativa misura dell'adattabilità dell'accordo FATCA con lo Stato-Parte contraente. Il principio di trasparenza viene infatti regolato in modo difforme a seconda dello Stato destinatario. Verso la Santa Sede/SCV il FATCA è più snello e meno impegnativo che non nel caso del correlativo Accordo bilaterale steso con il governo italiano. Manca nell'accordo vaticano il criterio dell'impegno reciproco dei governi firmatari alla trasparenza, attraverso iniziative di incentivazione e sostegno regolamentare e legislativo atte a fornire lo scambio di informazioni.

Tale vuoto normativo può facilmente essere interpretato nel senso ella speciale attenzione verso l'azione della Santa Sede in conformità con la sua specifica natura di Stato *enclave* e la sua lunga storia, e confermare la sua piena autonomia ed indipendenza da qualsiasi forma di pressione di tipo politico-economico nella promozione di una legislazione finanziaria uniforme ed armonizzata agli *standard* internazionali¹⁰⁵. Quanto detto appare confermato dalla mancanza di un qualsivoglia cenno alla predisposizione di un modello comune per lo sviluppo e l'adeguamento delle regole FATCA di comunicazione e scambio di informazioni, anche nel quadro dei rapporti Santa Sede/SCV ed Organizzazioni internazionali (OCSE) e comunitarie (UE) e, più in generale, con altri *partner*¹⁰⁶.

L'accordo vaticano, invece, stabilisce un comune impegno di collaborazione, allargato ad altri *partner*, e volto all'attuazione degli obbiettivi di *policy*, per quanto attiene al trattamento della ritenuta alla fonte sui pagamenti esteri *passthru* e sui ricavi lordi esteri (art.6.1).

Il principio di trasparenza è completato da una disposizione sulla «Documentazione dei conti intrattenuti a partire dalla data di determinazione» (art.6.2) presso un'Istituzione finanziaria vaticana tenuta alla comunicazione con la quale la Santa Sede/SCV, per le comunicazione a partire dal 2017 e per gli anni successivi, si impegna a stabilire entro il 1 gennaio 2017 una normativa appropriata¹⁰⁷.

Anche qui, tuttavia, appare evidente il diverso approccio nella configurazione normativa del principio di trasparenza, che non prevede un obbligo

¹⁰⁵ Cfr. Accordo FATCA Italia - USA, art.6.1.

¹⁰⁶ Cfr. Accordo FATCA Italia - USA, art.6.3.

¹⁰⁷ Si tratta di «norme che impongono alle istituzioni finanziarie vaticane tenute alla comunicazione di ottenere il TIN statunitense di ciascuna persona statunitense specificata come richiesto a norma del sub-paragrafo 2(a)(1) dell'articolo 2».

corrispondente in capo alle Istituzioni finanziarie americane¹⁰⁸, dovendosi ciò giustificare con l'assenza di strutture bancarie riferibili allo SCV.

d) *Principio di coerenza giurisdizionale* (art.7, FATCA). Il proposito di sviluppare il modello negoziale bilaterale FATCA, elevandolo a sistema normativo generale di armonizzazione legislativa in materia di trasparenza fiscale tra Stati, trova una chiara manifestazione nell'art.7 (Coerenza nell'applicazione della normativa FATCA alle giurisdizioni *partner*). La norma prevede un'estensione delle condizioni di maggior favore nell'applicazione del FATCA a beneficio delle Istituzioni finanziarie vaticane (ex art.4 e Allegato I) se quelle stesse condizioni più favorevoli erano già concesse in un accordo bilaterale concluso da una giurisdizione *partner*, qualora in detto accordo fosse anche contemplata l'assunzione dei medesimi obblighi di comunicazione già accettati dalle Istituzioni finanziarie vaticane (e previsti dagli art.2 e 3).

In altre parole, stante la natura di negozio bilaterale del FATCA, l'art.7 propone una tendenziale uniformazione tra obblighi e diritti, tra tutte le Parti contraenti, in modo da creare un'armonizzazione della disciplina che escluda discriminazioni o condizioni sfavorevoli solo per alcune entità finanziarie.

L'intenzione di dar luogo ad un sistema legale uniforme è poi confermata dal disposto per cui le giurisdizioni *partner* contraenti saranno «soggette agli stessi termini e alle stesse condizioni indicati nei medesimi (artt.2 e 3) nonché negli articoli 5, 6, 7, 10 e 11 dell'accordo» (art.7.1).

È utile osservare, inoltre che quella di maggior favore applicabile si configura come clausola aperta, in quanto «Gli Stati Uniti notificano alla Santa Sede/SCV eventuali condizioni più favorevoli e applicano automaticamente tali condizioni più favorevoli ai sensi del presente Accordo (...)», con ciò concedendo l'ingresso di ipotesi di maggior favore successive alla stipula del FATCA: condizioni la cui efficacia temporale retroagisce automaticamente con l'entrata in vigore dell'accordo che le contemplava, in quanto vengono considerate: «come se fossero specificate nell'Accordo stesso» (art.7.2).

Non smentendo la consolidata cautela tipica, le autorità vaticane hanno accolto l'edizione del FATCA con questa significativa variazione aggiunta al testo «unless the HS/CVS declines in writing the application thereof», privando di ogni automatismo l'applicazione dei potenziali benefici, e sottoponendoli ad una preventiva valutazione prudenziale.

La più significativa divergenza del FATCA vaticano con il modello proposto dagli USA verso altri governi nazionali sono desumibili dagli artt. 8 e

¹⁰⁸ Come, invece, è prescritto nell' Accordo FATCA Italia - USA, art.6.4 a.

9, laddove la capacità dell'adattabilità dell'accordo bilaterale alle caratteristiche della controparte si coniugano tanto con le contingenze economiche e strutturali dello Stato contraente, quanto con la storia delle tradizioni diplomatiche nella stesura delle pattuizioni.

e) *Principio di negoziabilità amichevole* («*Mutual agreement procedure*», art.8, FATCA). Dalla lettura della norma emerge la collaudata tradizione diplomatico-concordataria della Sede Apostolica¹⁰⁹. «In caso di difficoltà o dubbi tra le parti in merito all'attuazione, all'applicazione e all'interpretazione del presente accordo, le autorità competenti si adoperano per risolvere la questione di comune accordo» (art.8.1). La regola ermeneutica prevede la sospensione degli impegni qualora subentrino dubbi o difficoltà non solo nell'attuazione, ma anche nella semplice comprensione del significato degli impegni assunti.

Il principio, integrato dall'art.8.2 secondo il quale «Le autorità competenti possono adottare e attuare le procedure per facilitare l'attuazione del presente accordo», si presta però ad interpretazioni evanescenti, perché la facoltà di adottare ed attuare procedure volte a facilitare l'attuazione degli impegni implica una preventiva definizione ed un preliminare consenso raggiunto sulle procedure *de quo*.

La procedura ex art.8.2 va dunque interpretata secondo il più estensivo senso compreso nel principio di negoziabilità amichevole tra le Parti, che lascia un ampio margine di comprensione ed attuazione degli impegni concordati: una regola in coerenza con lo spirito delle norme, improntato all'autonomia delle scelte operative, senza inquadramenti preordinati. Ne sia prova la norma ex art.8.3: «Le autorità competenti possono comunicare tra loro direttamente a scopo di giungere ad un accordo in virtù del presente articolo». Questo periodo introduce un criterio di negoziabilità amichevole «*in progress*» ed informale tra le Parti, nel senso che un accomodamento è sempre possibile attraverso comunicazioni dirette ed officiose, in ogni momento.

Tale norma assume un significato peculiare e va letta come criterio ermeneutico generale nei rapporti delle autorità governative statunitensi con gli Istituti finanziari vaticani, venuti in essere in virtù del FATCA. La segnalata peculiarità emerge stante la presenza di una diversa norma (art.10, Consultazioni ed emendamenti) che richiede consultazioni formali volte ad accordi scritti tra le Parti per ovviare ad eventuali difficoltà insorgenti nell'applicazione dell'accordo (art.10.1).

Più coerente e degno di autonomo inquadramento, il principio dell'even-

¹⁰⁹ JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *Passato e presente dei concordati*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), Giuffrè, Milano, pp. 615-619.

tuale modifica dell'accordo, da prendere per «consenso scritto» tra le Parti, trattandosi qui di modifiche sostanziali dell'originario rapporto concordatario, e non di semplice consenso sulle modalità attuative o applicative del medesimo (art.10.2).

f) *Principio di riservatezza («confidentiality»*, art.9, FATCA). Si tratta dell'altra significativa peculiarità dell'accordo FATCA vaticano, non rintracciabile negli equivalenti patti finanziari stipulati dalle autorità statunitensi con altri governi¹¹⁰. Secondo l'art.9.1: «L'autorità competente della Santa Sede/Stato Città del Vaticano deve trattare le informazioni ricevute dagli Stati Uniti ai sensi dell'articolo 5 del presente accordo come riservate e deve fornire tali informazioni solo nella misura necessaria per svolgere i suoi obblighi derivanti dal presente accordo». L'impegno al segreto, dunque, insiste sulle autorità vaticane, largamente aduse alla riservatezza nei rapporti diplomatici. Queste resterebbero svincolate solo nel caso di richieste istruttorie avanzate dalle autorità giudiziarie, qualora ciò fosse funzionale all'osservanza della condotta contemplata nell'accordo e si rilevasse necessario ad essa. L'accordo prevede (art.9.2) anche l'ipotesi inversa, in cui tenuta al segreto è l'autorità americana depositaria di comunicazioni riservate ottenute dalla Santa Sede. La norma è più dettagliata sia riguardo alle autorità che possono ottenere i dati (tribunali; organi amministrativi; in genere, persone appartenenti al Governo degli Stati Uniti), sia riguardo alle modalità di trattamento dei dati (valutazione; raccolta; somministrazione; incrocio con procedimenti su ricorsi pendenti in materia di tasse federali).

Lascerebbe ragionevolmente perplessi la previsione per cui: «Le persone od autorità [sopra menzionate] utilizzeranno tali informazioni nel corso di udienze pubbliche o nei giudizi». Tale norma si oppone a tutta evidenza al principio di riservatezza, inteso a tutelare la *privacy* dei contribuenti infedeli. In realtà la norma va letta nel contesto e collegata con l'ulteriore disposto per cui, ancora una volta, il principio che anima l'accordo FATCA vaticano è subordinato al criterio della negoziabilità amichevole e alla sussistenza di ulteriori regole ermeneutiche tra le Parti, in grado di aprire deroghe o rendere flessibili i criteri in linea di principio rigidi e non negoziabili, per contrasto tra interessi antagonisti¹¹¹.

¹¹⁰ Per parte sua, il Decreto CLIX del Presidente del Governatorato SCV per la prima volta nella legislazione vaticana stabilisce in modo esplicito il principio di riservatezza, e lo rafforza introducendo una riserva di legge atta a modellarne, estenderne o restringerne i confini, a seconda delle esigenze. Cfr. COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., p. 390.

¹¹¹ «Fermo restando quanto sopra, in cui la SS/SCV offre previo consenso scritto (...), le informazioni possono essere utilizzate per scopi consentiti ai sensi delle disposizioni di un trattato di assistenza giudiziaria in vigore tra le parti che consente lo scambio di informazioni fiscali», art.9.2.

Al principio di riservatezza va ancora ricondotto l'art.12.4 (Durata dell'Accordo) che ne è un'applicazione non rinvenibile negli analoghi accordi FATCA, e secondo il quale, in caso di cessazione di vigenza dell'Accordo, le Parti restano obbligate al segreto per quanto attiene le informazioni scambiate.

Riguardo alla Santa Sede/SCV, il FATCA non dà adito a problemi nuovi: semplicemente, riguarda in prospettiva nuova preesistenti questioni sull'organizzazione della Sede petrina, quale inedito «*subiectus oeconomicus*». La Chiesa cattolica ammette le logiche di profitto solo a condizione di una conversione statutaria di servizio al bene, in atto di carità. La missione soprannaturale verso cui sono dirette le cose umane rende possibili armonizzazioni e fusioni intese a favorire l'accordo tra società umana e diritto divino. Per questo, è possibile non solo che la Santa Sede e lo SCV si presentino nel diritto internazionale come entità unitaria, ma che tale unità soggettiva si dilati nella triplice dimensione di Chiesa cattolica, di Santa Sede e di Romano Pontefice¹¹². I primi cospicui esempi di identificazione, non a caso, risalgono alla Convenzione monetaria con l'Unione Europea del 17 dicembre 2009¹¹³. L'unione-sovrapposizione esplicita tra Santa Sede e Stato Città del Vaticano adottata nell'accordo, sembra aver dissolto le ambivalenze imputate dalla dottrina al doppio impiego¹¹⁴.

È certo che l'esigenza di trasparenza ed il complesso organico dei principi ispirati nell'accordo FATCA alla «*due diligence*» e alla buona fede nella cooperazione internazionale tra Stati-parte, non poteva non indurre la Santa Sede a dissipare i dubbi sui soggetti responsabili degli obblighi di comunicazione dei dati bancari. L'opzione per una identificazione soggettiva di Santa Sede/SCV ai fini dell'adozione degli impegni pattizi, in termini formali e sostanziali, verso la controparte americana, è conforme con la formula già impiegata nella *Monetalis Conventio* del 2009. In tal senso si ravvisa una linea di coerenza con la volontà della Santa Sede a recepire gli obblighi internazionali *in toto et in extenso*, ossia dello SCV e suoi organi statuali e della

¹¹² JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., p. 35 e n.11.

¹¹³ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 154 e n.6. Sulle legittime pretese della Chiesa cattolica a partecipare alla contrattazione internazionale secondo le soggettivazioni formali che meglio ne interpretino le peculiari necessità, cfr. PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Il rapporto giuridico tra lo Stato Città del Vaticano e la Chiesa cattolica*, in PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Vaticano e Santa Sede* cit., pp. 187 ss.

¹¹⁴ La persistente equivocità nei rapporti con l'UE è da ascrivere alla sovrapposizione delle due entità giuridiche verticistiche della S. Sede e dello Stato Città del Vaticano nella prassi delle relazioni diplomatiche. Tale sovrapposizione non inficia il fatto che «si tratti pur sempre di due persone giuridiche diverse» della cui distinzione, in altre occasioni, l'UE manifesta una chiara percezione. ROMEO ASTORRI, *La soggettività giuridica* cit., pp. 75, 85 e 97.

Santa Sede e suoi organi di Curia¹¹⁵. D'altra parte, tali modalità di esercizio dell'attività pattizia ora indirizzata ad esigenze di cooperazione diretta alla trasparenza economico finanziaria, confermano consuetudini diplomatiche pontificie di lungo periodo, espresse nell'usuale ratifica dei trattati internazionali ed illustrate dal ricorso ai chirografi, in cui la sottoscrizione è apposta dalla Santa Sede «in nome e per conto» dello Stato Città del Vaticano¹¹⁶.

Altra questione rilevante è la congruenza del sistema FATCA con un ordinamento giuridico che non conosce, nei termini usuali, un sistema bancario nel comune significato tecnico sia organizzativo che funzionale¹¹⁷: circostanza, questa, che induce a riconoscere nella locuzione «Istituzioni finanziarie vaticane» una terminologia a valenza surrogatoria ed il più possibile estensiva e comprendente, quantomeno, i cd. «intermediari finanziari» ai quali possono estensivamente essere ricondotti lo IOR e, in certa misura, l'APSA¹¹⁸. Evenienza che, come si vedrà, spiega le specifiche disposizioni rinvenibili nell'allegato II al FATCA¹¹⁹. Circostanza che spiega, inoltre, l'adattamento del FATCA e della sua disciplina di vigilanza prudenziale, alla natura sostanzialmente monopolistica dell'ordinamento vaticano, della sua struttura e dei suoi operatori finanziari¹²⁰.

D'altra parte, per un principio analogico, non potrebbero non essere considerati istituti bancari gli Istituti finanziari vaticani ai quali si indirizza un accordo che, *mutatis mutandis* per i corrispondenti accordi stipulati dagli USA con altri governi, assume come principale soggetto di disciplina le banche e la loro attività creditizia, e modalità operative su cui lo scambio coordinato, reciproco ed automatico di dati sensibili, ai fini della trasparenza, è la *ratio* normativa.

Nel FATCA sono le banche, e non gli enti finanziari deputati ad attività

¹¹⁵ ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 125 e n.33.

¹¹⁶ JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Passato e presente dei concordati* cit., pp. 636-637; ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 115, n.13 e, in partic., p. 114, laddove opportunamente ricorda la non eccezionalità della consuetudine della S.Sede di sottoscrivere i trattati con la formula «in nome e per conto dello SCV», posto che il *treaty making power* è indiscussa potestà riservata al Romano Pontefice, il quale la esercita abitualmente attraverso la Segreteria di Stato.

¹¹⁷ Lo SCV difetta, analogamente ad altri micro-Stati europei, di una Banca Centrale. Cfr. ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 132 e n.10, e p. 134.

¹¹⁸ PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 207 ss.

¹¹⁹ Allegato II, Capo II; Capo III.A 4 (parzialmente) 5 e 6; Capo III.B; Capo III.C; l'intero Capi IV, V e VI. A.A.S., *Conventio* cit., pp. 688 ss.

¹²⁰ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 162 e n.17. Segnatamente il regime a carattere monopolistico del settore economico-finanziario e professionale è uno dei motivi-chiave attraverso cui leggere la normativa FATCA. In ogni caso, appare rilevante il rinvio ai principi generali dell'ordinamento canonico. Sul punto, cfr. COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., p. 390.

diverse da quelle istituzionali, ad assumere, infatti, un ruolo cruciale nello scambio di informazioni su base automatica¹²¹. E posto che la disciplina FATCA è destinata a configurare uno *standard* internazionale allargato a tutti gli Stati «*white list*»¹²², proponendo un nuovo scenario nei rapporti bancari, la Santa Sede/SCV, all'atto della stipula, conferma la volontà di essere partecipe di una cooperazione allargata, volta alla trasparenza ed in cui vengono parimenti accettati diritti e speciali obblighi su un piano di reciprocità (cfr. art.6 FATCA).

Un altro aspetto problematico attiene, quindi, agli effetti dell'accordo, quando ne vengano disattesi gli impegni: quali sanzioni? quale natura riparatoria o risarcitoria? e quale autorità giurisdizionalmente competente in caso di controversie insorte? L'accordo finanziario, in proposito, è lacunoso, pur contemplando una graduazione scalare di errori tecnici (art.5) e correlative sanzioni, da attingere alla legislazione domestica americana, ma la cui attuazione internazionale presupporrebbe un accordo *ad hoc*.

Il FATCA non prevede, come misura sanzionatoria, la decadenza della Convenzione (quale effetto risolutivo del patto inadempito), perché tale soluzione si tradurrebbe fatalmente in un pericoloso grimaldello per indebolire il sistema nel suo complesso¹²³.

Nel caso di contestazioni tra le Parti, ammesso che, anche sotto questo profilo si sono materializzate importanti novità, quale autorità giurisdizionale avrebbe competenza a *ius dicere* per la composizione della lite?¹²⁴

6. Lo specifico adeguamento pattizio alle peculiarità dell'ordinamento finanziario vaticano. Gli Allegati I e II al FATCA

Secondo quanto dichiarava Mons. Paul Richard Gallagher, Segretario

¹²¹ PIERO BONARELLI - ENRICO GAIANI, *Lo scambio automatico di informazioni* cit., p. 5.

¹²² Sull'inquadramento dei Paesi a seconda della buona gestione finanziaria, in «*black list*» e «*white list*», si veda MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., p. 957, n.46. Sull'evoluzione della composizione di tali liste, MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., p. 6.

¹²³ ANTONIO MARCELLO CALAMIA, *La soggettività dello Stato Città del Vaticano* cit., p. 108.

¹²⁴ In proposito, la *Monetalis Conventio* del 2009 art.10 introduce, per i rapporti giuridici vigenti nello specchio europeo, una competenza esclusiva per la soluzione delle controversie insorte tra le Parti in ordine all'applicazione della stessa. Occorre tuttavia segnalare che, come è stato opportunamente rilevato in dottrina, detta Convenzione ha infranto un antico tabù che deroga con forza dirompente, sebbene limitata al settore economico-finanziario, al principio *Prima sedes a nemine iudicatur*. Così, PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria* cit., p. 204; ANTONIO MARCELLO CALAMIA, *La soggettività dello Stato Città del Vaticano* cit., p. 107.

Vaticano per i Rapporti con gli Stati, commentando il testo dell'accordo intergovernativo, l'individuazione di parametri di conformità internazionale su un settore così complesso e delicato, qual è il finanziario, deve avere un occhio di riguardo all'adattamento e alle caratteristiche «esclusive» della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano¹²⁵. I due Allegati integranti lo storico negoziato rispondono a questa sollecitazione.

Finalità dell'Allegato I¹²⁶ al FATCA è di applicare le «procedure di adeguata verifica» («*due diligence procedure*») comprendenti una serie di attività di conoscenza, identificazione o comunicazione, per appurare se i conti in esse custoditi, nonché i conti detenuti presso Istituzioni finanziarie «non-partecipanti», siano da considerare statunitensi e quindi siano oggetto di comunicazione.

A tale scopo la Santa Sede/SCV può obbligare le menzionate Istituzioni finanziarie vaticane ad applicare le «*due diligence procedure*» (Capo I, A) o, in alternativa, può consentire di «esperire le procedure descritte nei pertinenti Regolamenti del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti per stabilire se un conto è un conto statunitense (...)» (Capo I, C). È quindi necessario stabilire preventivamente la titolarità di detti conti (se di persone fisiche o di entità giuridiche) e la loro costituzione temporale (se siano conti nuovi o preesistenti).

Il Capo II («Conti preesistenti di persone fisiche») stabilisce le procedure di verifica (ordinarie, supplementari o rafforzate) atte a rilevare gli «U.S. *indicia*»¹²⁷ e la cui intensità aumenta gradualmente in funzione della consistenza del saldo del conto (di importo minimo; non rilevante e rilevante) soggetto al controllo¹²⁸. Circa i «Nuovi conti di persone fisiche» in quanto

¹²⁵ PAUL RICHARD GALLAGHER, *Comune impegno di trasparenza*, cit., p. 2.

¹²⁶ Obblighi di adeguata verifica per l'identificazione e la comunicazione di conti statunitensi oggetto di comunicazione e di pagamenti a talune istituzioni finanziarie non partecipanti, A.A.S., *Conventio* cit., pp. 663 ss.

¹²⁷ PIERO BONARELLI - ENRICO GAIANI, *Lo scambio automatico di informazioni* cit., p. 4.

¹²⁸ Si tratta di conti per i quali: non sussiste l'obbligo di verifica, identificazione o comunicazione trattandosi di conti con un saldo/valore che non superi i \$ 50.000 alla data della determinazione; o contratti di assicurazione o di rendita con saldo/valore inferiore ai \$ 250.000 o, ancora, di contratti di deposito con saldo/valore entro i \$ 50.000 (§II. A).

I conti per i quali sussiste la *due diligence procedure* sono i cd. «conti di importo non rilevante» il cui saldo/valore sia compreso tra i \$ 50.000 ed il milione di \$. Qui l'Istituzione finanziaria vaticana è tenuta a avviare ricerche d'archivio (elettronico e cartaceo) per individuare i cd. «U.S. *indicia*» (§II. B 1), ossia, tra gli altri, «l'identificazione del titolare come cittadino residente statunitense (o) l'indicazione univoca del luogo di nascita negli U.S.» (§II. B 1, a, b).

Detti «conti preesistenti di importo non rilevante» possono essere soggetti a procedure supplementari di *due diligence* volte alla verifica degli «U.S. *indicia*»: in tal caso sono soggette ad un limite temporale di esperimento, da esaurirsi entro due anni dalla data di determinazione (§II. C 1).

aperti dopo la determinazione della data, in base al Capo III, restano valide le prescrizioni già precedentemente esaminate, cui si aggiunge lo strumento dell'autocertificazione¹²⁹. Questo mezzo di verifica rappresenta per l'Istituto finanziario una strada preziosa per decifrare l'effettiva buona fede con cui il cliente ha imbastito il rapporto istituzionale e, stante il valore probatorio presuntivo ad esso collegato, il suo ottenimento ed i suoi contenuti riducono notevolmente i tempi istruttori di *due diligence* commessi all'Istituzione finanziaria vaticana¹³⁰.

Con riguardo ai «Conti preesistenti di entità», disciplinati al Capo IV dell'Allegato I, la normativa minuziosa contempla conti soggetti o meno alla verifica¹³¹, con speciale attenzione per quelli detenuti da entità non finanziarie estere passive¹³². Le verifiche sono soggette a scadenze variabili, a seconda

Per i cd. «conti di importo rilevante» (con saldo/valore superiore al milione di \$) si applicheranno procedure di verifica «rafforzata». Le Istituzioni finanziarie vaticane sono tenute a verificare i dati conservati negli archivi elettronici allargando la ricerca, in caso di dati incompleti, a quelli cartacei e, se necessario, estendendo ulteriormente il raggio di indagine alla anagrafica principale del cliente, ricorrendo alle tecniche di incrocio dei dati associati al conto negli ultimi cinque anni (§II. D 1, 2), potendo anche giungere a consultare i responsabili del rapporto bancario cui erano affidati i conti (principale e collegati) del titolare (presunto) statunitense e le dichiarazioni dei quali potranno avere valore decisivo nel chiarimento degli «U.S. indicia». La disposizione, infatti, si esprime nei seguenti termini: «(...) l'istituzione finanziaria italiana tenuta alla comunicazione considera come conti statunitensi oggetto di comunicazione tutti i conti di importo rilevante affidati ad un responsabile del rapporto (ivi compresi eventuali conti collegati a tale conto) se il responsabile del rapporto ha conoscenza effettiva che il titolare del conto è una persona statunitense specificata» (Capo II. D 4). Per i «conti di importo rilevante» possono anche essere esperite procedure supplementari (Capo II. E).

¹²⁹ Si distingue tra conti (e contratti di assicurazione) di valore inferiore ai \$ 50.000, per i quali non sussiste obbligo di verifica (Capo III. A 1 e 2) ed altri nuovi conti, per i quali le Istituzioni Finanziarie vaticane devono chiedere al correntista l'autocertificazione all'atto dell'apertura del conto (Capo III. B 1).

¹³⁰ L'autocertificazione si rivela documento decisivo alla determinazione della verifica se il titolare del conto sia fiscalmente residente statunitense. Perciò, se l'Istituzione suddetta non è in grado di ottenere dal cliente un'autocertificazione veritiera, ed abbia motivo di ritenere come inesatta o inattendibile quella in suo possesso, potrà considerare il conto come conto statunitense oggetto di comunicazione.

¹³¹ «Conti preesistenti di entità» per i quali non sussiste l'obbligo di verifica, identificazione e comunicazione sono quelli con saldo non superiore ai \$ 250.000 alla determinazione della data (Capo IV. A), mentre l'obbligo della verifica sussiste per quelli con saldo superiore al milione di \$ nell'ultimo giorno del 2015 o di un successivo anno solare (Capo IV. B). Conti per i quali sussiste l'obbligo di comunicazione sono «(...) solamente i conti detenuti da una o più entità che sono persone statunitensi specificate, o da entità non finanziarie estere passive (passive NFFEs) con una o più persone che esercitano il controllo che hanno la cittadinanza o la residenza negli Stati Uniti» (Capo IV. C).

¹³² In tal caso vengono infatti in essere stringenti procedure di verifica per l'identificazione dei conti riferibili a tali entità. Tali procedure, che contemplano anche l'eventuale richiesta di ottenimento di un'autocertificazione del titolare del conto, sono volte a determinare: se l'entità è una persona statunitense specificata (Capo IV. D 1); se l'entità non statunitense è Istituzione finanziaria (Capo IV. D 2); se l'Istituzione Finanziaria è del tipo «non partecipante» (Capo IV. D 3); se un conto detenuto da un'entità finanziaria estera sia conto statunitense oggetto di comunicazione (Capo IV. D 4).

delle circostanze economiche che qualificano la consistenza patrimoniale¹³³.

Dove la disciplina manifesta tratti peculiari e difformità dalla normativa FACTA standardizzata, è a proposito dei «Nuovi conti di entità» (Capo V), che tratta di procedure per conti detenuti da Istituzioni finanziarie non partecipanti ed aperti «dopo la determinazione della data»¹³⁴.

Il Capo VI dell'Allegato I (Regole speciali e definizioni) presenta alcuni aspetti interessanti, intesi all'identificazione di un soggetto («Entità non finanziaria estera attiva») svolgente attività economico-finanziaria: criterio che offre la misura della penetrazione del FACTA come strumento di controllo fiscale sugli operatori finanziari¹³⁵. L'altro profilo di interesse attiene alle «Prove documentali». L'Allegato I, Capo V, definisce come «accettabili», in quanto aventi valore probatorio ai fini della *due procedure*, le documentazioni comprovanti la veridicità di notizie su persone fisiche¹³⁶,

¹³³ Nel caso di cambiamento di circostanze incidenti sulla consistenza dei conti, per cui l'Istituzione Finanziaria vaticana «(...) è a conoscenza o ha motivo di essere a conoscenza che l'autocertificazione o altra documentazione associata al conto siano inesatte o inattendibili, essa ridetermina lo *status* del conto» (Capo IV. E 3).

¹³⁴ Anche qui si distingue tra conti esenti da procedure di verifica, identificazione e comunicazione (Capo V. A) ed altri nuovi conti di entità. In tale seconda ipotesi l'Istituzione finanziaria vaticana tenuta alla comunicazione deve possedere un'effettiva conoscenza della natura dell'entità titolare del conto oggetto delle verifiche. A tale scopo, questa può raggiungere il prescritto necessario livello di conoscenza dello *status* dell'entità in base all'«Account Holder's Global Intermediary Identification Number» o alle informazioni in suo possesso, o che siano pubblicamente disponibili (Capo V. B 1) o, negli altri casi, attraverso l'ottenimento dell'autocertificazione del titolare del conto (Capo V. B 3).

¹³⁵ È considerato tale il soggetto che «soddisfi almeno uno dei seguenti criteri (tra gli altri): il capitale è regolarmente negoziato in un mercato dei titoli regolamentato (...); l'entità è organizzata in un Territorio degli Stati Uniti e tutti i proprietari di tale entità percipiente sono effettivamente residenti di tale Territorio degli Stati Uniti; (...) tutte le attività dell'entità consistono essenzialmente nella detenzione (piena o parziale) della consistenza dei titoli (...) verso una o più controllate, impegnate nell'esercizio di un'attività economica o commerciale diversa dall'attività di un'istituzione finanziaria (...); l'entità non esercita ancora attività economica (...); si occupa principalmente di operazioni di finanziamento e operazioni di copertura con o per conto di entità collegate che non sono istituzioni finanziarie, e non fornisce servizi di finanziamento o di copertura a entità che non siano entità collegate (...)» (Capo VI. B 4, b, c, e, f, h) e la cui attività risponde ad una serie di requisiti tra i quali: l'essere «stata costituita e mantenuta nel suo paese di residenza esclusivamente per finalità religiose, caritatevoli, scientifiche, artistiche, culturali o educative; (...) non ha azionisti o soci che hanno un interesse a titolo di proprietari o di beneficiari sul suo reddito o patrimonio; le leggi applicabili del paese di residenza dell'entità o gli atti costitutivi dell'entità non consentono che il reddito o patrimonio dell'entità siano distribuiti o destinati a beneficio di un privato o di un'entità non caritatevole (...)» (Capo VI. B 4, i-iii) e, parimenti, prevedono che: «all'atto della liquidazione o dello scioglimento dell'entità, tutto il suo patrimonio sia distribuito ad un'entità governativa o altra organizzazione senza scopo di lucro, o sia devoluto allo Stato del paese di residenza dell'entità» (Capo VI. B 4, v).

¹³⁶ Tale documentazione potrà consistere in «un certificato di residenza rilasciato da un funzionario tributario abilitato del paese in cui il beneficiario dei pagamenti afferma di essere residente» (Capo VI. D.1); «un documento d'identità valido rilasciato da un ente pubblico autorizzato (...)» (Capo VI. D.2).

entità¹³⁷ o conti¹³⁸, nonché vicende di rilevanza fiscale, congruenti con gli scopi delle procedure di verifica¹³⁹.

L'allegato I desta interesse, ancora una volta, per le disposizioni specifiche che si attagliano alla speciale natura delle Istituzioni finanziarie vaticane: disposizioni non ricorrenti negli omologhi accordi FATCA¹⁴⁰. Vi si possono leggere, in proposito, una serie di norme, al Capo VI, lett. E, F, G, H, che introducono procedure alternative a quelle tipiche, per l'identificazione e comunicazione dei «*reportable account*» americani e di pagamenti alle Istituzioni finanziarie cd. «non partecipanti»¹⁴¹.

Anche l'allegato II del FATCA presenta notevoli difformità in confronto agli analoghi testi stipulati tra il governo americano e le omologhe autorità governative. Lo strumento è di grande rilievo perché garantisce l'adeguamento del FATCA al mutamento delle circostanze. Ciò può avvenire in virtù di mutuo accordo, in applicazione del principio di negozialità amichevole (ex art.3.6 FATCA), rendendo così possibile la necessaria flessibilità nell'inclusione o eliminazione delle entità, conti o prodotti che, rispettivamente, presentino, o abbiano perso, quel «basso rischio» di potenziale elusione del fisco americano da parte di correntisti statunitensi (Disposizioni generali)¹⁴².

Il Capo I (Beneficiari effettivi esenti con capitali diversi) introduce in aggiunta e a differenza di altri analoghi accordi FATCA, l'ipotesi di enti finanziari vaticani da considerare come «*Non reporting*» (dunque, esenti in base alle disposizioni delle Sezioni 1471 e 1472 dell'IRC USA) e che sono

¹³⁷ Si tratta di: «(...) documentazione ufficiale rilasciata da un ente pubblico autorizzato (...), contenente la denominazione dell'entità nonché l'indirizzo della sua sede principale nel paese (o Territorio degli Stati Uniti) in cui l'entità dichiara di essere residente (...)» (Capo VI. D.3).

¹³⁸ In tal caso riferendosi a un «conto tenuto in una giurisdizione in cui si applica una normativa antiriciclaggio approvata dall'IRS in relazione a un QI Agreement (come descritto nei pertinenti regolamenti del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti), ciascuno dei documenti per l'identificazione delle persone fisiche o delle entità diversi dai Modelli "IRS Form W-8" o "Form W-9" (...)» (Capo VI. D.4).

¹³⁹ Ossia «i bilanci, le informative commerciali ai terzi, le istanze di fallimento, o le relazioni alla U.S. Securities and Exchange Commission» (Capo VI. D.5).

¹⁴⁰ Può risultare esemplare il confronto con il menzionato accordo FATCA concluso con l'Italia.

¹⁴¹ Si tratta di procedure alternative che, nel pieno rispetto dei criteri che garantiscono la due procedure, riguardano diverse ipotesi di operazioni finanziarie: «per la contabilità finanziaria detenuta dai beneficiari individuali di un valore in contanti sul contratto d'assicurazione» (Capo VI, E); «per nuovi conti aperti prima dell'entrata in vigore del presente accordo» (Capo VI, G) e «per conti aperti dopo la Data di Determinazione, e prima del 1 gennaio 2015» (Capo VI, H). A sé stante, la procedura alternativa che prevede l'affidamento a terzi da parte delle Autorità vaticane: queste possono consentire alle Istituzioni finanziarie vaticane di fare affidamento sulle procedure di *due diligence* «effettuate da terzi nelle condizioni previste dai pertinenti Regolamenti del Tesoro US» (Capo VI, F). Cfr. A.A.S., 3 luglio 2015 cit., pp. 683 ss.

¹⁴² A.A.S., *Conventio* cit., p. 686.

«diversi rispetto a un pagamento che deriva da un obbligo tenuto in collegamento con un'attività finanziaria commerciale di un tipo impegnato da una Compagnia di Assicurazioni Specificata, da un Istituto di custodia o da un Istituto di deposito».

Di particolare interesse sono le disposizioni volte a far luce sulle «Entità di governo» (Capo I A.1, 2 e 3), siano esse i soggetti istituzionali consuetudinari (SCV, Santa Sede e «proprie suddivisioni politiche») o agenzie di loro piena appartenenza, o soggetti ad essi strumentali («*instrumentality*»).

La norma precisa che «(...) This category is comprised of the integral parts, controlled entities, and political subdivisions of the Holy See or the Vatican City State». *Ratio* della norma è l'intenzione di fare chiarezza sui soggetti vaticani che possono essere titolari di rendite da accreditare sui conti bancari. Si distingue, così, tra «soggetti parte integrante della Santa Sede/SCV», «soggetti controllati», e soggetti da intendere come reali beneficiari, in tal caso valendo come discrimine la natura privata del soggetto destinatario del reddito.

Rispondenti alle caratteristiche dell'ordinamento finanziario vaticano sono pure le disposizioni al Capo II (Capitali che si qualificano come beneficiari effettivi esenti), che elencano le possibili tipologie di fondi esenti dalle menzionate procedure fiscali americane: i fondi pensione ad ampio spettro di impiego (II A); i fondi pensione per i beneficiari effettivi (II B) e gli investimenti interamente afferenti a proprietari effettivi esenti (II C).

Al Capo III (Istituzioni finanziarie considerate adempienti con portata piccola o limitata) viene offerta una descrizione di «Banca locale»¹⁴³, in quanto rispondente a una serie di criteri che escludono il profitto, come scopo istituzionale.

A meglio chiarire cosa sia da intendere per «attività di una Istituzione finanziaria», il Capo III A 2 precisa che ciò consiste «principalmente nel ricevere depositi (...) a condizione che nessun membro possa percepire un interesse superiore al 5 per cento»¹⁴⁴. L'attività finanziaria esterna, estranea ad ogni incentivazione o supporto pubblicitario che attragga clientela, si deve dirigere allo svolgimento di «funzioni di supporto esclusivamente

¹⁴³ Capo III A.1: «A Financial Institution satisfying the following requirements: 1. The Financial Institution operates solely as (and is licensed and regulated under the laws of the Holy See or the Vatican City State as) (a) a bank or (b) a credit union or similar cooperative credit organization that is operated without profit», in A.A.S., *Conventio* cit., p. 689.

¹⁴⁴ Capo III A.2: «The Financial Institution's business consists primarily of receiving deposits from and making loans to, with respect to a bank, unrelated retail customers and, with respect to a credit union or similar cooperative credit organization, members, provided that no member has a greater than five percent interest in such credit union or cooperative credit organization».

amministrative»¹⁴⁵. Per parte sua, l'Istituto finanziario e le eventuali entità collegate devono configurarsi economicamente come soggetti con bilanci di non rilevante entità¹⁴⁶ mentre le «entità collegate» sono considerate tali solo se «(...) incorporate o organizzate nella Santa Sede/SCV (...) e soddisfino i requisiti posti al paragrafo A» (Capo III A.6).

Tra gli Istituti finanziari considerati adempienti l'Allegato II contempla anche quelli con *account* di basso valore, giacché tali Istituti «non sono enti di investimento» (Capo III B.1) e, quindi, nessun conto gestito potrà superare il tetto dei \$ 50.000 (Capo III B.2). È previsto il servizio di emissione di carte di credito senza che ciò snaturi lo *status* di «beneficiario» dell'Istituto finanziario vaticano (Capo III C.1). In ogni caso è rimessa all'Istituto stesso l'attivazione di «politiche e procedure per impedire (la costituzione di) un deposito che superi i \$ 50.000» (Capo III C.2).

Il Capo IV identifica gli «Enti di investimento» che si qualificano come «Istituti finanziari considerati adempienti»¹⁴⁷, ed aggiunge ulteriori specifiche disposizioni applicabili (Capo IV F).

Il Capo V identifica alcune tipologie di conti bancari mantenuti nella Santa Sede/SCV che, ai fini degli obblighi FATCA, possono essere considerati di natura differente dalla tipologia di conti finanziari e che, quindi, «non sono da considerare *reportable account* statunitensi»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Capo III A.3: «(...) For this purpose, a fixed place of business does not include a location that is not advertised to the public and from which the Financial Institution performs solely administrative support functions».

¹⁴⁶ «L'Istituto finanziario non ha più di 175 milioni di \$ in attività sul proprio bilancio, e l'Istituto finanziario e le eventuali entità correlate, nel loro insieme, non hanno più di 500 milioni di \$ in totale delle attività nei loro bilanci consolidati o combinati». Capo III A.5.

¹⁴⁷ Si tratta dei: 1. *Trustee-Documented Trust* (IV A); 2. Enti di investimento garanti e Società estere controllate (IV B); 3. Veicoli di investimento di stretta garanzia (IV C). Per queste entità di supporto la normativa impone le medesime regole di *due diligence* vigenti per un ente finanziario vaticano: «L'entità garante si impegna ad eseguire, per conto dell'Istituto finanziario, tutta la necessaria diligenza, *reporting*, e di altri requisiti [alle condizioni] di un istituto finanziario di riferimento della S.Sede/SCV e mantiene la documentazione (...) per un periodo di sei anni» (IV C.5 b). A questi si aggiungono: 4. *Investment Advisors* e *Investment Managers* (IV D); 5. Veicolo di investimento collettivo (IV E).

¹⁴⁸ Si tratta di: 1. alcuni conti di risparmio (V A) finalizzati alla pensione di anzianità e altri diretti a fini diversi da quelli pensionistici; 2. Contratti di assicurazione sulla vita a tempo determinato (per un periodo di copertura che spira prima del compimento del novantesimo anno d'età dell'assicurato); 3. Conti tenuti da una proprietà; 4. Conti su atti depositati presso terzi (tale fattispecie contempla varie ipotesi legali di conti gestiti presso la Santa Sede a diverso titolo, che potrà essere, tra l'altro: per ordine del tribunale, un contratto di vendita, mutuo o locazione); 5. Conti di giurisdizioni *partner*, «a condizione che tale *account* sia soggetto agli stessi requisiti e sorveglianza in base alle leggi di tale altra giurisdizione *partner* come se tale *account* fosse stato istituito in quella giurisdizione *Partner*» (V E). Cfr. A.A.S., cit., pp. 695 ss.

7. *Attuazione e rafforzamento dei sistemi integrati di vigilanza ed informazione finanziaria secondo il modello del rule of law e della law enforcement. L'AIF e la Segreteria per l'Economia*

Non sarà fuor di luogo rammentare che le motivazioni della presenza della Chiesa cattolica nella comunità politico-finanziaria si fondano su presupposti non sovrapponibili a quelli che ordinano la sua azione di apostolato e di testimonianza.

L'attività di missione, persino la «funzione politica» della Chiesa avverso le degenerazioni ideologiche dei sistemi di governo, poggiano realmente sull'esigenza di testimoniare la parola di Dio nel piano della storia dell'uomo. Anche l'affermazione del postulato della *libertas Ecclesiae*, sebbene mediamente, risponde a tale fine ultimo, attraverso l'edificazione meticolosa ed instancabile di garanzie giuridiche con le singole autorità degli Stati, o oggi con maggior frequenza, nei consessi internazionali delle Organizzazioni universali e regionali di Stati consorziati, nei quali attuare i propositi del messaggio di fede¹⁴⁹.

Nella dimensione finanziaria subentra un diverso tipo di approccio della Chiesa *in mundo*: la logica fondante del servizio si inverte; qui il rapporto tra la Chiesa e l'oggetto da assoggettare ad un ordine legale non è inclusivo, ma escludente, o meglio, estraniante. La pratica monetaria non è il fine, ma lo strumento: essa va intesa esclusivamente come prolungamento protesico del servizio. La parabola dei trenta denari simboleggia il caso di un impiego del danaro nella sua estrema distorsione espressa dal ribaltamento dell'ordine gerarchico dei valori di giustizia: una distorsione che denuncia plasticamente la debolezza umana di fronte alle fascinazioni; la narrazione evangelica, e l'ermeneutica patristica¹⁵⁰, impone alla Chiesa invisibile il rifiuto totalizzante di ogni compromesso al ribasso, di qualsivoglia mercanteggiamento dell'uomo e sull'uomo, salvo accettare i non pochi profili di ambiguità generati da una relazione che relativizzi il fine di servizio.

Ciò aiuta a comprendere l'attitudine della Chiesa a riformulare la sua

¹⁴⁹ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La città sul monte* cit., pp. 193 ss.

¹⁵⁰ «1. Poiché le cose hanno una fine e due cose ci sono davanti, la morte e la vita, ciascuno dovrà andare al suo posto. 2. Ci sono come due monete, una di Dio e l'altra del mondo ed ognuna di esse ha la sua impronta conata; gli infedeli quella di questo mondo, i fedeli nella carità quella di Dio Padre per Gesù Cristo. Se non avessimo a morire spontaneamente per lui nella sua passione, la sua vita non sarebbe in noi». S.INGAZIO DI ANTIOCHIA, *Lettera ai cristiani di Magnesia*, V, 1-2. *Le due monete* (110-117 d.C.), in *Sources Chrétiennes*, Paris, 1969 e JEAN-MARIE MAYEUR ET AL., *Storia del cristianesimo. Religione, politica, cultura*, I. (a cura di G. Alberigo), Borla – Città Nuova, Roma, 2003, pp. 401 ss.

soggettività (Santa Sede/SCV) e a modellare la modalità di partecipazione ad obblighi convenzionali, e adattare alla sua speciale natura, ad impegni di ordine generale, specie nel caso essi divarichino sensibilmente dalla sfera istituzionale del servizio.

L'Accordo FATCA pone le basi di contrasto all'evasione fiscale, attraverso l'arma dell'informazione condivisa. L'importanza politica dell'accesso informativo, segnalata dall'ambasciatore Hackett¹⁵¹, si coniuga con una strategia di contrasto alla corruzione ben presente nelle cure della Sede Apostolica. Pur assunte tutte le differenze correnti – ma anche le sotterranee relazioni – tra fenomeni corruttivi e operazioni di evasione fiscale¹⁵², la Chiesa possiede una lunga tradizione teorica, che attinge agli inquadramenti della Dottrina Sociale. Su tali basi è agevole impostare una apertura normativa ed un atteggiamento costruttivo con i modelli del *rule of law*, a beneficio della stabilità delle autorità politiche poste a governo della società civile¹⁵³.

Si è accennato, in proposito, all'importanza della l. n.XVIII, che prescrive l'obbligo sulle persone giuridiche esercenti attività finanziarie entro il territorio dello Stato petrino di comunicare alle autorità competenti i dati richiesti, relativi ad operatori e a qualunque titolo, beneficiari di attività economiche¹⁵⁴. È bene ancora sottolineare come la Santa Sede comprenda e consideri questo tipo di obblighi nell'ottica ed entro la dimensione di impegni assunti nei confronti della comunità politica internazionale¹⁵⁵, al preciso fine del raggiungimento del *bonum commune*.

L'impegno alla vigilanza e all'informazione reciproca ha assunto maggiore concretezza tanto nel quadro europeo (da quando il Vaticano ha sottoscritto gli impegni derivanti dal Sistema Informativo di Schengen-SIS), quanto

¹⁵¹ «(...) l'accesso alle informazioni da altri Paesi e altre giurisdizioni è di fondamentale importanza per la piena ed equa attuazione delle leggi fiscali interne statunitensi, lo scambio d'informazioni è una grande priorità per gli Stati Uniti».

¹⁵² OSVALDO H. SCHENONE - SAMUEL GREGG, *Una teoria della corruzione: teologia ed economia del peccato* (a cura di F. Felice), Quaderni dell'Istituto Acton, n.21, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 11 ss.

¹⁵³ Sui letali effetti della corruzione in relazione alla fiducia nella politica, il Pontif. Consiglio di *Iustitia et Pax*, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Conferenza Episcopale Argentina, Buenos Aires, 2005, n.411, avverte che questa: «compromette il corretto funzionamento dello Stato, influenzando negativamente nelle relazioni fra governanti e governati; introduce una crescente sfiducia verso le istituzioni pubbliche, ingenerando un progressivo disprezzo dei cittadini verso la politica ed i suoi rappresentanti, con il conseguente indebolimento delle istituzioni». Sul punto, cfr. MARTÍN SANTIVÁÑEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede* cit., pp. 186-187.

¹⁵⁴ ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 137.

¹⁵⁵ Ciò è espresso al Preambolo della l. CXXVII del 2010, secondo il quale: «La Santa Sede approva questo impegno (...) per far proprie queste regole (...) che servono allo svolgimento della propria missione e dei compiti dello Stato Città del Vaticano».

nello specchio internazionale (con l'adesione a normative che poggiano su sistemi di cooperazione anche nel controllo su patrimoni cumulati per via di evasione fiscale, come nel caso del GAFI). Questa prassi di «*compliance*» fiscale è ora resa più stringente dalle modalità automatiche introdotte con il FATCA, le quali concorrono all'adeguamento di sistema della normativa vigente nello SCV ad obblighi comuni muniti di cogenza generale nella comunità internazionale¹⁵⁶.

Il rafforzamento dei sistemi informativi integrati tra Stati poggia, in ogni caso, su forme di cooperazione spontanea e, nel caso dello SCV, su procedure che escludono interventi conoscitivi istruttori imposti *manu militari*, o implicanti forme di ingerenza invasiva dirette sugli Istituti finanziari vaticani: entità per le quali la *Monetalis Conventio* del 2009, art.8, esplicitava in via surrettizia il difetto della natura di soggetti creditizi bancari¹⁵⁷ per sottolineare, invece, la specialità di *status*.

Alla luce della strategia dell'informazione finanziaria condivisa, tuttavia, l'accordo FATCA sembra essere stato in grado di superare barriere verticali opposte dal sistema. Il rinvio è, in particolare, a due istituzioni dell'amministrazione statale vaticana che hanno assunto, specie nel corso dell'attuale pontificato, un ruolo di importanza strategica. L'AIF, voluto per iniziativa di Benedetto XVI e di cui papa Francesco ha approvato il nuovo statuto nel 2013, è provvisto, tra l'altro, di importanti ed intensive potestà negoziali a livello internazionale. È degno di nota che tale organismo, senza previo nulla osta della Segreteria di Stato, e con ciò manifestando la natura di autorità indipendente¹⁵⁸, sia in grado di stipulare protocolli di intesa (*memoranda*) in base al principio di reciprocità, direttamente con le autorità governative interessate (ex art.6.2, lett. p, St. AIF)¹⁵⁹. Quanto alle competenze ispettive, detta autorità, operando in base alle potestà di supervisione attribuitele, svolge un'analisi-monitoraggio delle transazioni sospette da parte dei cor-

¹⁵⁶ ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 117; GIUSEPPE RIVETTI, *Stato Città del Vaticano, Santa sede e normativa antiriciclaggio. Produzione legislativa tra specificità funzionali e complessità strutturali*, in *Diritto e religioni*, Pellegrini ed., Cosenza, 2013, pp. 163 ss.

¹⁵⁷ La citata normativa, infatti, agganciava l'osservanza di alcuni precisi impegni della normativa UE in materia bancaria e finanziaria alla condizione futuribile dell'eventualità del «(...) se e quando un settore bancario verrà creato nello SCV». Sul punto, PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria* cit., p. 29.

¹⁵⁸ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 115, che ne sottolinea la «novità assoluta per l'ordinamento vaticano». Sui rimaneggiamenti apportati alle competenze dell'AIF, COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., pp. 392-394 e p. 396.

¹⁵⁹ MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., p. 53, che ricorda come protocolli di intesa siano stati conclusi già, oltre che con gli Stati Uniti, anche con il Belgio, la Spagna e l'Italia.

rentisti degli enti finanziari vaticani¹⁶⁰.

L'ente vaticano, tra l'altro, è stato l'artefice dell'adesione della Santa Sede/SCV al Gruppo Egmont, favorendo così lo sviluppo del processo di collaborazione e scambio internazionale di informazioni, che è il pilastro su cui regge l'intero impianto FATCA¹⁶¹.

Il meccanismo congiunto tra FATCA e AIF ha funzionato come il cavallo di Troia, facendosi strada tra le inaccessibili mura che circondavano il fortilizio dei due soggetti vaticani di chiara, quanto discussa, funzione finanziaria: lo IOR¹⁶² e l'APSA¹⁶³.

L'altro soggetto di diretto rilievo ai fini del FATCA è la Segreteria per l'Economia, dicastero della Curia romana, competente ad eseguire accordi internazionali (ex art.14 dello Statuto)¹⁶⁴ e voluto da papa Francesco per esercitare azione di controllo e vigilanza amministrativa e finanziaria diffusa sugli agenti economico-finanziari operanti nel territorio vaticano, siano questi i dicasteri di Curia e le istituzioni e amministrazioni «collegate» sia alla Santa Sede, come, in special modo, l'APSA, che allo SCV (ex art.1, dello Statuto)¹⁶⁵.

¹⁶⁰ L'AIF ha potere di segnalazione delle transazioni sospette e di chiusura dei conti, nonché potere di trasmissione della pratica alla competente autorità giudiziaria vaticana (Promotore di Giustizia).

¹⁶¹ Il Gruppo Egmont è un *forum* globale di unità di informazione finanziaria. Vi aderiscono oltre 130 Stati, con la finalità di condividere le buone pratiche di scambio di informazioni. MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., pp. 53-54; ALESSIO SARAIS, *L'istituzione dell'Autorità di Informazione Finanziaria (Aif): l'impegno della Santa Sede nel contrasto agli illeciti finanziari*, in *iuscanonicum.it* (1/2014) il quale sottolinea la peculiarità della duplice natura giuridica soggettiva, quale persona giuridica canonica pubblica (ex can.116 CIC) ed ente morale di diritto vaticano, con ciò assumendo una competenza estesa nei confronti di tutti i soggetti operanti nella Santa Sede e nella Curia.

¹⁶² L'*Annuario Pontificio*, laconicamente, descrive lo scopo dell'istituto, già riformato da Giovanni Paolo II con chirografo 1 marzo 1990 (in *A.A.S.*, 1990, 82, pp. 1619 ss.) come inteso a «provvedere all'amministrazione dei beni mobili e immobili trasferiti o affidati all'istituto medesimo da persone fisiche o giuridiche e destinati ad opere di religione o di carità». *Annuario Pontificio*, 2015, cit., p. 1903.

¹⁶³ PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., p. 207. Da tempo sia lo IOR che l'APSA sono sottoposti alla lente ispettiva e di vigilanza del GAFI contro il riciclaggio di danaro e il finanziamento del terrorismo (AML/CTF) anche se i controlli effettivi, intesi come esami a campione della documentazione dei clienti in funzione del rischio sono avvenuti solo a fine del gennaio 2014. Vedi, ROBERTO TUMBARELLO, *Rapporto Moneyval S.Sede* cit.

Per l'APSA, cfr. *Annuario Pontificio*, 2015, cit., pp. 1240-1241.

¹⁶⁴ «Questa Sezione assiste il Prefetto quale autorità competente per lo scambio di informazioni di natura fiscale nelle ipotesi e secondo le modalità previste negli accordi internazionali stipulati dalla Santa Sede o dallo Stato della Città del Vaticano». Art.14, Statuto Segreteria per l'Economia.

¹⁶⁵ Papa Francesco con i citati rinnovati statuti del 22 febbraio 2015 (1 marzo 2015) ha trasferito alla Segreteria per l'Economia alcune competenze proprie della Sezione Ordinaria dell'APSA, relative all'amministrazione dei beni di proprietà della S.Sede «destinati a fornire i fondi necessari all'adempimento delle funzioni della Curia romana». Vedi *Annuario Pontificio*, 2015, cit., pp. 1840-1841.

8. *Gli Enti Finanziari vaticani quali destinatari degli impegni fiscali e le attività loro proprie. L'orientamento bifronte del FATCA, tra costrizione legale (law enforcement) e negoziabilità amichevole (mutual agreement procedure) ai fini della finanza trasparente*

L'accordo FATCA, come si è avvertito, non lascia margini di interpretazione su ciò che si debba intendere per «ente/Istituzione finanziaria vaticana». All'art.1.1, lett.g, chiarito che con il termine «Financial Institution» si intende «a Custodial Institution¹⁶⁶, a Depository Institution¹⁶⁷, an Investment Entity¹⁶⁸, or a Specified Insurance Company¹⁶⁹», propone una nozione giuridica delle Istituzioni finanziarie della Santa Sede/SCV per cui, ex art.1.1, lett. l., si tratta di «(...) any Financial Institution organized under the laws of the Holy See or the Vatican City State, but excluding any branch of such Financial Institution that is located outside the Vatican City State, and any branch of a Financial Institution not organized under the laws of the Holy See or the Vatican City State, if such branch is located in the Vatican City State».

La norma suscita notevole interesse, non solo perché non esistono precedenti volti a delineare, nel contesto di quel «labirinto sistematico» adombrato in tempi lontani dal Ruffini per le entità ecclesiali¹⁷⁰, una nozione formale di tali soggetti, ma anche per il criterio definitorio adottato¹⁷¹: gli enti finanziari vaticani sono inquadrati prima che per la loro natura giuridico-sostanziale, per la legge domestica che ne organizza l'attività ed il funzionamento, con una evidente prevalenza per il fattore territoriale che ne delimita lo spazio di imperio delle norme volte alla loro diretta disciplina¹⁷².

Un rinvio esplicito alla natura giuridica sostanziale di tali enti è, invece, operato nel momento in cui si identifica l'obbligo di comunicazione dei dati bancari richiesti e, quindi, l'Istituzione finanziaria vaticana che vi sia tenuta (cd. «reporting HS/VCS Financial Institution»).

¹⁶⁶ Art.1.1, lett. g, FATCA. A.A.S., *Conventio* cit., p. 646.

¹⁶⁷ Art.1.1, lett. i, FATCA. A.A.S., *Conventio* cit., p. 646.

¹⁶⁸ Art.1.1, lett. j, FATCA. A.A.S., *Conventio* cit., p. 647.

¹⁶⁹ Art.1.1, lett. k, FATCA. A.A.S., *Conventio* cit., p. 647.

¹⁷⁰ FRANCESCO RUFFINI, *Lo Stato della Città del Vaticano. Considerazioni critiche*, Estr. Atti della Reale Accademia delle Scienze, Vol.66, 1931, pp. 308 ss.

¹⁷¹ In tal prospettiva, ciò che rileva è l'elemento strumentale che connota il fine operativo di tali enti. Per ulteriori riflessioni, si veda SERGIO FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede* cit., pp. 36 ss.

¹⁷² Si rileggano le magistrali pagine di VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 111 ss., spec. p. 113.

L'accordo FATCA, senza giri di parole, vi include lo IOR¹⁷³, in quanto «fondazione di diritto pubblico», impiegando il citato criterio legale-territoriale, dell'essere istituto assoggettato «(...) under the laws of the Holy See and the Vatican City State» (art.1.1, lett. n)¹⁷⁴.

Quest'ultimo rilievo richiama nuovamente in causa un profilo, precedentemente accennato, e che l'accordo FATCA ha posto in luce in tutta la sua centralità rendendolo l'oggetto, il nucleo negoziale e la ragion d'essere dell'impegno pattizio tra le Parti: l'informazione, la detenzione e gestione dei dati di identificazione dei correntisti e dei loro «volumi» finanziari e la comunicabilità automatica di tali informazioni riservate tra autorità di vigilanza.

Nell'attuale sistema di globalizzazione dei circuiti di flusso e di destinazione dei capitali, gli operatori finanziari si rivelano i custodi di una miniera immateriale di grande valenza: essi sono i depositari istituzionali di un «patrimonio informativo» in cui si misura il potere di mercato dell'industria finanziaria. Un potere che solo negli ultimi anni tende alla stessa polverizzazione cui sembrerebbe andare incontro il segreto bancario. Un potere, tuttavia, che designa la posizione privilegiata degli intermediari finanziari¹⁷⁵ e che si commisura con quel grado di opacità, di impermeabilità del segreto che è, in ultima analisi, lo spazio più o meno esteso, offerto dall'istituzione all'investitore o correntista beneficiario di prestiti o utilizzatore di servizi e che si connota come soggetto fiscalmente infedele. Il FATCA, diversamente da altre normative, insiste specialmente su questo piano, rompendo le tessiture dei filtri tecnici e del segreto giuridico, sino a turbare quell'ordine internazionale tacitamente condiviso e fondato sulla regola della distribuzione

¹⁷³ Ne rileva con nettezza la natura giuridica «atipica», in cui confluisce un'attività pubblica (*iure imperii*) ed una finanziario-privatistica (*iure gestionis*) estesa anche all'utilizzo del risparmio raccolto in custodia per erogare prestiti o offrire prodotti finanziari, in linea con un vero e proprio istituto di credito, anche se formalmente operante a scopi caritatevoli o con beneficio «a futuro termine di riscatto», ma con buona pace del tenore dei principi statutari, MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., p. 43. A.A.S., *Conventio* cit., p. 647.

Sulle peculiarità di tale fondazione che, svolgendo indubbia attività finanziaria, è equiparabile ad una banca, cfr. ANNA RAVÀ, *La banca vaticana* cit., p. 71. Vedi anche PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 213-215.

¹⁷⁴ Sulla specialissima flessibilità della figura giuridica «fondazione» all'attivazione dei più disparati fini, si veda MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010⁵, pp. 233 ss.

¹⁷⁵ Le analogie con il potere dei detentori delle leve informative sui consumatori di internet e dei network televisivi, sono impressionanti ed immediate. Osserva ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 164, come il legislatore si sia dovuto adeguare, nella predisposizione degli strumenti di controllo, al diverso contesto in cui veniva assumendo un ruolo di centralità di sistema, completamente ignoto, la figura degli intermediari finanziari, con ciò rendendo necessario spostare il *visus* della riforma dal tradizionale specchio bancario, a quello finanziario.

non completa ed «asimmetrica» delle informazioni¹⁷⁶.

Per chiudere il cerchio, gli enti finanziari vaticani vengono inquadrati giuridicamente dal FATCA per il criterio territoriale e l'oggetto dell'obbligazione. Essi rappresentano dunque una specificazione della categoria concettuale civilistica «enti centrali della Chiesa» dedotta dall'art.11 del Trattato lateranense, quale complesso di «organismi costituenti la Curia romana i quali provvedono al governo supremo della Chiesa»¹⁷⁷, incentrata non sulla funzione (attiva o passiva che sia), ma in rapporto esclusivo o principale alla struttura dell'organizzazione di riferimento: la Santa Sede¹⁷⁸.

Ancora una volta il FATCA dà il segno di una rivoluzione, giacché l'accordo ha stretto le maglie su un privilegio che permetteva allo IOR di sottrarsi alle misure di vigilanza bancaria adottate dalla normativa europea ed internazionale sugli istituti di credito¹⁷⁹. Le resistenze a pratiche di trasparenza, emerse dai resoconti della recente cronaca, fanno luce sulla persistente opacità del sistema¹⁸⁰.

Le cose non mutano di molto trattando dell'altro soggetto vaticano a vocazione finanziaria, l'APSA, la cui sezione straordinaria è deputata all'amministrazione dei beni mobili (per lo più, somme e strumenti finanziari) degli enti della Santa Sede¹⁸¹, che ne esprimono la titolarità di funzioni assimilabili a quelle di Banca centrale.

Insomma, la normativa pattizia qui commentata propone dei criteri di identificazione degli Istituti finanziari vaticani, soggetti destinatari degli impegni, ai quali applica d'autorità misure di costrizione legale (*law enforcement*). Tali misure coercitive di controllo ed investigazione producono effetto in capo a soggetti connotati da una indeterminatezza istituzionale della natura giuridica¹⁸². La scelta negoziata appare in linea con un orientamento

¹⁷⁶ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 15. Particolarmente evidenti sono le asimmetrie nel caso di scambio di informazioni con i cd. «paradisi fiscali». Cfr. MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 175 ss.

¹⁷⁷ Così, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, (edizione aggiornata da A. Bettetini e G. Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2007², pp. 161-162, il quale sottolinea la duplice natura dello IOR, ente centrale ed ente pontificio, in virtù di una coincidenza di tipo qualificatorio.

¹⁷⁸ Il nesso che lega lo IOR alla S.Sede sarebbe dovuto non tanto ad un rapporto di funzionalità, quanto ad uno di strumentalità. Così, JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico* (ed. italiana) Milano, Giuffrè, 2008, p. 174.

¹⁷⁹ PIERLUIGI CONSORTI, *Le riforme economiche di papa Francesco* cit., pp. 28-29.

¹⁸⁰ PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 196-198.

¹⁸¹ MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., p. 45; PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 208 e 212.

¹⁸² Se si sia in presenza di «organismo della Curia o dello Stato, di un ente canonico o di un ente vaticano» si domanda SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Curia romana* cit., pp. 799-800.

definitorio affiorato lungo il corso del pontificato wojtyliano e che sembra essersi in prosieguo consolidato, per cui, ciò che conta è la natura «complessivamente ecclesiale di ogni attività e funzione che si svolge in Vaticano»¹⁸³.

Il fine dell'ente, ex can.114 CIC, in quanto corrispondente alla missione di apostolato e di carità della Chiesa, renderebbe ragione delle incertezze naturalistiche dei soggetti¹⁸⁴. Questa posizione, ricavata dal FATCA, sembra in linea con i rilievi della dottrina, secondo cui la normativa volta a stabilire gli obblighi di buona condotta degli Istituti finanziari vaticani (I.CXXVII), eleva a criterio di orientamento le attività finanziarie poste in essere, piuttosto che i soggetti autori¹⁸⁵, spostando così l'attenzione della disciplina legale su un piano di oggettivazione delle attività stesse¹⁸⁶.

Questi rilievi chiariscono una volta di più le buone intenzioni vaticane a favore della trasparenza finanziaria, tenuto conto del fatto che i principi di *law enforcement*, ora palesemente espressi nel FATCA, poggiano anche nella nuova predisposizione politica della Santa Sede al recepimento di norme internazionali vincolanti¹⁸⁷.

9. *Il consolidamento del principio di cooperazione internazionale della Santa Sede con gli Stati e le Organizzazioni internazionali in materia di trasparenza economico-finanziaria e il sistema Moneyval: la graduale affermazione nel diritto vaticano di un modello integrato legislativo-convenzionale di controlli*

I principi di «*compliance*» e di «*coerenza giurisdizionale*» (ax artt.5 e 7, FATCA), nonché i criteri di «*due diligence procedure*» (ex Allegato I FATCA) avvertono che il principio di cooperazione finanziaria della Santa Sede non è più, solo, una semplice petizione teorica, ma un imperativo di immediata applicabilità.

Almeno sulla carta, gli impegni negoziali americani assunti nel 2015 dalle autorità petrine, dovrebbero offrire un colpo d'ala ad emendare le riserve

¹⁸³ SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Curia romana* cit., p. 800.

¹⁸⁴ GAETANO LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 116 ss.

¹⁸⁵ COSTANTINO-M. FABRIS, *La riforma vaticana* cit., p. 390.

¹⁸⁶ GIUSEPPE DALLA TORRE, *La nuova normativa vaticana* cit., p. 113, il quale A. motiva tale scelta in ragione della non comparabilità dei soggetti operatori finanziari vaticani con le comuni tipologie economiche presenti negli Stati.

¹⁸⁷ ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 125, e n.33.

assunte, e mantenute, dal Comitato Moneyval, in ordine alla coerenza delle istituzioni finanziarie vaticane con i principi di trasparenza e cooperazione internazionale avverso gli illeciti finanziari¹⁸⁸. Agli impegni vaticani ristretti alla sfera bilaterale con gli USA si assommano, infatti, le già menzionate ulteriori recenti convenzioni in forma di accordi separati, stipulate in materia di trasparenza finanziaria con altri governi ed in linea con «(...) lo scopo fondamentale di contribuire in modo fattivo alla crescita della Comunità internazionale, nel cui seno la Santa Sede è chiamata a svolgere un ruolo di guida ed esempio»¹⁸⁹.

Legislazione domestica armonizzata secondo la *voluntary disclosure* e politica economia per trattati e convenzioni risulta senz'altro coerente con l'iniziativa adottata dalla Santa Sede nel 2011, volta alla richiesta di adesione al Moneyval¹⁹⁰ e, con ciò, della volontà di sottostare alle regole di condotta prestabilite (cd. «raccomandazioni chiave» e «essenziali») e di sottoporsi a procedure di controllo esterne sulla coerenza legislativa ai principi di diritto internazionale di settore. Tale intenzione è stata corroborata dalla sottoposizione al meccanismo di raccomandazioni del GAFI¹⁹¹.

¹⁸⁸ Il Comitato di esperti Moneyval (*Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism*), è un organismo internazionale dipendente dal Consiglio d'Europa (ed ivi creato, nel 1997), con competenze di monitoraggio sullo svolgimento delle attività finanziarie, con scopo di prevenzione e contrasto alle pratiche di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

La sua azione di verifica sulla conformità agli *standard* internazionali delle normative adottate dai singoli Stati nazionali comporta l'elaborazione di periodici rapporti sullo stato dell'adeguatezza effettiva delle normative.

Ulteriori fattori di coadiuvazione del sistema Moneyval consistono: nell'istituzione di enti indipendenti di vigilanza finanziaria, con controllo sull'operato delle banche e istituzioni finanziarie assimilabili; nella soddisfazione delle condizioni prescritte nelle cd. raccomandazioni (in origine, nel numero di 49, 16 delle quali, considerate come «essenziali»).

È significativo osservare, in proposito, che, nella prima valutazione espressa dal Moneyval sul sistema finanziario vaticano, il non brillante giudizio espresso dai valutatori poggiava sulla mancanza di criteri base «essenziali» (*core*): criteri, invece, presenti nell'accordo FATCA. Si tratta, tra gli altri, di strumenti atti a precisare: l'identificazione e verifica dei dati del cliente (R.5); la conservazione delle informazioni (R.10); la regolazione e il monitoraggio delle autorità di vigilanza (R.23). Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., p. 958.

Anche in considerazione di questi elementi, il Moneyval si configura come uno speciale soggetto supervisore, con atteggiamento «consulenziale» nei confronti degli enti monitorati. Cfr. ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 164 e ANTONELLA ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁸⁹ DOMINIQUE MAMBERTI, *Articolo esplicativo*, cit. Sulle recenti Convenzioni europee in materia di trasparenza finanziaria, PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., p. 199.

¹⁹⁰ La domanda di adesione presentata dalla Santa Sede il 24 febbraio 2011 è stata accolta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 6 aprile 2011 (Risol. CM/RES-2011).

¹⁹¹ Il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (o *Financial Action Task-Force*, FATF) del Fondo Monetario Internazionale-OCSE è un organismo intergovernativo munito di competenze

Unitamente al meccanismo di vigilanza e controllo del Moneyval-GAFI è anche verificata l'attitudine dell'ordinamento vaticano a concludere convenzioni e patti internazionali intesi alla cooperazione nella costruzione di un sistema comune di contrasto all'illegalità finanziaria¹⁹².

Il modello volto alla creazione di un sistema di cd. «vigilanza prudenziale», anticipato dalla l.CXXVII del 30 dicembre 2010 e meglio precisato dalla l.XVIII, 8 ottobre 2013¹⁹³, e rispondente ai principi di «*compliance*», «trasparenza» e di «coerenza giurisdizionale» (ex artt. 5, 6 e 7 FATCA) è quindi orientato sul doppio binario legislativo e pattizio. L'accordo FATCA segna, dunque, un ulteriore passo in avanti per il sistema finanziario vaticano, che supera notevolmente i giudizi positivi, ma ancora sotto prognosi, espressi dal *Progress Report Moneyval* del 9 dicembre 2013, punto 8¹⁹⁴.

La trasparenza di gestione attraverso la vigilanza prudenziale assurge così a parola d'ordine per ogni iniziativa di formazione del settore bancario. Va qui ancora precisato che tale esigenza, comunemente avvertita dalla comunità internazionale, risponde al corredo genetico del diritto ecclesiale: essa poggia su quella peculiare condizione che vede nel Romano Pontefice non tanto un «*dominus et possessor*» bensì un «*principalis dispensator*» in virtù di ciò, venendo a costituire il referente eccellente nell'esercizio del potere di vigilanza e tutela del patrimonio di cui egli è supremo amministratore¹⁹⁵.

La possibilità dell'ordinamento vaticano di adeguarsi, per via unilaterale e pattizia, a stringenti regole e metodi di vigilanza finanziaria di origine «esterna», non è, dunque, un fatto che ha dell'eccezionale¹⁹⁶. Per altro verso,

legali, finanziarie ed economiche. Elabora strumenti normativi (raccomandazioni chiave) validi come parametri di raffronto e di verifica sulla conformità della legislazione domestica ai criteri generali che evidenziano il buon governo dell'attività economico-finanziaria, e redige periodicamente valutazioni sulla «condotta» finanziaria degli Stati. Sugli intrecci esistenti tra *off-shore* e riciclaggio, MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 31-52.

¹⁹² ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 122, n.27.

¹⁹³ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 165.

¹⁹⁴ «(...) notevoli sforzi sono stati fatti dalle autorità della S.Sede e dello SCV per attuare le raccomandazioni formulate dal gruppo di valutazione: misure legislative e istituzionali di ampio respiro sono state poste in essere per adeguare il sistema in tutti i settori, sotto il profilo giuridico-legale e finanziario» (Rapporto Moneyval, 9 dicembre 2013), Cfr. ALESSIO SARAIS, *Il rapporto fra diritto vaticano* cit., p. 127, n.37. Si confronti il giudizio espresso sulle *performances* delle norme vaticane, nel Rapporto Moneyval del 4 luglio 2012, per il quale detta disciplina garantisce: «(...) un'adeguata verifica della clientela e tenuta dei registri, anche se rimangono ancora una serie di carenze tecniche». Cfr. FILIPPO SGUBBI, DÉSIRÉE FONDAROLI, ANNAMARIA ASTROLOGO, GIUSEPPE SILVESTRI, *Le legislazioni antiriciclaggio dello Stato della Città del Vaticano: una comparazione con il sistema italiano*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, marzo 2011.

¹⁹⁵ JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., pp. 52-53.

¹⁹⁶ ELISABETTA BANI, *La disciplina vaticana sulla vigilanza e sulla regolamentazione prudenziale degli*

lo strumento negoziale FATCA sembra aver superato i risultati raggiunti attraverso la legislazione statuale vaticana: se lo IOR impone oggi ai propri correntisti criteri di trasparenza normativa, nell'osservanza del principio che tutti i conti esistenti siano intestati agli effettivi titolari¹⁹⁷, e se la legislazione del 2010 si dirige nel senso di favorire l'adeguata verifica della clientela da parte delle banche estere operanti con lo IOR¹⁹⁸, non c'è dubbio che la normativa americana rafforza ulteriormente il principio di trasparenza che è alla base di tali novità.

La peculiarità riposa nel fatto che, poggiando su un regime negoziale, la Santa Sede manifesta il proposito di seguire, in tema di trasparenza e *voluntary disclosure*, un sentiero alternativo a quello fondato sulla sussidiarietà istituzionale e, quindi, sulla costruzione di un regime di cooperazione basato sulla creazione di un'autorità mondiale anticorruzione autonoma ed indipendente, ossia un'entità esercente un potere di vigilanza, controllo e pesino di coercizione sanzionatoria *super partes*¹⁹⁹.

In un'ottica politica, la via per accordi negoziati alternativa a quella istituzionale di adesione a trattati internazionali è realistica, a patto che quello promotore dell'iniziativa sia uno Stato «forte», ossia capace di opporre resistenze alla corruzione ed agli interessi lobbistici. Non ci sono dubbi sulle capacità degli *States* a soddisfare questo tipo di aspettative: il FATCA ha quindi confermato l'opzione della Santa Sede di operare al riempimento delle lacune presenti nella regolamentazione finanziaria, con l'espunzione dalla lista degli Stati a cd. «vigilanza lassista»²⁰⁰.

enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria, in QDPE, Il Mulino, Milano, 2 (2014) pp. 461 ss.

¹⁹⁷ PIERLUIGI CONSORTI, *Le riforme economiche di papa Francesco* cit., p. 31.

¹⁹⁸ ANTONIO FUCCILLO, *La convenzione monetaria SCV-UE* cit., p. 138.

¹⁹⁹ L'idea è stata più volte sostenuta dalla Santa Sede, a voce del Pont. Consiglio di *Iustitia et Pax*, v. la già menzionata Nota del 24 ottobre 2011: «Per una riforma del sistema finanziario e monetario internazionale» cit., e, prima ancora, la Nota del 21 settembre 2006: «La lotta contro la corruzione». Cfr. sul tema, MARTÍN SANTIVÁÑEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede* cit., pp. 191-193, che auspicava la creazione di un'autorità internazionale suprema, svincolata dalla politica e non condizionabile dagli interessi particolari dei centri di potere, con ciò differenziandosi dalle logiche che attraversano l'attuale sistema di relazioni delle Nazioni Unite.

²⁰⁰ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 25 e pp. 41 ss. Sulla connessione diretta tra regimi giuridici di tipo «lassista» e dimensioni territoriali dello Stato, e nelle analogie tra SCV e Repubblica di San Marino, cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *La nuova trasparenza bancaria vaticana* cit., pp. 200-201 e EMANUELA MONTANARI, *La legislazione di San Marino sulla cooperazione fiscale internazionale in linea con gli obblighi, le prescrizioni e le procedure stabilite dagli standard internazionali sulla conformità fiscale (FATCA, OCSE e direttive della Comunità Europea)*, in sito on-line ComplianceNet (ultimo accesso, 5 marzo 2016). Si veda anche MICHELE CARBONE, MICHELE BOSCO, LUIGI PETESE, *La geografia dei paradisi fiscali* cit., pp. 367 ss.

10. *Conclusioni. L'aspirazione ad un modello legale di finanza internazionale in grado di coniugare la prassi della trasparenza con il fine di carità*

La varietà delle fonti normative che sta componendo l'intarsio del sistema finanziario internazionale nell'ordinamento giuridico vaticano si volge ad un modello integrato legislativo-negoziale. Questo orientamento risponde ad un dato oggettivo riscontrabile nell'architettura dello stesso sistema finanziario globale: il *deficit* di controllo pubblico.

È questa la vistosa differenza tra mercato finanziario internazionale e locale che rende il primo più appetibile all'evasione tributaria perché, sinora, provvisto di un corredo debole di anticorpi da opporre alle poliedriche formule di illegalità finanziaria e tale da assecondare la pratica dell'infedeltà fiscale.

Il mercato finanziario internazionale, dunque, presta il fianco a riflessioni di ordine etico per la sua natura di territorio aperto e, spesso, privo di steccati normativi ai quali ancorare regole di condotta minime: un orizzonte in cui si compenetrano luci ed ombre dell'agire degli operatori finanziari, depositari del libero arbitrio nella gestione degli interessi economici²⁰¹.

L'aspirazione delle autorità d'Oltretevere alla fondazione di un sistema legale che compenetri trasparenza della prassi economica e fini evangelici sembra tuttavia poggiare su basi coerenti: alla legislazione antiriciclaggio ora si aggiunge, con il FATCA, una normativa tesa a colpire e reprimere ulteriori condotte antietiche, perché antisolidali, socialmente lesive benché di nicchia²⁰². Tale coerenza della Sede Apostolica nel dare seguito agli impegni internazionali in materia di trasparenza finanziaria ha ricevuto notevoli riconoscimenti volti all'inclusione del Vaticano nella rosa di Stati virtuosi (*white list*), osservanti e garanti delle regole di vigilanza e trasparenza²⁰³.

²⁰¹ Gli operatori finanziari (banche, intermediari, operatori di borsa, speculatori) possono svolgere attività che oscillano tra gli estremi della legalità alla patologia dei fini perseguiti. Tali fini abbracciano differenti spazi dell'agire economico: la «zona chiara» dell'attività finanziaria consiste in quelle operazioni che associano il tornaconto economico personale, privatistico, all'esercizio funzionale del sistema, mantenendolo in buona efficienza; la «zona grigia», mediana, ed in forte espansione, si colloca tra quelle attività speculative che generano guadagni a beneficio del singolo operatore, ma non creano nuova ricchezza, perché sfruttano oscillazioni fisiologiche di mercato e possono porre questioni etiche e giuridiche quando dette oscillazioni sono il prodotto di operazioni artificiose indotte; la «zona nera», in cui la finanza manifesta appieno la patologia del suo agire, inquadra forme di illegalità di vario tipo e differente indole. Tra queste, l'evasione fiscale, in quanto modalità di «impiego improprio di strumenti finanziari con cui si sospende un inderogabile dovere di solidarietà sociale». Cfr. *Finanza internazionale e agire morale. Contributo alla riflessione*, cit., pp. 41-42.

²⁰² MARCELLO CONDEMI, *La regolazione delle attività finanziarie vaticane* cit., pp. 58-59.

²⁰³ Sui progressi rilevati nel terzo rapporto Moneyval (dicembre 2013) all'indirizzo della S.Sede/SCV, si veda MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La legislazione vaticana in materia finanziaria* cit., pp. 957

Detto segnale si iscrive in quel *mandatum novum* ispiratore della Dottrina Sociale della Chiesa, fondato sulla carità e proiettato in una dimensione, forse utopica, volta all'edificazione di un ordine giuridico di trasparenza integrale, quasi trascendente gli Stati, e improntato al bene della giustizia: un modello di cultura in antitesi alla corruzione e da opporre all'opacità dei sistemi di potere, quali essi siano, politici, economici, di informazione e cultura²⁰⁴.

Per la verità, la volontà riformista rintracciabile nella normativa vaticana continua a manifestare sintomi contraddittori: le tensioni utopiche si arrestano di fronte a risorgenti cortine di opacità che si erigono come blindature soggettive alla pratica dello scambio di informazioni economicamente sensibili²⁰⁵. L'AIF, per quanto provvisto di poteri di controllo-*screening* penetranti, si scontra con un sistema ancora incline alla schermatura nell'anonimato dei correntisti e delle transazioni sospette. I segreti celati nelle mura dello IOR, nonostante il divieto di conti cifrati reso imperativo dalla l.CXXVII ed un apparato legislativo tanto controcorrente da infrangere il vaso di Pandora, sembrano resistere e quasi ricomporsi in un odioso stato di impenetrabilità: risorgenti pratiche di occultamento vorrebbero negare verità e responsabilità persino al Supremo amministratore della Sede petrina²⁰⁶.

In un simile contesto, il difetto di un'autorità centrale mondiale, indipendente, unito alla caratteristica indole «neutrale» dei capitali finanziari²⁰⁷ che ricapitola l'antico adagio *pecunia non olet*, rievoca lo spettro del discarico di responsabilità giuridica, soprattutto morale, e strattona la coscienza, attraverso il precetto evangelico della carità²⁰⁸.

È proprio il servizio della missione spirituale della Chiesa, la base di quel ripensamento nell'esercizio onesto degli strumenti finanziari²⁰⁹ – in cui ora si iscrive a pieno titolo il FATCA – e che risponde criticamente a quel «capi-

ss. Ulteriori sviluppi, in argomento, sono svolti da OSVALDO H. SCHENONE - SAMUEL GREGG, *Una teoria della corruzione* cit., pp. 25 ss. e pp. 37 ss.

²⁰⁴ MARTÍN SANTIVÁÑEZ VIVANCO, *La contribución internacional de la Santa Sede* cit., pp. 182-183.

²⁰⁵ CARLO MARRONI, *Il Vaticano avvia l'inchiesta sui conti attivi presso lo IOR*, in *Il Sole 24Ore*, 23 maggio 2013; PAOLO RODARI, *Operazioni di riciclaggio nello IOR: in Vaticano arrivano le prime ammissioni*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2013, p. 23; PIERO SCHIAVAZZI, *IOR, papa Francesco e l'operazione trasparenza finanziaria in Vaticano. Le prossime tappe*, in *L'Huffington Post*, 23 maggio 2013.

²⁰⁶ MARCO POLITI, *Lo IOR dice bugie a papa Francesco su conti e affari*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 giugno 2014.

²⁰⁷ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 48.

²⁰⁸ Un precetto che si impone su tutti, non esclusi gli operatori finanziari vaticani. Cfr. JESÚS MIÑAMBRES, *Organizzazioni gerarchiche della Chiesa e servizio della carità*, in AA.VV. *Diritto canonico e servizio della carità* (a cura di Id.), Giuffrè, Milano, 2008, pp. 255 ss.

²⁰⁹ ELISABETTA BANI, *La regolazione prudenziale* cit., p. 170.

tale senza volto», orfano di nazione e privo di colore e odore²¹⁰ ma perenne fonte di illegalità.

Tutto ciò rinvia ad un progetto che affonda le radici in un *humus* dalla lunga tradizione dottrinale, ispirata alla solidarietà e al bene comune, improntata sull'orizzonte di quella che è stata ben descritta come «rilevanza pubblicistica della volontà personale»²¹¹, in ordine al buon governo dell'attività finanziaria. Si allude ad una gestione che, pur comprensiva della razionalizzazione, dell'ammodernamento e della ricerca di efficienza del sistema, non si vuole pienamente compiuta nel proposito del raggiungimento di tali pur non facili obiettivi; si allude ad una concezione della gestione finanziaria che elegge a fine supremo la coerenza della Chiesa amministratrice con la «funzione diaconale»²¹² che le è propria per diritto costituzionale di natura, in quanto titolare di un servizio verso il prossimo che non si esaurisce mai nella sola remunerazione e nella logica del profitto.

²¹⁰ DONATO MASCIANDARO ET AL., *Centri off-shore* cit., p. 19.

²¹¹ GAETANO DAMMACCO, *Sistema concordatario e patrimonio ecclesiastico*, Cacucci, Bari, 1996, pp. 162 ss.

²¹² JEAN-PIERRE SCHOUPPE, *Derecho patrimonial canónico* cit., p. 23.

Allegati

Conventio²¹³

Inter Sanctam Sedem agentem etiam in nomine et ex parte Status Civitatis Vaticanae, et Foederatas Civitates Americae Septentrionalis ad substinendam adhaesionem Internationali Taxationi et complendam legem FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act).

Agreement between the Holy See, acting Also in the Name and on Behalf of the Vatican City State, and the United States of America to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA

Whereas, the Holy See, acting also in the name and on behalf of the Vatican City State, and the United States of America (each, a “Party,” and together, the “Parties”) desire to conclude an agreement to improve international tax compliance;

Whereas, the United States of America enacted provisions commonly known as the Foreign Account Tax Compliance Act (“FATCA”), which introduce a reporting regime for financial institutions with respect to certain accounts;

Whereas, the Holy See, acting also in the name and on behalf of the Vatican City State, is supportive of the underlying policy goal of FATCA to improve tax compliance;

Whereas, FATCA has raised a number of issues, including that HS/VCS Financial Institutions may not be able to comply with certain aspects of FATCA due to domestic legal impediments;

Whereas, an intergovernmental approach to FATCA implementation would address legal impediments and reduce burdens for HS/VCS Financial Institutions;

Whereas, the Parties desire to conclude an agreement to improve international tax compliance and provide for the implementation of FATCA based on domestic reporting and automatic exchange, subject to the confidentiality and other protections provided for herein, including the provisions limiting the use of the information exchanged;

Now, therefore, the Parties have agreed as follows:

Article 1

DEFINITIONS

1. For purposes of this agreement and any annexes thereto (“Agreement”), the following terms shall have the meanings set forth below:

a) The term “United States” means the United States of America, including the States thereof, but does not include the U.S. Territories. Any reference to a “State” of the United States includes the District of Columbia.

213 In *A.A.S.*, 7 (107), *Typis Vaticanis*, CdV, 2015, pp. 645-699.

b) The term “U.S. Territory” means American Samoa, the Commonwealth of the Northern Mariana Islands, Guam, the Commonwealth of Puerto Rico, or the U.S. Virgin Islands.

c) The term “IRS” means the U.S. Internal Revenue Service.

d) The term “HS/VCS” means Holy See, acting also in the name and on behalf of the Vatican City State.

e) The term “Partner Jurisdiction” means a jurisdiction that has in effect an agreement with the United States to facilitate the implementation of FATCA. The IRS shall publish a list identifying all Partner Jurisdictions.

f) The term “Competent Authority” means:

(1) in the case of the United States, the Secretary of the Treasury or his delegate; and

(2) in the case of HS/VCS, the Cardinal Prefect of the Secretariat for the Economy or his delegate.

g) The term “Financial Institution” means a Custodial Institution, a Depository Institution, an Investment Entity, or a Specified Insurance Company.

h) The term “Custodial Institution” means any Entity that holds, as a substantial portion of its business, financial assets for the account of others. An entity holds financial assets for the account of others as a substantial portion of its business if the entity’s gross income attributable to the holding of financial assets and related financial services equals or exceeds 20 percent of the entity’s gross income during the shorter of: (i) the three-year period that ends on December 31 (or the final day of a non-calendar year accounting period) prior to the year in which the determination is being made; or (ii) the period during which the entity has been in existence.

i) The term “Depository Institution” means any Entity that accepts deposits in the ordinary course of a banking or similar business.

j) The term “Investment Entity” means any Entity that conducts as a business (or is managed by an entity that conducts as a business) one or more of the following activities or operations for or on behalf of a customer:

(1) trading in money market instruments (cheques, bills, certificates of deposit, derivatives, etc.); foreign exchange; exchange, interest rate and index instruments; transferable securities; or commodity futures trading;

(2) individual and collective portfolio management; or

(3) otherwise investing, administering, or managing funds or money on behalf of other persons.

This subparagraph 1(j) shall be interpreted in a manner consistent with similar language set forth in the definition of “financial institution” in the Financial Action Task Force Recommendations.

k) The term “Specified Insurance Company” means any Entity that is an insurance company (or the holding company of an insurance company) that issues, or is obligated to make payments with respect to, a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract.

l) The term “HS/VCS Financial Institution” means (i) any Financial Institution

organized under the laws of the Holy See or the Vatican City State, but excluding any branch of such Financial Institution that is located outside the Vatican City State, and (ii) any branch of a Financial Institution not organized under the laws of the Holy See or the Vatican City State, if such branch is located in the Vatican City State.

m) The term “Partner Jurisdiction Financial Institution” means (i) any Financial Institution established in a Partner Jurisdiction, but excluding any branch of such Financial Institution that is located outside the Partner Jurisdiction, and (ii) any branch of a Financial Institution not established in the Partner Jurisdiction, if such branch is located in the Partner Jurisdiction.

n) The term “Reporting HS/VCS Financial Institution” means any HS/VCS Financial Institution that is not a Non-Reporting HS/VCS Financial Institution. The Institute for the Works of Religion (IOR) is a public law foundation under the laws of the Holy See and the Vatican City State and, for purposes of this Agreement, a Reporting HS/VCS Financial Institution.

o) The term “Non-Reporting HS/VCS Financial Institution” means any HS/VCS Financial Institution, or other Entity resident in the Vatican City State, that is described in Annex II as a Non-Reporting HS/VCS Financial Institution or that otherwise qualifies as a deemed-compliant FFI or an exempt beneficial owner under relevant U.S. Treasury Regulations in effect on the date of signature of this Agreement.

p) The term “Nonparticipating Financial Institution” means a nonparticipating FFI, as that term is defined in relevant U.S. Treasury Regulations, but does not include a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution other than a Financial Institution treated as a Nonparticipating Financial Institution pursuant to subparagraph 3(b) of Article 5 of this Agreement or the corresponding provision in an agreement between the United States and a Partner Jurisdiction.

q) The term “Financial Account” means an account maintained by a Financial Institution, and includes:

(1) in the case of an Entity that is a Financial Institution solely because it is an Investment Entity, any equity or debt interest (other than interests that are regularly traded on an established securities market) in the Financial Institution;

(2) in the case of a Financial Institution not described in subparagraph l(q)(l) of this Article, any equity or debt interest in the Financial Institution (other than interests that are regularly traded on an established securities market), if (i) the value of the debt or equity interest is determined, directly or indirectly, primarily by reference to assets that give rise to U.S. Source Withholdable Payments, and (ii) the class of interests was established with a purpose of avoiding reporting in accordance with this Agreement; and

(3) any Cash Value Insurance Contract and any Annuity Contract issued or maintained by a Financial Institution, other than a noninvestment-linked, non-transferable immediate life annuity that is issued to an individual and monetizes a

pension or disability benefit provided under an account that is excluded from the definition of Financial Account in Annex II.

Notwithstanding the foregoing, the term “Financial Account” does not include any account that is excluded from the definition of Financial Account in Annex II. For purposes of this Agreement, interests are “regularly traded” if there is a meaningful volume of trading with respect to the interests on an ongoing basis, and an “established securities market” means an exchange that is officially recognized and supervised by a governmental authority in which the market is located and that has a meaningful annual value of shares traded on the exchange. For purposes of this subparagraph 1(q), an interest in a Financial Institution is not “regularly traded” and shall be treated as a Financial Account if the holder of the interest (other than a Financial Institution acting as an intermediary) is registered on the books of such Financial Institution. The preceding sentence will not apply to interests first registered on the books of such Financial Institution prior to July 1, 2014, and with respect to interests first registered on the books of such Financial Institution on or after July 1, 2014, a Financial Institution is not required to apply the preceding sentence prior to January 1, 2016.

r) The term “Depository Account” includes any commercial, checking, savings, time, or thrift account, or an account that is evidenced by a certificate of deposit, thrift certificate, investment certificate, certificate of indebtedness, or other similar instrument maintained by a Financial Institution in the ordinary course of a banking or similar business. A Depository Account also includes an amount held by an insurance company pursuant to a guaranteed investment contract or similar agreement to pay or credit interest thereon.

s) The term “Custodial Account” means an account (other than an Insurance Contract or Annuity Contract) for the benefit of another person that holds any financial instrument or contract held for investment (including, but not limited to, a share or stock in a corporation, a note, bond, debenture, or other evidence of indebtedness, a currency or commodity transaction, a credit default swap, a swap based upon a nonfinancial index, a notional principal contract, an Insurance Contract or Annuity Contract, and any option or other derivative instrument).

t) The term “Equity Interest” means, in the case of a partnership that is a Financial Institution, either a capital or profits interest in the partnership. In the case of a trust that is a Financial Institution, an Equity Interest is considered to be held by any person treated as a settlor or beneficiary of all or a portion of the trust, or any other natural person exercising ultimate effective control over the trust. A Specified U.S. Person shall be treated as being a beneficiary of a foreign trust if such Specified U.S. Person has the right to receive directly or indirectly (for example, through a nominee) a mandatory distribution or may receive, directly or indirectly, a discretionary distribution from the trust.

u) The term “Insurance Contract” means a contract (other than an Annuity Contract) under which the issuer agrees to pay an amount upon the occurrence of a

specified contingency involving mortality, morbidity, accident, liability, or property risk.

v) The term “Annuity Contract” means a contract under which the issuer agrees to make payments for a period of time determined in whole or in part by reference to the life expectancy of one or more individuals. The term also includes a contract that is considered to be an Annuity Contract in accordance with the law, regulation, or practice of the jurisdiction in which the contract was issued, and under which the issuer agrees to make payments for a term of years.

w) The term “Cash Value Insurance Contract” means an Insurance Contract (other than an indemnity reinsurance contract between two insurance companies) that has a Cash Value greater than \$50,000.

x) The term “Cash Value” means the greater of (i) the amount that the policyholder is entitled to receive upon surrender or termination of the contract (determined without reduction for any surrender charge or policy loan), and (ii) the amount the policyholder can borrow under or with regard to the contract. Notwithstanding the foregoing, the term “Cash Value” does not include an amount payable under an Insurance Contract as:

(1) a personal injury or sickness benefit or other benefit providing indemnification of an economic loss incurred upon the occurrence of the event insured against;

(2) a refund to the policyholder of a previously paid premium under an Insurance Contract (other than under a life insurance contract) due to policy cancellation or termination, decrease in risk exposure during the effective period of the Insurance Contract, or arising from a redetermination of the premium due to correction of posting or other similar error; or

(3) a policyholder dividend based upon the underwriting experience of the contract or group involved.

y) The term “U.S. Reportable Account” means a Financial Account maintained by a Reporting HS/VCS Financial Institution and held by one or more Specified U.S. Persons or by a Non-U.S. Entity with one or more Controlling Persons that is a Specified U.S. Person. Notwithstanding the foregoing, an account shall not be treated as a U.S. Reportable Account if such account is not identified as a U.S. Reportable Account after application of the due diligence procedures in Annex I.

z) The term “Account Holder” means the person listed or identified as the holder of a Financial Account by the Financial Institution that maintains the account. A person, other than a Financial Institution, holding a Financial Account for the benefit or account of another person as agent, custodian, nominee, signatory, investment advisor, or intermediary, is not treated as holding the account for purposes of this Agreement, and such other person is treated as holding the account. For purposes of the immediately preceding sentence, the term “Financial Institution” does not include a Financial Institution organized or incorporated in a U.S. Territory. In the case of a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract, the Account Holder is any person entitled to access the Cash Value or change the beneficiary of the contract. If no person can access the Cash Value or change the beneficiary, the

Account Holder is any person named as the owner in the contract and any person with a vested entitlement to payment under the terms of the contract. Upon the maturity of a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract, each person entitled to receive a payment under the contract is treated as an Account Holder.

aa) The term “U.S. Person” means a U.S. citizen or resident individual, a partnership or corporation organized in the United States or under the laws of the United States or any State thereof, a trust if (i) a court within the United States would have authority under applicable law to render orders or judgments concerning substantially all issues regarding administration of the trust, and (ii) one or more U.S. persons have the authority to control all substantial decisions of the trust, or an estate of a decedent that is a citizen or resident of the United States. This subparagraph 1(aa) shall be interpreted in accordance with the U.S. Internal Revenue Code.

bb) The term “Specified U.S. Person” means a U.S. Person, other than: (i) a corporation the stock of which is regularly traded on one or more established securities markets; (ii) any corporation that is a member of the same expanded affiliated group, as defined in section 1471(e)(2) of the U.S. Internal Revenue Code, as a corporation described in clause (i); (iii) the United States or any wholly owned agency or instrumentality thereof; (iv) any State of the United States, any U.S. Territory, any political subdivision of any of the foregoing, or any wholly owned agency or instrumentality of any one or more of the foregoing; (v) any organization exempt from taxation under section 501(a) of the U.S. Internal Revenue Code or an individual retirement plan as defined in section 7701(a)(37) of the U.S. Internal Revenue Code; (vi) any bank as defined in section 581 of the U.S. Internal Revenue Code; (vii) any real estate investment trust as defined in section 856 of the U.S. Internal Revenue Code; (viii) any regulated investment company as defined in section 851 of the U.S. Internal Revenue Code or any entity registered with the U.S. Securities and Exchange Commission under the Investment Company Act of 1940 (15 U.S.C. 80a-64); (ix) any common trust fund as defined in section 584(a) of the U.S. Internal Revenue Code; (x) any trust that is exempt from tax under section 664(c) of the U.S. Internal Revenue Code or that is described in section 4947(a)(1) of the U.S. Internal Revenue Code; (xi) a dealer in securities, commodities, or derivative financial instruments (including notional principal contracts, futures, forwards, and options) that is registered as such under the laws of the United States or any State; (xii) a broker as defined in section 6045(c) of the U.S. Internal Revenue Code; or (xiii) any tax-exempt trust under a plan that is described in section 403(b) or section 457(g) of the U.S. Internal Revenue Code.

cc) The term “Entity” means a legal person or a legal arrangement such as a trust.

dd) The term “Non-U.S. Entity” means an Entity that is not a U.S. Person.

ee) The term “U.S. Source Withholdable Payment” means any payment of interest (including any original issue discount), dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, emoluments, and other fixed or determinable annual or periodical gains, profits, and income, if such payment

is from sources within the United States. Notwithstanding the foregoing, a U.S. Source Withholdable Payment does not include any payment that is not treated as a withholdable payment in relevant U.S. Treasury Regulations.

ff) An Entity is a “Related Entity” of another Entity if either Entity controls the other Entity, or the two Entities are under common control. For this purpose control includes direct or indirect ownership of more than 50 percent of the vote or value in an Entity. Notwithstanding the foregoing, the HS/VCS may treat an Entity as not a Related Entity of another Entity if the two Entities are not members of the same expanded affiliated group as defined in section 1471(e)(2) of the U.S. Internal Revenue Code.

gg) The term “U.S. TIN” means a U.S. federal taxpayer identifying number.

hh) The term “Controlling Persons” means the natural persons who exercise control over an Entity. In the case of a trust, such term means the settlor, the trustees, the protector (if any), the beneficiaries or class of beneficiaries, and any other natural person exercising ultimate effective control over the trust, and in the case of a legal arrangement other than a trust, such term means persons in equivalent or similar positions. The term “Controlling Persons” shall be interpreted in a manner consistent with the Financial Action Task Force Recommendations.

2. Any term not otherwise defined in this Agreement shall, unless the context otherwise requires or the Competent Authorities agree to a common meaning (as permitted by domestic law), have the meaning that it has at that time under the law of the Party applying this Agreement, any meaning under the applicable tax laws of that Party prevailing over a meaning given to the term under other laws of that Party.

Article 2

OBLIGATIONS TO OBTAIN AND EXCHANGE INFORMATION WITH RESPECT TO U.S. REPORTABLE ACCOUNTS

1. Subject to the provisions of Article 3 of this Agreement, the HS/VCS shall obtain the information specified in paragraph 2 of this Article with respect to all U.S. Reportable Accounts and shall annually exchange this information with the United States on an automatic basis.

2. The information to be obtained and exchanged with respect to each U.S. Reportable Account of each Reporting HS/VCS Financial Institution is:

a) the name, address, and U.S. TIN of each Specified U.S. Person that is an Account Holder of such account and, in the case of a Non-U.S. Entity that, after application of the due diligence procedures set forth in Annex I, is identified as having one or more Controlling Persons that is a Specified U.S. Person, the name, address, and U.S. TIN (if any) of such entity and each such Specified U.S. Person;

b) the account number (or functional equivalent in the absence of an account number);

c) the name and identifying number of the Reporting HS/VCS Financial Institution;

d) the account balance or value (including, in the case of a Cash Value Insurance Contract or Annuity Contract, the Cash Value or surrender value) as of the end of the relevant calendar year or other appropriate reporting period or, if the account was closed during such year, immediately before closure;

e) in the case of any Custodial Account:

(1) the total gross amount of interest, the total gross amount of dividends, and the total gross amount of other income generated with respect to the assets held in the account, in each case paid or credited to the account (or with respect to the account) during the calendar year or other appropriate reporting period; and

(2) the total gross proceeds from the sale or redemption of property paid or credited to the account during the calendar year or other appropriate reporting period with respect to which the Reporting HS/VCS Financial Institution acted as a custodian, broker, nominee, or otherwise as an agent for the Account Holder;

f) in the case of any Depository Account, the total gross amount of interest paid or credited to the account during the calendar year or other appropriate reporting period; and

g) in the case of any account not described in subparagraph 2(e) or 2(f) of this Article, the total gross amount paid or credited to the Account Holder with respect to the account during the calendar year or other appropriate reporting period with respect to which the Reporting HS/VCS Financial Institution is the obligor or debtor, including the aggregate amount of any redemption payments made to the Account Holder during the calendar year or other appropriate reporting period.

Article 3

TIME AND MANNER OF EXCHANGE OF INFORMATION

1. For purposes of the exchange obligation in Article 2 of this Agreement, the amount and characterization of payments made with respect to a U.S. Reportable Account may be determined in accordance with the principles of the laws of the Holy See and the Vatican City State.

2. For purposes of the exchange obligation in Article 2 of this Agreement, the information exchanged shall identify the currency in which each relevant amount is denominated.

3. With respect to paragraph 2 of Article 2 of this Agreement, information is to be obtained and exchanged with respect to 2014 and all subsequent years, except that:

a) the information to be obtained and exchanged with respect to 2014 is only the information described in subparagraphs 2(a) through 2(d) of Article 2 of this Agreement;

b) the information to be obtained and exchanged with respect to 2015 is the information described in subparagraphs 2(a) through 2(g) of Article 2 of this Agreement, except for gross proceeds described in subparagraph 2(e)(2) of Article 2 of this Agreement; and

c) the information to be obtained and exchanged with respect to 2016 and subsequent years is the information described in subparagraphs 2(a) through 2(g) of Article 2 of this Agreement;

4. Notwithstanding paragraph 3 of this Article, with respect to each U.S. Reportable Account maintained by a Reporting HS/VCS Financial Institution as of the Determination Date, and subject to paragraph 2 of Article 6 of this Agreement, the HS/VCS is not required to obtain and include in the exchanged information the U.S. TIN of any relevant person if such U.S. TIN is not in the records of the Reporting HS/VCS Financial Institution. In such a case, the HS/ VCS shall obtain and include in the exchanged information the date of birth of the relevant person, if the Reporting HS/VCS Financial Institution has such date of birth in its records.

5. Subject to paragraphs 3 and 4 of this Article, the information described in Article 2 of this Agreement shall be exchanged within nine months after the end of the calendar year to which the information relates.

6. The Competent Authorities of the HS/VCS and the United States shall enter into an agreement or arrangement under the mutual agreement procedure provided for in Article 8 of this Agreement, which shall:

a) establish the procedures for the automatic exchange obligations described in Article 2 of this Agreement;

b) prescribe rules and procedures as may be necessary to implement Article 5 of this Agreement; and

c) establish as necessary procedures for the exchange of the information reported under subparagraph 1(b) of Article 4 of this Agreement.

7. All information exchanged shall be subject to the confidentiality and other protections provided for in Article 9 of this Agreement, including the provisions limiting the use of the information exchanged.

Article 4

APPLICATION OF FATCA TO HS/VCS FINANCIAL INSTITUTIONS

1. Treatment of Reporting HS/VCS Financial Institutions. Each Reporting HS/VCS Financial Institution shall be treated as complying with, and not subject to withholding under, section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code if the HS/ VCS complies with its obligations under Articles 2 and 3 of this Agreement with respect to such Reporting HS/VCS Financial Institution, and the Reporting HS/ VCS Financial Institution:

a) identifies U.S. Reportable Accounts and reports annually to the HS/VCS Competent Authority the information required to be reported in paragraph 2 of Article 2 of this Agreement in the time and manner described in Article 3 of this Agreement;

b) for each of 2015 and 2016, reports annually to the HS/VCS Competent Authority the name of each Nonparticipating Financial Institution to which it has made payments and the aggregate amount of such payments;

c) complies with the applicable registration requirements on the IRS FATCA registration website;

d) to the extent that a Reporting HS/VCS Financial Institution is (i) acting as a qualified intermediary (for purposes of section 1441 of the U.S. Internal Revenue Code) that has elected to assume primary withholding responsibility under chapter 3 of subtitle A of the U.S. Internal Revenue Code, (ii) a foreign partnership that has elected to act as a withholding foreign partnership (for purposes of both sections 1441 and 1471 of the U.S. Internal Revenue Code), or (iii) a foreign trust that has elected to act as a withholding foreign trust (for purposes of both sections 1441 and 1471 of the U.S. Internal Revenue Code), withholds 30 percent of any U.S. Source Withholdable Payment to any Nonparticipating Financial Institution; and

e) in the case of a Reporting HS/VCS Financial Institution that is not described in subparagraph 1(d) of this Article and that makes a payment of, or acts as an intermediary with respect to, a U.S. Source Withholdable Payment to any Nonparticipating Financial Institution, the Reporting HS/VCS Financial Institution provides to any immediate payor of such U.S. Source Withholdable Payment the information required for withholding and reporting to occur with respect to such payment.

Notwithstanding the foregoing, a Reporting HS/VCS Financial Institution with respect to which the conditions of this paragraph 1 are not satisfied shall not be subject to withholding under section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code unless such Reporting HS/VCS Financial Institution is treated by the IRS as a Nonparticipating Financial Institution pursuant to subparagraph 3(b) of Article 5 of this Agreement.

2. Suspension of Rules Relating to Recalcitrant Accounts. The United States shall not require a Reporting HS/VCS Financial Institution to withhold tax under section 1471 or 1472 of the U.S. Internal Revenue Code with respect to an account held by a recalcitrant account holder (as defined in section 1471(d)(6) of the U.S. Internal Revenue Code), or to close such account, if the U.S. Competent Authority receives the information set forth in paragraph 2 of Article 2 of this Agreement, subject to the provisions of Article 3 of this Agreement, with respect to such account.

3. Specific Treatment of Holy See or Vatican City State Retirement Plans. The United States shall treat as deemed-compliant FFIs or exempt beneficial owners, as appropriate, for purposes of sections 1471 and 1472 of the U.S. Internal Revenue Code, Holy See or Vatican City State retirement plans described in Annex II. For this purpose, a Holy See or Vatican City State retirement plan includes an Entity established or located in, and regulated by, the Holy See or the Vatican City State, or a predetermined contractual or legal arrangement, operated to provide pension or retirement benefits or earn income for providing such benefits under the laws of the Holy See or the Vatican City State and regulated with respect to contributions, distributions, reporting, sponsorship, and taxation.

4. Identification and Treatment of Other Deemed-Compliant FFIs and Exempt Beneficial Owners. The United States shall treat each Non-Reporting HS/VCS Financial Institution as a deemed-compliant FFI or as an exempt beneficial owner, as

appropriate, for purposes of section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code.

5. Special Rules Regarding Related Entities and Branches That Are Non-participating Financial Institutions. If a HS/VCS Financial Institution, that otherwise meets the requirements described in paragraph 1 of this Article or is described in paragraph 3 or 4 of this Article, has a Related Entity or branch that operates in a jurisdiction that prevents such Related Entity or branch from fulfilling the requirements of a participating FFI or deemed-compliant FFI for purposes of section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code or has a Related Entity or branch that is treated as a Nonparticipating Financial Institution solely due to the expiration of the transitional rule for limited FFIs and limited branches under relevant U.S. Treasury Regulations, such HS/VCS Financial Institution shall continue to be in compliance with the terms of this Agreement and shall continue to be treated as a deemed-compliant FFI or exempt beneficial owner, as appropriate, for purposes of section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code, provided that:

a) the HS/VCS Financial Institution treats each such Related Entity or branch as a separate Nonparticipating Financial Institution for purposes of all the reporting and withholding requirements of this Agreement and each such Related Entity or branch identifies itself to withholding agents as a Nonparticipating Financial Institution;

b) each such Related Entity or branch identifies its U.S. accounts and reports the information with respect to those accounts as required under section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code to the extent permitted under the relevant laws pertaining to the Related Entity or branch; and

c) such Related Entity or branch does not specifically solicit U.S. accounts held by persons that are not resident in the jurisdiction where such Related Entity or branch is located or accounts held by Nonparticipating Financial Institutions that are not established in the jurisdiction where such Related Entity or branch is located, and such Related Entity or branch is not used by the HS/VCS Financial Institution or any other Related Entity to circumvent the obligations under this Agreement or under section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code, as appropriate.

6. Coordination of Timing. Notwithstanding paragraphs 3 and 5 of Article 3 of this Agreement:

a) the HS/VCS shall not be obligated to obtain and exchange information with respect to a calendar year that is prior to the calendar year with respect to which similar information is required to be reported to the IRS by participating FFIs pursuant to relevant U.S. Treasury Regulations; and

b) the HS/VCS shall not be obligated to begin exchanging information prior to the date by which participating FFIs are required to report similar information to the IRS under relevant U.S. Treasury Regulations.

7. Coordination of Definitions with U.S. Treasury Regulations. Notwithstanding Article 1 of this Agreement and the definitions provided in the Annexes to this Agreement, in implementing this Agreement, the HS/VCS may use, and may permit HS/VCS Financial Institutions to use, a definition in relevant U.S. Treasury Regu-

lations in lieu of a corresponding definition in this Agreement, provided that such application would not frustrate the purposes of this Agreement.

Article 5

COLLABORATION ON COMPLIANCE AND ENFORCEMENT

1. General Inquiries. Subject to any further terms set forth in a competent authority agreement concluded pursuant to paragraph 6 of Article 3 of this Agreement, the U.S. Competent Authority may make follow-up requests to the HS/VCS Competent Authority, pursuant to which the HS/VCS Competent Authority shall obtain and provide additional information with respect to a U.S. Reportable Account, including the account statements prepared in the ordinary course of a Reporting HS/VCS Financial Institution's business that summarize the activity (including withdrawals, transfers, and closures) of the U.S. Reportable Account.

2. Minor and Administrative Errors. The U.S. Competent Authority shall notify the HS/VCS Competent Authority when the U.S. Competent Authority has reason to believe that administrative errors or other minor errors may have led to incorrect or incomplete information reporting or resulted in other infringements of this Agreement. The HS/VCS Competent Authority shall apply its domestic law (including applicable penalties) to obtain corrected and/or complete information or to resolve other infringements of this Agreement.

3. Significant Non-Compliance.

a) The U.S. Competent Authority shall notify the HS/VCS Competent Authority when the U.S. Competent Authority has determined that there is significant non-compliance with the obligations under this Agreement with respect to a Reporting HS/VCS Financial Institution. The HS/VCS Competent Authority shall apply its domestic law (including applicable penalties) to address the significant non-compliance described in the notice.

b) If such enforcement actions do not resolve the non-compliance within a period of 18 months after notification of significant non-compliance is first provided by the U.S. Competent Authority, the United States shall treat the Reporting HS/VCS Financial Institution as a Nonparticipating Financial Institution pursuant to this subparagraph 3(b).

4. Reliance on Third Party Service Providers. The HS/VCS may allow Reporting HS/VCS Financial Institution to use third party service providers to fulfill the obligations imposed on such Reporting HS/VCS Financial Institutions by the HS/VCS, as contemplated in this Agreement, but these obligations shall remain the responsibility of the Reporting HS/VCS Financial Institutions.

5. Prevention of Avoidance. The HS/VCS shall implement as necessary requirements to prevent Financial Institutions from adopting practices intended to circumvent the reporting required under this Agreement.

Article 6

MUTUAL COMMITMENT TO CONTINUE TO ENHANCE THE EFFECTIVENESS OF INFORMATION EXCHANGE AND TRANSPARENCY

1. Treatment of Passthru Payments and Gross Proceeds. The Parties are committed to work together, along with Partner Jurisdictions, to develop a practical and effective alternative approach to achieve the policy objectives of foreign passthru payment and gross proceeds withholding that minimizes burden.

2. Documentation of Accounts Maintained as of the Determination Date.

With respect to U.S. Reportable Accounts maintained by a Reporting HS/VCS Financial Institution as of the Determination Date, the HS/VCS commits to establish, by January 1, 2017, for reporting with respect to 2017 and subsequent years, rules requiring Reporting HS/VCS Financial Institutions to obtain the U.S. TIN of each Specified U.S. Person as required pursuant to subparagraph 2(a) of Article 2 of this Agreement.

Article 7

CONSISTENCY IN THE APPLICATION OF FATCA TO PARTNER JURISDICTIONS

1. The HS/VCS shall be granted the benefit of any more favorable terms under Article 4 or Annex I of this Agreement relating to the application of FATCA to HS/VCS Financial Institutions afforded to another Partner Jurisdiction under a signed bilateral agreement pursuant to which the other Partner Jurisdiction commits to undertake the same obligations as the HS/VCS described in Articles 2 and 3 of this Agreement, and subject to the same terms and conditions as described therein and in Articles 5, 6, 7, 10 and 11 of this Agreement.

2. The United States shall notify the HS/VCS of any such more favorable terms, and such more favorable terms shall apply automatically under this Agreement as if such terms were specified in this Agreement and effective as of the date of signing of the agreement incorporating the more favorable terms, unless the HS/VCS declines in writing the application thereof.

Article 8

MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE

1. Where difficulties or doubts arise between the Parties regarding the implementation, application, or interpretation of this Agreement, the Competent Authorities shall endeavor to resolve the matter by mutual agreement.

2. The Competent Authorities may adopt and implement procedures to facilitate the implementation of this Agreement.

3. The Competent Authorities may communicate with each other directly for purposes of reaching a mutual agreement under this Article.

Article 9

CONFIDENTIALITY

1. The HS/VCS Competent Authority shall treat any information received from the United States pursuant to Article 5 of this Agreement as confidential and shall only disclose such information as may be necessary to carry out its obligations under this Agreement. Such information may be disclosed in connection with court proceedings related to the performance of the obligations of the HS/VCS under this Agreement.

2. Information provided to the U.S. Competent Authority pursuant Articles 2 and 5 of this Agreement shall be treated as confidential and may be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) of the Government of the United States concerned with the assessment, collection, or administration of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, U.S. federal taxes, or the oversight of such functions. Such persons or authorities shall use such information only for such purposes. Such persons may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. The information may not be disclosed to any other person, entity, authority, or jurisdiction. Notwithstanding the foregoing, where the HS/VCS provides prior, written consent, the information may be used for purposes permitted under the provisions of a mutual legal assistance treaty in force between the Parties that allows for the exchange of tax information.

Article 10

CONSULTATIONS AND AMENDMENTS

1. In case any difficulties in the implementation of this Agreement arise, either Party may, independently of the mutual agreement procedure described in paragraph 1 of Article 8 of this Agreement, request consultations to develop appropriate measures to ensure the fulfillment of this Agreement.

2. This Agreement may be amended by written mutual agreement of the Parties. Unless otherwise agreed upon, such an amendment shall enter into force through the same procedures as set forth in paragraph 1 of Article 12 of this Agreement.

Article 11

ANNEXES

The Annexes form an integral part of this Agreement.

Article 12

TERM OF AGREEMENT

1. This Agreement shall enter into force on the date of signature of this Agreement.

2. Either Party may terminate this Agreement by giving notice of termination in writing to the other Party. Such termination shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of 12 months after the date of the notice of termination.

3. The Parties shall, prior to December 31, 2016, consult in good faith to amend this Agreement as necessary to reflect progress on the commitments set forth in Article 6 of this Agreement.

4. If this Agreement is terminated, both Parties shall remain bound by the provisions of Article 9 of this Agreement with respect to any information obtained under this Agreement.

In witness whereof, the undersigned, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done at Vatican City, in duplicate, this 10th day of June, 2015.

For The Holy See, acting also in The
Name and on behalf of The Vatican City State:
+ *Paul R. Gallagher*
(Secretary for Relations with States)

For the United States of America:
Kenneth Hackett
(US Ambassador to the Holy See)

ANNEX I

Due diligence obligations for identifying and reporting on U.S. Reportable Accounts and on Payments to certain Nonparticipating Financial Institutions

I. General.

A. The HS/VCS shall require that Reporting HS/VCS Financial Institutions apply the due diligence procedures contained in this Annex I to identify U.S. Reportable Accounts and accounts held by Nonparticipating Financial Institutions.

B. For purposes of the Agreement,

1. All dollar amounts are in U.S. dollars and shall be read to include the equivalent in other currencies.

2. Except as otherwise provided herein, the balance or value of an account shall be determined as of the last day of the calendar year or other appropriate reporting period.

3. Where a balance or value threshold is to be determined as of the Determination Date under this Annex I, the relevant balance or value shall be determined as of that day or the last day of the reporting period ending immediately before the Determination Date, and where a balance or value threshold is to be determined as of the last day of a calendar year under this Annex I, the relevant balance or value shall be determined as of the last day of the calendar year or other appropriate reporting period.

4. Subject to subparagraph E(1) of section II of this Annex I, an account shall be treated as a U.S. Reportable Account beginning as of the date it is identified as such pursuant to the due diligence procedures in this Annex I.

5. Unless otherwise provided, information with respect to a U.S. Reportable Account shall be reported annually in the calendar year following the year to which the information relates.

C. As an alternative to the procedures described in each section of this Annex I, the HS/VCS may permit Reporting HS/VCS Financial Institutions to rely on the procedures described in relevant U.S. Treasury Regulations to establish whether an account is a U.S. Reportable Account or an account held by a Nonparticipating Financial Institution. The HS/VCS may permit Reporting HS/VCS Financial Institutions to make such election separately for each section of this Annex I either with respect to all relevant Financial Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts (such as by line of business or the location of where the account is maintained).

II. Preexisting Individual Accounts. The following rules and procedures apply for purposes of identifying U.S. Reportable Accounts among Preexisting Accounts held by individuals ("Preexisting Individual Accounts").

A. Accounts Not Required to Be Reviewed, Identified, or Reported. Unless the Reporting HS/VCS Financial Institution elects otherwise, either with respect to all Preexisting Individual Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts, where the implementing rules in the Holy See or the Vatican City State provide for such an election, the following Preexisting Individual Accounts are not required to be reviewed, identified, or reported as U.S. Reportable Accounts:

1. Subject to subparagraph E(2) of this section, a Preexisting Individual Account with a balance or value that does not exceed \$50,000 as of the Determination Date.

2. Subject to subparagraph E(2) of this section, a Preexisting Individual Account that is a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract with a balance or value of \$250,000 or less as of the Determination Date.

3. A Preexisting Individual Account that is a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract, provided the law or regulations of the Holy See or the Vatican City State or the United States effectively prevent the sale of such a Cash Value Insurance Contract or an Annuity Contract to U.S. residents.

4. A Depository Account with a balance of \$50,000 or less.

B. Review Procedures for Preexisting Individual Accounts With a Balance or Value as of the Determination Date, that Exceeds \$50,000 (\$250,000 for a Cash Value Insurance Contract or Annuity Contract), But Does Not Exceed \$1,000,000 ("Lower Value Accounts").

1. Electronic Record Search. The Reporting HS/VCS Institution must re view electronically searchable data maintained by the Reporting HS/ VCS Financial Institution for any of the following U.S. *indicia*:

- a) Identification of the Account Holder as a U.S. citizen or resident;
- b) Unambiguous indication of a U.S. place of birth;
- c) Current U.S. mailing or residence address (including a U.S. post office box);
- d) Current U.S. telephone number;
- e) Standing instructions to transfer funds to an account maintained in the United States;
- f) Currently effective power of attorney or signatory authority granted to a person with a U.S. address; or
- g) An “in-care-of” or “hold mail” address that is the sole address the Reporting HS/VCS Financial Institution has on file for the Account Holder. In the case of a Preexisting Individual Account that is a Lower Value Account, an “in-care-of” address outside the United States or “hold mail” address shall not be treated as U.S. *indicia*.

2. If none of the U.S. *indicia* listed in subparagraph B(1) of this section are discovered in the electronic search, then no further action is required until there is a change in circumstances that results in one or more U.S. *indicia* being associated with the account, or the account becomes a High Value Account described in paragraph D of this section.

3. If any of the U.S. *indicia* listed in subparagraph B(1) of this section are discovered in the electronic search, or if there is a change in circumstances that results in one or more U.S. *indicia* being associated with the account, then the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account unless it elects to apply subparagraph B(4) of this section and one of the exceptions in such subparagraph applies with respect to that account.

4. Notwithstanding a finding of U.S. *indicia* under subparagraph B(1) of this section, a Reporting HS/VCS Financial Institution is not required to treat an account as a U.S. Reportable Account if:

a) Where the Account Holder information unambiguously indicates a U.S. *place of birth*, the Reporting HS/VCS Financial Institution obtains, or has previously reviewed and maintains a record of:

(1) A self-certification that the Account Holder is neither a U.S. citizen nor a U.S. resident for tax purposes (which may be on an IRS Form W-8 or other similar agreed form);

(2) A non-U.S. passport or other government-issued identification evidencing the Account Holder’s citizenship or nationality in a country other than the United States; and

(3) A copy of the Account Holder’s Certificate of Loss of Nationality of the United States or a reasonable explanation of:

(a) The reason the Account Holder does not have such a certificate despite relinquishing U.S. citizenship; or

(b) The reason the Account Holder did not obtain U.S. citizenship at birth.

b) Where the Account Holder information contains a *current U.S. mailing or residence address, or one or more U.S. telephone numbers that are the only telephone*

numbers associated with the account, the Reporting HS/VCS Financial Institution obtains, or has previously reviewed and maintains a record of:

(1) A self-certification that the Account Holder is neither a U.S. citizen nor a U.S. resident for tax purposes (which may be on an IRS Form W-8 or other similar agreed form); *and*

(2) Documentary evidence, as defined in paragraph D of section VI of this Annex I, establishing the Account Holder's non-U.S. status.

c) Where the Account Holder information contains *standing instructions to transfer funds to an account maintained in the United States*, the Reporting HS/VCS Financial Institution obtains, or has previously reviewed and maintains a record of:

(1) A self-certification that the Account Holder is neither a U.S. citizen nor a U.S. resident for tax purposes (which may be on an IRS Form W-8 or other similar agreed form); *and*

(2) Documentary evidence, as defined in paragraph D of section VI of this Annex I, establishing the Account Holder's non-U.S. status.

d) Where the Account Holder information contains *a currently effective power of attorney or signatory authority granted to a person with a US. address, has an "in-care-of" address or "hold mail" address that is the sole address identified for the Account Holder; or has one or more US. telephone numbers (if a non-US. telephone number is also associated with the account)*, the Reporting HS/VCS Financial Institution obtains, or has previously reviewed and maintains a record of:

(1) A self-certification that the Account Holder is neither a U.S. citizen nor a U.S. resident for tax purposes (which may be on an IRS Form W-8 or other similar agreed form); *or*

(2) Documentary evidence, as defined in paragraph D of section VI of this Annex I, establishing the Account Holder's non-U.S. status.

C. Additional Procedures Applicable to Preexisting Individual Accounts That Are Lower Value Accounts.

1. Review of Preexisting Individual Accounts that are Lower Value Accounts for U.S. *indicia* must be completed within two years from the Determination Date.

2. If there is a change of circumstances with respect to a Preexisting Individual Account that is a Lower Value Account that results in one or more U.S. *indicia* described in subparagraph B(1) of this section being associated with the account, then the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account unless subparagraph B(4) of this section applies.

3. Except for Depository Accounts described in subparagraph A(4) of this section, any Preexisting Individual Account that has been identified as a U.S. Reportable Account under this section shall be treated as a U.S. Reportable Account in all subsequent years, unless the Account Holder ceases to be a Specified U.S. Person.

D. Enhanced Review Procedures for Preexisting Individual Accounts With a Balance or Value That Exceeds \$1,000,000 as of the Determination Date, or December 31 of 2015 or Any Subsequent Year ("High Value Accounts").

1. Electronic Record Search. The Reporting HS/VCS Financial Institution must

review electronically searchable data maintained by the Reporting HS/VCS Financial Institution for any of the U.S. *indicia* described in subparagraph B(l) of this section.

2. Paper Record Search. If the Reporting HS/VCS Financial Institution's electronically searchable databases include fields for, and capture all of the information described in, subparagraph D(3) of this section, then no further paper record search is required. If the electronic databases do not capture all of this information, then with respect to a High Value Account, the Reporting HS/VCS Financial Institution must also review the current customer master file and, to the extent not contained in the current customer master file, the following documents associated with the account and obtained by the Reporting HS/VCS Financial Institution within the last five years for any of the U.S. *indicia* described in subparagraph B(l) of this section:

- a) The most recent documentary evidence collected with respect to the account;
- b) The most recent account opening contract or documentation;
- c) The most recent documentation obtained by the Reporting HS/VCS Financial Institution pursuant to AML/KYC Procedures or for other regulatory purposes;
- d) Any power of attorney or signature authority forms currently in effect; and
- e) Any standing instructions to transfer funds currently in effect.

3. Exception Where Databases Contain Sufficient Information. A Reporting HS/VCS Financial Institution is not required to perform the paper record search described in subparagraph D(2) of this section if the Reporting HS/VCS Financial Institution's electronically searchable information includes the following:

- a) The Account Holder's nationality or residence status;
- b) The Account Holder's residence address and mailing address currently on file with the Reporting HS/VCS Financial Institution;
- c) The Account Holder's telephone number(s) currently on file, if any, with the Reporting HS/VCS Financial Institution;
- d) Whether there are standing instructions to transfer funds in the account to another account (including an account at another branch of the Reporting HS/VCS Financial Institution or another Financial Institution);
- e) Whether there is a current "in-care-of" address or "hold mail" address for the Account Holder; *and*

- f) Whether there is any power of attorney or signatory authority for the account.

4. Relationship Manager Inquiry for Actual Knowledge. In addition to the electronic and paper record searches described above, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat as a U.S. Reportable Account any High Value Account assigned to a relationship manager (including any Financial Accounts aggregated with such High Value Account) if the relationship manager has actual knowledge that the Account Holder is a Specified U.S. Person.

5. Effect of Finding U.S. *Indicia*.

- a) If none of the U.S. *indicia* listed in subparagraph B(l) of this section are discovered in the enhanced review of High Value Accounts described above, and the account is not identified as held by a Specified U.S. Person in subparagraph D(4) of

this section, then no further action is required until there is a change in circumstances that results in one or more U.S. *indicia* being associated with the account.

b) If any of the U.S. *indicia* listed in subparagraph B(1) of this section are discovered in the enhanced review of High Value Accounts described above, or if there is a subsequent change in circumstances that results in one or more U.S. *indicia* being associated with the account, then the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account unless it elects to apply subparagraph B(4) of this section and one of the exceptions in such subparagraph applies with respect to that account.

c) Except for Depository Accounts described in subparagraph A(4) of this section, any Preexisting Individual Account that has been identified as a U.S. Reportable Account under this section shall be treated as a U.S. Reportable Account in all subsequent years, unless the Account Holder ceases to be a Specified U.S. Person.

E. Additional Procedures Applicable to High Value Accounts.

1. If a Preexisting Individual Account is a High Value Account as of the Determination Date, the Reporting HS/VCS Financial Institution must complete the enhanced review procedures described in paragraph D of this section with respect to such account within one year from the Determination Date. If based on this review such account is identified as a U.S. Reportable Account on or before December 31, 2014, the Reporting HS/VCS Financial Institution must report the required information about such account with respect to 2014 in the first report on the account and on an annual basis thereafter. In the case of an account identified as a U.S. Reportable Account after December 31, 2014, the Reporting HS/VCS Financial Institution is not required to report information about such account with respect to 2014, but must report information about the account on an annual basis thereafter.

2. If a Preexisting Individual Account is not a High Value Account as of the Determination Date, but becomes a High Value Account as of the last day of 2015 or any subsequent calendar year, the Reporting HS/VCS Financial Institution must complete the enhanced review procedures described in paragraph D of this section with respect to such account within six months after the last day of the calendar year in which the account becomes a High Value Account. If based on this review such account is identified as a U.S. Reportable Account, the Reporting HS/VCS Financial Institution must report the required information about such account with respect to the year in which it is identified as a U.S. Reportable Account and subsequent years on an annual basis, unless the Account Holder ceases to be a Specified U.S. Person.

3. Once a Reporting HS/VCS Financial Institution applies the enhanced review procedures described in paragraph D of this section to a High Value Account, the Reporting HS/VCS Financial Institution is not required to re-apply such procedures, other than the relationship manager inquiry described in subparagraph D(4) of this section, to the same High Value Account in any subsequent year.

4. If there is a change of circumstances with respect to a High Value Account that results in one or more U.S. *indicia* described in subparagraph B(1) of this sec-

tion being associated with the account, then the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account unless it elects to apply subparagraph B(4) of this section and one of the exceptions in such subparagraph applies with respect to that account.

5. A Reporting HS/VCS Financial Institution must implement procedures to ensure that a relationship manager identifies any change in circumstances of an account. For example, if a relationship manager is notified that the Account Holder has a new mailing address in the United States, the Reporting HS/VCS Financial Institution is required to treat the new address as a change in circumstances and, if it elects to apply subparagraph B(4) of this section, is required to obtain the appropriate documentation from the Account Holder.

F. Preexisting Individual Accounts That Have Been Documented for Certain Other Purposes. A Reporting HS/VCS Financial Institution that has previously obtained documentation from an Account Holder to establish the Account Holder's status as neither a U.S. citizen nor a U.S. resident in order to meet its obligations under a qualified intermediary, withholding foreign partnership, or withholding foreign trust agreement with the IRS, or to fulfill its obligations under chapter 61 of Title 26 of the United States Code, is not required to perform the procedures described in subparagraph B(1) of this section with respect to Lower Value Accounts or subparagraphs D(1) through D(3) of this section with respect to High Value Accounts.

III. New Individual Accounts. The following rules and procedures apply for purposes of identifying U.S. Reportable Accounts among Financial Accounts held by individuals and opened after the Determination Date ("New Individual Accounts").

A. Accounts Not Required to Be Reviewed, Identified, or Reported. Unless the Reporting HS/VCS Financial Institution elects otherwise, either with respect to all New Individual Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts, where the implementing rules in the Holy See or the Vatican City State provide for such an election, the following New Individual Accounts are not required to be reviewed, identified, or reported as U.S. Reportable Accounts:

1. A Depository Account unless the account balance exceeds \$50,000 at the end of any calendar year or other appropriate reporting period.

2. A Cash Value Insurance Contract unless the Cash Value exceeds \$50,000 at the end of any calendar year or other appropriate reporting period.

B. Other New Individual Accounts. With respect to New Individual Accounts not described in paragraph A of this section, upon account opening (or within 90 days after the end of the calendar year in which the account ceases to be described in paragraph A of this section), the Reporting HS/VCS Financial Institution must obtain a self-certification, which may be part of the account opening documentation, that allows the Reporting HS/VCS Financial Institution to determine whether the Account Holder is resident in the United States for tax purposes (for

this purpose, a U.S. citizen is considered to be resident in the United States for tax purposes, even if the Account Holder is also a tax resident of another jurisdiction) and confirm the reasonableness of such self-certification based on the information obtained by the Reporting HS/VCS Financial Institution in connection with the opening of the account, including any documentation collected pursuant to AML/KYC Procedures

1. If the self-certification establishes that the Account Holder is resident in the United States for tax purposes, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account and obtain a self-certification that includes the Account Holder's U.S. TIN (which may be an IRS Form W-9 or other similar agreed form).

2. If there is a change of circumstances with respect to a New Individual Account that causes the Reporting HS/VCS Financial Institution to know, or have reason to know, that the original self-certification is incorrect or unreliable, the Reporting HS/VCS Financial Institution cannot rely on the original self-certification and must obtain a valid self-certification that establishes whether the Account Holder is a U.S. citizen or resident for U.S. tax purposes. If the Reporting HS/VCS Financial Institution is unable to obtain a valid self-certification, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account.

IV. Preexisting Entity Accounts. The following rules and procedures apply for purposes of identifying U.S. Reportable Accounts and accounts held by Nonparticipating Financial Institutions among Preexisting Accounts held by Entities ("Preexisting Entity Accounts").

A. Entity Accounts Not Required to Be Reviewed, Identified or Reported. Unless the Reporting HS/VCS Financial Institution elects otherwise, either with respect to all Preexisting Entity Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts, where the implementing rules in the Holy See or the Vatican City State provide for such an election, a Preexisting Entity Account with an account balance or value that does not exceed \$250,000 as of the Determination Date, is not required to be reviewed, identified, or reported as a U.S. Reportable Account until the account balance or value exceeds \$1,000,000.

B. Entity Accounts Subject to Review. A Preexisting Entity Account that has an account balance or value that exceeds \$250,000 as of the Determination Date, and a Preexisting Entity Account that does not exceed \$250,000 as of the Determination Date but the account balance or value of which exceeds \$1,000,000 as of the last day of 2015 or any subsequent calendar year, must be reviewed in accordance with the procedures set forth in paragraph D of this section.

C. Entity Accounts With Respect to which Reporting Is Required. With respect to Preexisting Entity Accounts described in paragraph B of this section, only accounts that are held by one or more Entities that are Specified U.S. Persons, or by Passive NFFEs with one or more Controlling Persons who are U.S. citizens or residents, shall be treated as U.S. Reportable Accounts. In addition, accounts held

by Nonparticipating Financial Institutions shall be treated as accounts for which aggregate payments as described in subparagraph 1(b) of Article 4 of the Agreement are reported to the HS/VCS Competent Authority.

D. Review Procedures for Identifying Entity Accounts With Respect to Which Reporting Is Required. For Preexisting Entity Accounts described in paragraph B of this section, the Reporting HS/VOS Financial Institution must apply the following review procedures to determine whether the account is held by one or more Specified U.S. Persons, by Passive NFFEs with one or more Controlling Persons who are U.S. citizens or residents, or by Nonparticipating Financial Institutions:

1. Determine Whether the Entity Is a Specified U.S. Person.

a) Review information maintained for regulatory or customer relationship purposes (including information collected pursuant to AML/KYC Procedures) to determine whether the information indicates that the Account Holder is a U.S. Person. For this purpose, information indicating that the Account Holder is a U.S. Person includes a U.S. place of incorporation or organization, or a U.S. address.

b) If the information indicates that the Account Holder is a U.S. Person, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account unless it obtains a self-certification from the Account Holder (which may be on an IRS Form W-8 or W-9, or a similar agreed form), or reasonably determines based on information in its possession or that is publicly available, that the Account Holder is not a Specified U.S. Person.

2. Determine Whether a Non-U.S. Entity Is a Financial Institution.

a) Review information maintained for regulatory or customer relationship purposes (including information collected pursuant to AML/KYC Procedures) to determine whether the information indicates that the Account Holder is a Financial Institution.

b) If the information indicates that the Account Holder is a Financial Institution, or the Reporting HS/VCS Financial Institution verifies the Account Holder's Global Intermediary Identification Number on the published IRS FFI list, then the account is not a U.S. Reportable Account.

3. Determine Whether a Financial Institution Is a Nonparticipating Financial Institution Payments to Which Are Subject to Aggregate Reporting Under Subparagraph 1(b) of Article 4 of the Agreement.

a) Subject to subparagraph D(3)(b) of this section, a Reporting HS/VCS Financial Institution may determine that the Account Holder is a HS/ VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution if the Reporting HS/VCS Financial Institution reasonably determines that the Account Holder has such status on the basis of the Account Holder's Global Intermediary Identification Number on the published IRS FFI list or other information that is publicly available or in the possession of the Reporting HS/VCS Financial Institution, as applicable. In such case, no further review, identification, or reporting is required with respect to the account.

b) If the Account Holder is a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution treated by the IRS as a Nonparticipating Financial

Institution, then the account is not a U.S. Reportable Account, but payments to the Account Holder must be reported as contemplated in subparagraph 1(b) of Article 4 of the Agreement.

c) If the Account Holder is not a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution, then the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the Account Holder as a Nonparticipating Financial Institution payments to which are reportable under subparagraph 1(b) of Article 4 of the Agreement, unless the Reporting HS/VCS Financial Institution:

(1) Obtains a self-certification (which may be on an IRS Form W-8 or similar agreed form) from the Account Holder that it is a certified deemed-compliant FFI, or an exempt beneficial owner, as those terms are defined in relevant U.S. Treasury Regulations; *or*

(2) In the case of a participating FFI or registered deemed-compliant FFI, verifies the Account Holder's Global Intermediary Identification Number on the published IRS FFI list.

4. Determine Whether an Account Held by an NFFE Is a U.S. Reportable Account. With respect to an Account Holder of a Preexisting Entity Account that is not identified as either a U.S. Person or a Financial Institution, the Reporting HS/VCS Financial Institution must identify (i) whether the Account Holder has Controlling Persons, (ii) whether the Account Holder is a Passive NFFE, and (iii) whether any of the Controlling Persons of the Account Holder is a U.S. citizen or resident. In making these determinations the Reporting HS/VCS Financial Institution must follow the guidance in subparagraphs D(4)(a) through D(4)(d) of this section in the order most appropriate under the circumstances.

a) For purposes of determining the Controlling Persons of an Account Holder, a Reporting HS/VCS Financial Institution may rely on information collected and maintained pursuant to AML/KYC Procedures.

b) For purposes of determining whether the Account Holder is a Passive NFFE, the Reporting HS/VCS Financial Institution must obtain a self-certification (which may be on an IRS Form W-8 or W-9, or on a similar agreed form) from the Account Holder to establish its status, unless it has information in its possession or that is publicly available, based on which it can reasonably determine that the Account Holder is an Active NFFE.

c) For purposes of determining whether a Controlling Person of a Passive NFFE is a U.S. citizen or resident for tax purposes, a Reporting HS/VCS Financial Institution may rely on:

(1) information collected and maintained pursuant to AML/KYC Procedures in the case of a Preexisting Entity Account held by one or more NFFEs with an account balance or value that does not exceed \$1,000,000; *or*

(2) A self-certification (which may be on an IRS Form W-8 or W-9, or on a similar agreed form) from the Account Holder or such Controlling Person in the case of a Preexisting Entity Account held by one or more NFFEs with an account balance or value that exceeds \$1,000,000.

d) If any Controlling Person of a Passive NFFE is a U.S. citizen or resident, the account shall be treated as a U.S. Reportable Account.

E. Timing of Review and Additional Procedures Applicable to Preexisting Entity Accounts.

1. Review of Preexisting Entity Accounts with an account balance or value that exceeds \$250,000 as of the Determination Date must be completed within two years from the Determination Date.

2. Review of Preexisting Entity Accounts with an account balance or value that does not exceed \$250,000 as of the Determination Date, but exceeds \$1,000,000 as of December 31 of 2015 or any subsequent year, must be completed within six months after the last day of the calendar year in which the account balance or value exceeds \$1,000,000.

3. If there is a change of circumstances with respect to a Preexisting Entity Account that causes the Reporting HS/VCS Financial Institution to know, or have reason to know, that the self-certification or other documentation associated with an account is incorrect or unreliable, the Reporting HS/VCS Financial Institution must redetermine the status of the account in accordance with the procedures set forth in paragraph D of this section.

V. New Entity Accounts. The following rules and procedures apply for purposes of identifying U.S. Reportable Accounts and accounts held by Nonparticipating Financial Institutions among Financial Accounts held by Entities and opened after the Determination Date (“New Entity Accounts”).

A. Entity Accounts Not Required to Be Reviewed, Identified or Reported. Unless the Reporting HS/VCS Financial Institution elects otherwise, either with respect to all New Entity Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts, where the implementing rules in the Holy See or the Vatican City State provide for such election, a credit card account or a revolving credit facility treated as a New Entity Account is not required to be reviewed, identified, or reported, provided that the Reporting HS/VCS Financial Institution maintaining such account implements policies and procedures to prevent an account balance owed to the Account Holder that exceeds \$50,000.

B. Other New Entity Accounts. With respect to New Entity Accounts not described in paragraph A of this section, the Reporting HS/VCS Financial Institution must determine whether the Account Holder is: (i) a Specified U.S. Person; (ii) a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution; (iii) a participating FFI, a deemed-compliant FFI, or an exempt beneficial owner, as those terms are defined in relevant U.S. Treasury Regulations; or (iv) an Active NFFE or Passive NFFE.

1. Subject to subparagraph B(2) of this section, a Reporting HS/VCS Financial Institution may determine that the Account Holder is an Active NFFE, a HS/VCS Financial Institution, or other Partner Jurisdiction Financial Institution if the Reporting HS/VCS Financial Institution reasonably determines that the Account

Holder has such status on the basis of the Account Holder's Global Intermediary Identification Number or other information that is publicly available or in the possession of the Reporting HS/VCS Financial Institution, as applicable.

2. If the Account Holder is a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution treated by the IRS as a Nonparticipating Financial Institution, then the account is not a U.S. Reportable Account, but payments to the Account Holder must be reported as contemplated in subparagraph l(b) of Article 4 of the Agreement.

3. In all other cases, a Reporting HS/VCS Financial Institution must obtain a self-certification from the Account Holder to establish the Account Holder's status. Based on the self-certification, the following rules apply: a) If the Account Holder is a Specified U.S. Person, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account.

b) If the Account Holder is a Passive NFFE, the Reporting HS/VCS Financial Institution must identify the Controlling Persons as determined under AML/KYC Procedures, and must determine whether any such person is a U.S. citizen or resident on the basis of a self-certification from the Account Holder or such person. If any such person is a U.S. citizen or resident, the Reporting HS/VCS Financial Institution must treat the account as a U.S. Reportable Account.

c) If the Account Holder is: (i) a U.S. Person that is not a Specified U.S. Person; (ii) subject to subparagraph B(3)(d) of this section, a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution; (iii) a participating FFI, a deemed-compliant FFI, or an exempt beneficial owner, as those terms are defined in relevant U.S. Treasury Regulations; (iv) an Active NFFE; or (v) a Passive NFFE none of the Controlling Persons of which is a U.S. citizen or resident, then the account is not a U.S. Reportable Account, and no reporting is required with respect to the account.

d) If the Account Holder is a Nonparticipating Financial Institution (including a HS/VCS Financial Institution or other Partner Jurisdiction Financial Institution treated by the IRS as a Nonparticipating Financial Institution), then the account is not a U.S. Reportable Account, but payments to the Account Holder must be reported as contemplated in subparagraph l(b) of Article 4 of the Agreement.

VI. Special Rules and Definitions. The following additional rules and definitions apply in implementing the due diligence procedures described above:

A. Reliance on Self-Certifications and Documentary Evidence. A Reporting HS/VCS Financial Institution may not rely on a self-certification or documentary evidence if the Reporting HS/VCS Financial Institution knows or has reason to know that the self-certification or documentary evidence is incorrect or unreliable.

B. Definitions. The following definitions apply for purposes of this Annex I.

1. AML/KYC Procedures. "AML/KYC Procedures" means the customer due diligence procedures of a Reporting HS/VCS Financial Institution pursuant to the anti-money laundering or similar requirements of the Holy See or the Vatican City

State to which such Reporting HS/VCS Financial Institution is subject.

2. NFFE. An “NFFE” means any Non-U.S. Entity that is not an FFI as defined in relevant U.S. Treasury Regulations or is an Entity described in subparagraph B(4) G) of this section, and also includes any Non-U.S. Entity that is established in the Holy See or the Vatican City State or another Partner Jurisdiction and that is not a Financial Institution.

3. Passive NFFE. A “Passive NFFE” means any NFFE that is not (i) an Active NFFE, or (ii) a withholding foreign partnership or withholding foreign trust pursuant to relevant U.S. Treasury Regulations.

4. Active NFFE. An “Active NFFE” means any NFFE that meets any of the following criteria:

a) Less than 50 percent of the NFFE’s gross income for the preceding calendar year or other appropriate reporting period is passive income and less than 50 percent of the assets held by the NFFE during the preceding calendar year or other appropriate reporting period are assets that produce or are held for the production of passive income;

b) The stock of the NFFE is regularly traded on an established securities market or the NFFE is a Related Entity of an Entity the stock of which is regularly traded on an established securities market;

c) The NFFE is organized in a U.S. Territory and all of the owners of the payee are *bona fide* residents of that U.S. Territory;

d) The NFFE is a government (other than the U.S. government), a political subdivision of such government (which, for the avoidance of doubt, includes a state, province, county, or municipality), or a public body performing a function of such government or a political sub division thereof, a government of a U.S. Territory, an international organization, a non-U.S. central bank of issue, or an Entity wholly owned by one or more of the foregoing;

e) Substantially all of the activities of the NFFE consist of holding (in whole or in part) the outstanding stock of, or providing financing and services to, one or more subsidiaries that engage in trades or businesses other than the business of a Financial Institution, except that an entity shall not qualify for NFFE status if the entity functions (or holds itself out) as an investment fund, such as a private equity fund, venture capital fund, leveraged buyout fund, or any investment vehicle whose purpose is to acquire or fund companies and then hold interests in those companies as capital assets for investment purposes;

f) The NFFE is not yet operating a business and has no prior operating history, but is investing capital into assets with the intent to operate a business other than that of a Financial Institution, provided that the NFFE shall not qualify for this exception after the date that is 24 months after the date of the initial organization of the NFFE;

g) The NFFE was not a Financial Institution in the past five years, and is in the process of liquidating its assets or is reorganizing with the intent to continue or recommence operations in a business other than that of a Financial Institution;

h) The NFFE primarily engages in financing and hedging transactions with, or for, Related Entities that are not Financial Institutions, and does not provide financing or hedging services to any Entity that is not a Related Entity, provided that the group of any such Related Entities is primarily engaged in a business other than that of a Financial Institution;

i) The NFFE is an “excepted NFFE” as described in relevant U.S. Treasury Regulations; *or*

j) The NFFE meets all of the following requirements:

i. It is established and operated in its jurisdiction of residence exclusively for religious, charitable, scientific, artistic, cultural, athletic, or educational purposes; or it is established and operated in its jurisdiction of residence and it is a professional organization, business league, chamber of commerce, labor organization, agricultural or horticultural organization, civic league or an organization operated exclusively for the promotion of social welfare;

ii. It is exempt from income tax in its jurisdiction of residence;

iii. It has no shareholders or members who have a proprietary or beneficial interest in its income or assets;

iv. The applicable laws of the NFFE’s jurisdiction of residence or the NFFE’s formation documents do not permit any income or assets of the NFFE to be distributed to, or applied for the benefit of, a private person or non-charitable Entity other than pursuant to the conduct of the NFFE’s charitable activities, or as payment of reasonable compensation for services rendered, or as payment representing the fair market value of property which the NFFE has purchased; *and*

v. The applicable laws of the NFFE’s jurisdiction of residence or the NFFE’s formation documents require that, upon the NFFE’s liquidation or dissolution, all of its assets be distributed to a governmental entity or other non-profit organization, or escheat to the government of the NFFE’s jurisdiction of residence or any political subdivision thereof.

5. Preexisting Account. A “Preexisting Account” means a Financial Account maintained by a Reporting HS/VCS Financial Institution as of the Determination Date.

6. Determination Date. The “Determination Date” means the date, which may be prior to entry into force of this Agreement, on which the Treasury Department determines not to apply withholding under section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code to HS/VCS Financial Institutions. That date is: (a) June 30, 2014, in the case of (i) a jurisdiction that signed an agreement with the United States to implement FATCA or facilitate FATCA implementation on or before June 30, 2014, or (ii) a jurisdiction that the Treasury Department determined reached such an agreement in substance on or before June 30, 2014, and is included on the Treasury Department list of such jurisdictions, (b) November 30, 2014, in the case of a jurisdiction that the Treasury Department determined reached such an agreement in substance on or after July 1, 2014, and on or before November 30, 2014, and is included on the Treasury Department list of such jurisdictions, or (c) the date of signature of such

an agreement, in the case of any other jurisdiction. The Determination Date for the HS/VCS is November 30, 2014.

C. Account Balance Aggregation and Currency Translation Rules.

1. Aggregation of Individual Accounts. For purposes of determining the aggregate balance or value of Financial Accounts held by an individual, a Reporting HS/VCS Financial Institution is required to aggregate all Financial Accounts maintained by the Reporting HS/VCS Financial Institution, or by a Related Entity, but only to the extent that the Reporting HS/VCS Financial Institution's computerized systems link the Financial Accounts by reference to a data element such as client number or taxpayer identification number, and allow account balances or values to be aggregated. Each holder of a jointly held Financial Account shall be attributed the entire balance or value of the jointly held Financial Account for purposes of applying the aggregation requirements described in this paragraph 1.

2. Aggregation of Entity Accounts. For purposes of determining the aggregate balance or value of Financial Accounts held by an Entity, a Reporting HS/VCS Financial Institution is required to take into account all Financial Accounts that are maintained by the Reporting HS/VCS Financial Institution, or by a Related Entity, but only to the extent that the Reporting HS/VCS Financial Institution's computerized systems link the Financial Accounts by reference to a data element such as client number or taxpayer identification number, and allow account balances or values to be aggregated.

3. Special Aggregation Rule Applicable to Relationship Managers. For purposes of determining the aggregate balance or value of Financial Accounts held by a person to determine whether a Financial Account is a High Value Account, a Reporting HS/VCS Financial Institution is also required, in the case of any Financial Accounts that a relationship manager knows, or has reason to know, are directly or indirectly owned, controlled, or established (other than in a fiduciary capacity) by the same person, to aggregate all such accounts.

4. Currency Translation Rule. For purposes of determining the balance or value of Financial Accounts denominated in a currency other than the U.S. dollar, a Reporting HS/VCS Financial Institution must convert the U.S. dollar threshold amounts described in this Annex I into such currency using a published spot rate determined as of the last day of the calendar year preceding the year in which the Reporting HS/VCS Financial Institution is determining the balance or value.

D. Documentary Evidence. For purposes of this Annex I, acceptable documentary evidence includes any of the following:

1. A certificate of residence issued by an authorized government body (for example, a government or agency thereof, or a municipality) of the jurisdiction in which the payee claims to be a resident.

2. With respect to an individual, any valid identification issued by an authorized government body (for example, a government or agency thereof, or a municipality), that includes the individual's name and is typically used for identification purposes.

3. With respect to an Entity, any official documentation issued by an authorized

government body (for example, a government or agency thereof, or a municipality) that includes the name of the Entity and either the address of its principal office in the jurisdiction (or U.S. Territory) in which it claims to be a resident or the jurisdiction (or U.S. Territory) in which the Entity was incorporated or organized.

4. With respect to a Financial Account maintained in a jurisdiction with anti-money laundering rules that have been approved by the IRS in connection with a QI agreement (as described in relevant U.S. Treasury Regulations), any of the documents, other than a Form W-8 or W-9, referenced in the jurisdiction's attachment to the QI agreement for identifying individuals or Entities.

5. Any financial statement, third-party credit report, bankruptcy filing, or U.S. Securities and Exchange Commission report.

E. Alternative Procedures for Financial Accounts Held by Individual Beneficiaries of a Cash Value Insurance Contract. A Reporting HS/VCS Financial Institution may presume that an individual beneficiary (other than the owner) of a Cash Value Insurance Contract receiving a death benefit is not a Specified U.S. Person and may treat such Financial Account as other than a U.S. Reportable Account unless the Reporting HS/VCS Financial Institution has actual knowledge, or reason to know, that the beneficiary is a Specified U.S. Person. A Reporting HS/VCS Financial Institution has reason to know that a beneficiary of a Cash Value Insurance Contract is a Specified U.S. Person if the information collected by the Reporting HS/VCS Financial Institution and associated with the beneficiary contains U.S. *indicia* as described in subparagraph (B)(l) of section II of this Annex I. If a Reporting HS/VCS Financial Institution has actual knowledge, or reason to know, that the beneficiary is a Specified U.S. Person, the Reporting HS/VCS Financial Institution must follow the procedures in subparagraph B(3) of section II of this Annex I.

F. Reliance on Third Parties. Regardless of whether an election is made under paragraph C of section I of this Annex I, the HS/VCS may permit Reporting HS/VCS Financial Institutions to rely on due diligence procedures performed by third parties, to the extent provided in relevant U.S. Treasury Regulations.

G. Alternative Procedures for New Accounts Opened Prior to Entry Into Force of this Agreement.

1. Applicability. If the HS/VCS has provided a written notice to the United States prior to entry into force of this Agreement that, as of the Determination Date, the HS/VCS lacked the legal authority to require Reporting HS/VCS Financial Institutions either: (i) to require Account Holders of New Individual Accounts to provide the self-certification specified in section III of this Annex I, or (ii) to perform all the due diligence procedures related to New Entity Accounts specified in section V of this Annex I, then Reporting HS/VCS Financial Institutions may apply the alternative procedures described in subparagraph G(2) of this section, as applicable, to such New Accounts, in lieu of the procedures otherwise required under this Annex I. The alternative procedures described in subparagraph G(2) of this section shall be available only for those New Individual Accounts or New Entity Accounts, as applicable, opened prior to the earlier of: (i) the date the HS/VCS has

the ability to compel Reporting HS/VCS Financial Institutions to comply with the due diligence procedures described in section III or section V of this Annex I, as applicable, which date the HS/VCS shall inform the United States of in writing by the date of entry into force of this Agreement, or (ii) the date of entry into force of this Agreement. If the alternative procedures for New Entity Accounts opened after the Determination Date, and before January 1, 2015, described in paragraph H of this section are applied with respect to all New Entity Accounts or a clearly identified group of such accounts, the alternative procedures described in this paragraph G may not be applied with respect to such New Entity Accounts. For all other New Accounts, Reporting HS/VCS Financial Institutions must apply the due diligence procedures described in section III or section V of this Annex I, as applicable, to determine if the account is a U.S. Reportable Account or an account held by a Non-participating Financial Institution.

2. Alternative Procedures.

a) Within one year after the date of entry into force of this Agreement, Reporting HS/VCS Financial Institutions must: (i) with respect to a New Individual Account described in subparagraph G(1) of this section, request the self-certification specified in section III of this Annex I and confirm the reasonableness of such self-certification consistent with the procedures described in section III of this Annex I, and (ii) with respect to a New Entity Account described in subparagraph G(l) of this section, perform the due diligence procedures specified in section V of this Annex I and request information as necessary to document the account, including any self-certification, required by section V of this Annex I.

b) the HS/VCS must report on any New Account that is identified pursuant to subparagraph G(2)(a) of this section as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, by the date that is the later of: (i) September 30 next following the date that the account is identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, or (ii) 90 days after the account is identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable. The information required to be reported with respect to such a New Account is any information that would have been reportable under this Agreement if the New Account had been identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, as of the date the account was opened.

c) By the date that is one year after the date of entry into force of this Agreement, Reporting HS/VCS Financial Institutions must close any New Account described in subparagraph G(l) of this section for which it was unable to collect the required self-certification or other documentation pursuant to the procedures described in subparagraph G(2)(a) of this section. In addition, by the date that is one year after the date of entry into force of this Agreement, Reporting HS/VCS Financial Institutions must: (i) with respect to such closed accounts that prior to such closure were New Individual Accounts (without regard to whether such accounts were High Va-

lue Accounts), perform the due diligence procedures specified in paragraph D of section II of this Annex I, or (ii) with respect to such closed accounts that prior to such closure were New Entity Accounts, perform the due diligence procedures specified in section IV of this Annex I.

d) the HS/VCS must report on any closed account that is identified pursuant to subparagraph G(2)(c) of this section as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, by the date that is the later of: (i) September 30 next following the date that the account is identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, or (ii) 90 days after the account is identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable. The information required to be reported for such a closed account is any information that would have been reportable under this Agreement if the account had been identified as a U.S. Reportable Account or as an account held by a Nonparticipating Financial Institution, as applicable, as of the date the account was opened.

H. Alternative Procedures for New Entity Accounts Opened after the Determination Date, and before January 1, 2015. For New Entity Accounts opened after the Determination Date, and before January 1, 2015, either with respect to all New Entity Accounts or, separately, with respect to any clearly identified group of such accounts, the HS/VCS may permit Reporting HS/VCS Financial Institutions to treat such accounts as Preexisting Entity Accounts and apply the due diligence procedures related to Preexisting Entity Accounts specified in section IV of this Annex I in lieu of the due diligence procedures specified in section V of this Annex I. In this case, the due diligence procedures of section IV of this Annex I must be applied without regard to the account balance or value threshold specified in paragraph A of section IV of this Annex I.

ANNEX II

The following Entities shall be treated as exempt beneficial owners or deemed-compliant FFIs, as the case may be, and the following accounts are excluded from the definition of Financial Accounts. This Annex II may be modified by a mutual written decision entered into between the Competent Authorities of the HS/VCS and the United States: (1) to include additional Entities and accounts that present a low risk of being used by U.S. Persons to evade U.S. tax and that have similar characteristics to the Entities and accounts described in this Annex II as of the date of signature of the Agreement; or (2) to remove Entities and accounts that, due to changes in circumstances, no longer present a low risk of being used by U.S. Persons to evade U.S. tax. Any such addition or removal shall be effective on the date of signature of the mutual decision, unless otherwise provided therein. Procedures for reaching such a mutual decision may be included in the mutual agreement or arrangement described in paragraph 6 of Article 3 of the Agreement.

I. Exempt Beneficial Owners other than Funds. The following Entities shall be treated as Non-Reporting HS/VCS Financial Institutions and as exempt beneficial owners for purposes of section 1471 and 1472 of the U.S. Internal Revenue Code, *other than* with respect to a payment that is derived from an obligation held in connection with a commercial financial activity of a type engaged in by a Specified Insurance Company, Custodial Institution, or Depository Institution.

A. Governmental Entity. The Holy See or the government of the Vatican City State, any political subdivision of the Holy See or the Vatican City State, or any wholly owned agency or instrumentality of the Holy See or the Vatican City State or any one or more of the foregoing (each, a “HS/VCS Governmental Entity”). This category is comprised of the integral parts, controlled entities, and political subdivisions of the Holy See or the Vatican City State.

1. An integral part of the Holy See or the Vatican City State means any person, organization, agency, bureau, fund, instrumentality, or other body, however designated, that constitutes a governing authority of the Holy See or the Vatican City State. The net earnings of the governing authority must be credited to its own account or to other accounts of the Holy See or Vatican City State with no portion inuring to the benefit of any private person. An integral part does not include any individual who is a sovereign, official, or administrator acting in a private or personal capacity.

2. A controlled entity means an Entity that is separate in form from the Holy See or the Vatican City State or that otherwise constitutes a separate juridical entity, provided that:

a) The Entity is wholly owned and controlled by one or more HS/VCS Governmental Entities directly or through one or more controlled entities;

b) The Entity’s net earnings are credited to its own account or to the accounts of one or more HS/VCS Governmental Entities, with no portion of its income inuring to the benefit of any private person; and

c) The Entity’s assets vest in one or more HS/VCS Governmental Entities upon dissolution.

3. Income does not inure to the benefit of private persons if such persons are the intended beneficiaries of a governmental program, and the program activities are performed for the general public with respect to the common welfare or relate to the administration of some phase of government. Notwithstanding the foregoing, however, income is considered to inure to the benefit of private persons if the income is derived from the use of a governmental entity to conduct a commercial business, such as a commercial banking business, that provides financial services to private persons.

B. International Organization. Any international organization or wholly owned agency or instrumentality thereof. This category includes any intergovernmental organization (including a supranational organization) (1) that is comprised primarily of non-U.S. governments; (2) that has in effect a headquarters agreement with the HS/VCS; and (3) the income of which does not inure to the benefit of private persons.

C. Central Bank. An institution that is by law or government sanction the principal authority, other than the Holy See or the government of the Vatican City State itself, issuing instruments intended to circulate as currency. Such an institution may include an instrumentality that is separate from the Holy See or the government of the Vatican City State, whether or not owned in whole or in part by the Holy See or the Vatican City State.

II. Funds that Qualify as Exempt Beneficial Owners. The following Entities shall be treated as Non-Reporting HS/VCS Financial Institutions and as exempt beneficial owners for purposes of sections 1471 and 1472 of the U.S. Internal Revenue Code.

A. Broad Participation Retirement Fund. A fund established in the Holy See or the Vatican City State to provide retirement, disability, or death benefits, or any combination thereof, to beneficiaries that are current or former employees (or persons designated by such employees) of one or more employers in consideration for services rendered, provided that the fund:

1. Does not have a single beneficiary with a right to more than five percent of the fund's assets;

2. Is subject to government regulation and provides information reporting to the relevant authorities in the Holy See or the Vatican City State; and

3. Satisfies at least one of the following requirements:

- a) The fund is generally exempt from tax in the Vatican City State on investment income under the laws of the Holy See or the Vatican City State due to its status as a retirement or pension plan;

- b) The fund receives at least 50 percent of its total contributions (other than transfers of assets from other plans described in paragraphs A and B this section or from retirement and pension accounts described in subparagraph A(1) of section V of this Annex II) from the sponsoring employers;

- c) Distributions or withdrawals from the fund are allowed only upon the occurrence of specified events related to retirement, disability, or death (except rollover distributions to other retirement funds described in paragraphs A and B of this section or retirement and pension accounts described in subparagraph A(1) of section V of this Annex II), or penalties apply to distributions or withdrawals made before such specified events; or

- d) Contributions (other than certain permitted make-up contributions) by employees to the fund are limited by reference to earned income of the employee or may not exceed \$50,000 annually, applying the rules set forth in Annex I for account aggregation and currency translation.

B. Pension Fund of an Exempt Beneficial Owner. A fund established in the Holy See or the Vatican City State by an exempt beneficial owner to provide retirement, disability, or death benefits to beneficiaries or participants that are current or former employees of the exempt beneficial owner (or persons designated by such employees), or that are not current or former employees, if the benefits provided to

such beneficiaries or participants are in consideration of personal services performed for the exempt beneficial owner.

C. Investment Entity Wholly Owned by Exempt Beneficial Owners. An Entity that is a HS/VCS Financial Institution solely because it is an Investment Entity, provided that each direct holder of an Equity Interest in the Entity is an exempt beneficial owner, and each direct holder of a debt interest in such Entity is either a Depository Institution (with respect to a loan made to such Entity) or an exempt beneficial owner.

III. Small or Limited Scope Financial Institutions that Qualify as Deemed-Compliant FFI's. The following Financial Institutions are Non-Reporting HS/VCS Financial Institutions that shall be treated as deemed-compliant FFI's for purposes of section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code.

A. Local Bank. A Financial Institution satisfying the following requirements:

1. The Financial Institution operates solely as (and is licensed and regulated under the laws of the Holy See or the Vatican City State as) (a) a bank or (b) a credit union or similar cooperative credit organization that is operated without profit;

2. The Financial Institution's business consists primarily of receiving deposits from and making loans to, with respect to a bank, unrelated retail customers and, with respect to a credit union or similar cooperative credit organization, members, provided that no member has a greater than five percent interest in such credit union or cooperative credit organization;

3. The Financial Institution must have no fixed place of business outside of the Vatican City State. For this purpose, a fixed place of business does not include a location that is not advertised to the public and from which the Financial Institution performs solely administrative support functions;

4. The Financial Institution must not solicit customers or Account Holders outside the Vatican City State. For this purpose, a Financial Institution shall not be considered to have solicited customers or Account Holders outside the Vatican City State merely because the Financial Institution (a) operates a website, provided that the website does permit the opening of a Financial Account, does not specifically indicate that the Financial Institution provides Financial Accounts or services to nonresidents, and does not otherwise target or solicit U.S. customers or Account Holders, or (b) advertises in print media or on a radio or television station that is distributed or aired primarily within the Vatican City State but is also incidentally distributed or aired in other countries, provided that the advertisement does not specifically indicate that the Financial Institution provides Financial Accounts or services to nonresidents, and does not otherwise target or solicit U.S. customers or Account Holders;

5. The Financial Institution does not have more than \$175 million in assets on its balance sheet, and the Financial Institution and any Related Entities, taken together, do not have more than \$500 million in total assets on their consolidated or combined balance sheets; and

6. Any Related Entity must be incorporated or organized in the Holy See or the Vatican City State, and any Related Entity that is a Financial Institution, with the exception of any Related Entity that is a retirement fund described in paragraphs A and B of section II of this Annex II or a Financial Institution with only low-value accounts described in paragraph B of this section, must satisfy the requirements set forth in this paragraph A.

B. Financial Institution with Only Low-Value Accounts. A HS/VCS Financial Institution satisfying the following requirements:

1. The Financial Institution is not an Investment Entity;
2. No Financial Account maintained by the Financial Institution or any Related Entity has a balance or value in excess of \$50,000, applying the rules set forth in Annex I for account aggregation and currency translation; and 3. The Financial Institution does not have more than \$50 million in assets on its balance sheet, and the Financial Institution and any Related Entities, taken together, do not have more than \$50 million in total assets on their consolidated or combined balance sheets.

C. Qualified Credit Card Issuer. A HS/VCS Financial Institution satisfying the following requirements:

1. The Financial Institution is a Financial Institution solely because it is an issuer of credit cards that accepts deposits only when a customer makes a payment in excess of a balance due with respect to the card and the overpayment is not immediately returned to the customer; and
2. Beginning on or before the Determination Date, the Financial Institution implements policies and procedures to either prevent a customer deposit in excess of \$50,000, or to ensure that any customer deposit in excess of \$50,000, in each case applying the rules set forth in Annex I for account aggregation and currency translation, is refunded to the customer within 60 days. For this purpose, a customer deposit does not refer to credit balances to the extent of disputed charges but does include credit balances resulting from merchandise returns.

IV. Investment Entities that Qualify as Deemed-Compliant FFI's and Other Special Rules. The Financial Institutions described in paragraphs A through E of this section are Non-Reporting HS/VCS Financial Institutions that shall be treated as deemed-compliant FFI's for purposes of section 1471 of the U.S. Internal Revenue Code. In addition, paragraph F of this section provides special rules applicable to an Investment Entity.

A. Trustee-Documented Trust. A trust established under the laws of the Holy See or the Vatican City State to the extent that the trustee of the trust is a Reporting U.S. Financial Institution, Reporting Model 1 FFI, or Participating FFI and the trustee reports all information required to be reported pursuant to the Agreement as would be required if the trust were a Reporting HS/VCS Financial Institution (including by following the applicable registration requirements on the IRS FATCA registration website).

B. Sponsored Investment Entity and Controlled Foreign Corporation. A Fi-

nancial Institution described in subparagraph B(1) or B(2) of this section having a sponsoring entity that complies with the requirements of subparagraph B(3) of this section.

1. A Financial Institution is a sponsored investment entity if (a) it is an Investment Entity established in the Holy See or the Vatican City State that is not a qualified intermediary, withholding foreign partnership, or withholding foreign trust pursuant to relevant U.S. Treasury Regulations; and (b) an Entity has agreed with the Financial Institution to act as a sponsoring entity for the Financial Institution.

2. A Financial Institution is a sponsored controlled foreign corporation if (a) the Financial Institution is a controlled foreign corporation²¹⁴ organized under the laws of the Holy See or the Vatican City State that is not a qualified intermediary, withholding foreign partnership, or withholding foreign trust pursuant to relevant U.S. Treasury Regulations; (b) the Financial Institution is wholly owned, directly or indirectly, by a Reporting U.S. Financial Institution that agrees to act, or requires an affiliate of the Financial Institution to act, as a sponsoring entity for the Financial Institution; and (c) the Financial Institution shares a common electronic account system with the sponsoring entity that enables the sponsoring entity to identify all Account Holders and payees of the Financial Institution and to access all account and customer information maintained by the Financial Institution including, but not limited to, customer identification information, customer documentation, account balance, and all payments made to the Account Holder or payee.

3. The sponsoring entity complies with the following requirements:

a) The sponsoring entity is authorized to act on behalf of the Financial Institution (such as a fund manager, trustee, corporate director, or managing partner) to fulfill applicable registration requirements on the IRS FATCA registration website;

b) The sponsoring entity has registered as a sponsoring entity with the IRS on the IRS FATCA registration website;

c) If the sponsoring entity identifies any U.S. Reportable Accounts with respect to the Financial Institution, the sponsoring entity registers the Financial Institution pursuant to applicable registration requirements on the IRS FATCA registration website on or before the later of December 31, 2015 and the date that is 90 days after such a U.S. Reportable Account is first identified;

d) The sponsoring entity agrees to perform, on behalf of the Financial Institution, all due diligence, withholding, reporting, and other requirements that the Financial Institution would have been required to perform if it were a Reporting HS/VCS Financial Institution;

²¹⁴ A “controlled foreign corporation” means any foreign corporation if more than 50 percent of the total combined voting power of all classes of stock of such corporation entitled to vote, or the total value of the stock of such corporation, is owned, or is considered as owned, by “United States shareholders” on any day during the taxable year of such foreign corporation. The term a “United States shareholder” means, with respect to any foreign corporation, a United States person who owns, or is considered as owning, 10 percent or more of the total combined voting power of all classes of stock entitled to vote of such foreign corporation.

e) The sponsoring entity identifies the Financial Institution and includes the identifying number of the Financial Institution (obtained by following applicable registration requirements on the IRS FATCA registration website) in all reporting completed on the Financial Institution's behalf; and

f) The sponsoring entity has not had its status as a sponsor revoked.

C. Sponsored, Closely Held Investment Vehicle. A HS/VCS Financial Institution satisfying the following requirements:

1. The Financial Institution is a Financial Institution solely because it is an Investment Entity and is not a qualified intermediary, withholding foreign partnership, or withholding foreign trust pursuant to relevant U.S. Treasury Regulations;

2. The sponsoring entity is a Reporting U.S. Financial Institution, Reporting Model 1 FFI, or Participating FFI, is authorized to act on behalf of the Financial Institution (such as a professional manager, trustee, or managing partner), and agrees to perform, on behalf of the Financial Institution, all due diligence, withholding, reporting, and other requirements that the Financial Institution would have been required to perform if it were a Reporting HS/VCS Financial Institution;

3. The Financial Institution does not hold itself out as an investment vehicle for unrelated parties;

4. Twenty or fewer individuals own all of the debt interests and Equity Interests in the Financial Institution (disregarding debt interests owned by Participating FFIs and deemed-compliant FFIs and Equity Interests owned by an Entity if that Entity owns 100 percent of the Equity Interests in the Financial Institution and is itself a sponsored Financial Institution described in this paragraph C); and

5. The sponsoring entity complies with the following requirements:

a) The sponsoring entity has registered as a sponsoring entity with the IRS on the IRS FATCA registration website;

b) The sponsoring entity agrees to perform, on behalf of the Financial Institution, all due diligence, withholding, reporting, and other requirements that the Financial Institution would have been required to perform if it were a Reporting HS/VCS Financial Institution and retains documentation collected with respect to the Financial Institution for a period of six years;

c) The sponsoring entity identifies the Financial Institution in all reporting completed on the Financial Institution's behalf; and

d) The sponsoring entity has not had its status as a sponsor revoked.

D. Investment Advisors and Investment Managers. An Investment Entity established in the Holy See or the Vatican City State that is a Financial Institution solely because it (1) renders investment advice to, and acts on behalf of, or (2) manages portfolios for, and acts on behalf of, a customer for the purposes of investing, managing, or administering funds deposited in the name of the customer with a Financial Institution other than a Nonparticipating Financial Institution.

E. Collective Investment Vehicle. An Investment Entity established in the Holy See or the Vatican City State that is regulated as a collective investment vehicle, provided that all of the interests in the collective investment vehicle (including debt

interests in excess of \$50,000) are held by or through one or more exempt beneficial owners, Active NFFEs described in subparagraph B(4) of section VI of Annex I, U.S. Persons that are not Specified U.S. Persons, or Financial Institutions that are not Nonparticipating Financial Institutions.

F. Special Rules. The following rules apply to an Investment Entity:

1. With respect to interests in an Investment Entity that is a collective investment vehicle described in paragraph E of this section, the reporting obligations of any Investment Entity (other than a Financial Institution through which interests in the collective investment vehicle are held) shall be deemed fulfilled.

2. With respect to interests in:

a) An Investment Entity established in a Partner Jurisdiction that is regulated as a collective investment vehicle, all of the interests in which (including debt interests in excess of \$50,000) are held by or through one or more exempt beneficial owners, Active NFFEs described in subparagraph B(4) of section VI of Annex I, U.S. Persons that are not Specified U.S. Persons, or Financial Institutions that are not Nonparticipating Financial Institutions; or

b) An Investment Entity that is a qualified collective investment vehicle under relevant U.S. Treasury Regulations; the reporting obligations of any Investment Entity that is a HS/VCS Financial Institution (other than a Financial Institution through which interests in the collective investment vehicle are held) shall be deemed fulfilled.

3. With respect to interests in an Investment Entity established in the Holy See or the Vatican City State that is not described in paragraph E or subparagraph F(2) of this section, consistent with paragraph 4 of Article 5 of the Agreement, the reporting obligations of all other Investment Entities with respect to such interests shall be deemed fulfilled if the information required to be reported by the first-mentioned Investment Entity pursuant to the Agreement with respect to such interests is reported by such Investment Entity or another person.

V. Accounts Excluded from Financial Accounts. The following accounts are excluded from the definition of Financial Accounts and therefore shall not be treated as U.S. Reportable Accounts.

A. Certain Savings Accounts.

1. Retirement and Pension Account. A retirement or pension account maintained in the Vatican City State that satisfies the following requirements under the laws of the Holy See or the Vatican City State.

a) The account is subject to regulation as a personal retirement account or is part of a registered or regulated retirement or pension plan for the provision of retirement or pension benefits (including disability or death benefits);

b) The account is tax-favored (i.e., contributions to the account that would otherwise be subject to tax under the laws of the Holy See or the Vatican City State are deductible or excluded from the gross income of the account holder or taxed at a reduced rate, or taxation of investment income from the account is deferred or taxed at a reduced rate);

c) Annual information reporting is required to the relevant authorities in the Holy See or Vatican City State with respect to the account;

d) Withdrawals are conditioned on reaching a specified retirement age, disability, or death, or penalties apply to withdrawals made before such specified events; and

e) Either (i) annual contributions are limited to \$50,000 or less, or (ii) there is a maximum lifetime contribution limit to the account of \$1,000,000 or less, in each case applying the rules set forth in Annex I for account aggregation and currency translation.

2. Non-Retirement Savings Accounts. An account maintained in the Vatican City State (other than an insurance or Annuity Contract) that satisfies the following requirements under the laws of the Holy See or the Vatican City State.

a) The account is subject to regulation as a savings vehicle for purposes other than for retirement;

b) The account is tax-favored (i.e., contributions to the account that would otherwise be subject to tax under the laws of the Holy See or the Vatican City State are deductible or excluded from the gross income of the account holder or taxed at a reduced rate, or taxation of investment income from the account is deferred or taxed at a reduced rate);

c) Withdrawals are conditioned on meeting specific criteria related to the purpose of the savings account (for example, the provision of educational or medical benefits), or penalties apply to withdrawals made before such criteria are met; and

d) Annual contributions are limited to \$50,000 or less, applying the rules set forth in Annex I for account aggregation and currency translation.

B. Certain Term Life Insurance Contracts. A life insurance contract maintained in the Vatican City State with a coverage period that will end before the insured individual attains age 90, provided that the contract satisfies the following requirements:

1. Periodic premiums, which do not decrease over time, are payable at least annually during the period the contract is in existence or until the insured attains age 90, whichever is shorter;

2. The contract has no contract value that any person can access (by withdrawal, loan, or otherwise) without terminating the contract;

3. The amount (other than a death benefit) payable upon cancellation or termination of the contract cannot exceed the aggregate premiums paid for the contract, less the sum of mortality, morbidity, and expense charges (whether or not actually imposed) for the period or periods of the contract's existence and any amounts paid prior to the cancellation or termination of the contract; and

4. The contract is not held by a transferee for value.

C. Account Held By an Estate. An account maintained in the Vatican City State that is held solely by an estate if the documentation for such account includes a copy of the deceased's will or death certificate.

D. Escrow Accounts. An account maintained in the Vatican City State established in connection with any of the following:

1. A court order or judgment.
2. A sale, exchange, or lease of real or personal property, provided that the account satisfies the following requirements:
 - a) The account is funded solely with a down payment, earnest money, deposit in an amount appropriate to secure an obligation directly related to the transaction, or a similar payment, or is funded with a financial asset that is deposited in the account in connection with the sale, exchange, or lease of the property;
 - b) The account is established and used solely to secure the obligation of the purchaser to pay the purchase price for the property, the seller to pay any contingent liability, or the lessor or lessee to pay for any damages relating to the leased property as agreed under the lease;
 - c) The assets of the account, including the income earned thereon, will be paid or otherwise distributed for the benefit of the purchaser, seller, lessor, or lessee (including to satisfy such person's obligation) when the property is sold, exchanged, or surrendered, or the lease terminates;
 - d) The account is not a margin or similar account established in connection with a sale or exchange of a financial asset; and
 - e) The account is not associated with a credit card account.
3. An obligation of a Financial Institution servicing a loan secured by real property to set aside a portion of a payment solely to facilitate the payment of taxes or insurance related to the real property at a later time.
4. An obligation of a Financial Institution solely to facilitate the payment of taxes at a later time.

E. Partner Jurisdiction Accounts. An account maintained in the Vatican City State and excluded from the definition of Financial Account under an agreement between the United States and another Partner Jurisdiction to facilitate the implementation of FATCA, provided that such account is subject to the same requirements and oversight under the laws of such other Partner Jurisdiction as if such account were established in that Partner Jurisdiction and maintained by a Partner Jurisdiction Financial Institution in that Partner Jurisdiction.

VI. Definitions. The following additional definitions shall apply to the descriptions above:

A. Reporting Model 1 FFI. The term Reporting Model 1 FFI means a Financial Institution with respect to which a non-U.S. government or agency thereof agrees to obtain and exchange information pursuant to a Model 1

IGA, other than a Financial Institution treated as a Nonparticipating Financial Institution under the Model 1 IGA. For purposes of this definition, the term Model 1 IGA means an arrangement between the United States or the Treasury Department and a non-U.S. government or one or more agencies thereof to implement FATCA through reporting by Financial Institutions to such non-U.S. government or agency thereof, followed by automatic exchange of such reported information with the IRS.

B. Participating FFI. The term Participating FFI means a Financial Institution

that has agreed to comply with the requirements of an FFI Agreement, including a Financial Institution described in a Model 2 IGA that has agreed to comply with the requirements of an FFI Agreement. The term Participating FFI also includes a qualified intermediary branch of a Reporting U.S. Financial Institution, unless such branch is a Reporting Model 1 FFI. For purposes of this definition, the term FFI Agreement means an agreement that sets forth the requirements for a Financial Institution to be treated as complying with the requirements of section 1471(b) of the U.S. Internal Revenue Code. In addition, for purposes of this definition, the term Model 2 IGA means an arrangement between the United States or the Treasury Department and a non-U.S. government or one or more agencies thereof to facilitate the implementation of FATCA through reporting by Financial Institutions directly to the IRS in accordance with the requirements of an FFI Agreement, supplemented by the exchange of information between such non-U.S. government or agency thereof and the IRS.

Conventio inter Sanctam Sedem et Foederatas Civitates Americae Septentrionalis die x mensis Iunii anno MMXV subsignata, eo ipso die vigere coepit ad normam Articuli duodecimi § 1 eiusdem Pactionis.

La religione nel sistema costituzionale giapponese

SIMONE BALDETTI

1. Diritto e religione tra Oriente e Occidente

Nella necessità di regolamentare il fenomeno religioso, la storia giuridica dell'Occidente si concentra su dei processi di secolarizzazione del diritto, per cui esso si libera dalle influenze e dai postulati derivanti dalla religione e si dota di valori e principi suoi propri¹.

Con la rivoluzione francese nasce l'idea della necessaria separazione tra sfera politica e sfera religiosa, per la quale alle chiese sono demandate solo le questioni spirituali dei cittadini, ma le regole che essi debbono seguire e la soddisfazione dei loro bisogni sono compiti dello Stato, che nelle sue scelte non deve subire ingerenze dalla religione².

Il tema delle scelte di istituzionalizzazione dei rapporti Stato religione si è giuridicamente concretizzato nel principio di laicità, ormai criterio generale di funzionamento di molte democrazie, pur mancando di una definizione univoca. Si possono ritrovare una comunanza di obiettivi e di elementi che valgono a definire una "soglia minima" di laicità³, caratteri comuni quali la tutela della libertà religiosa delle confessioni e dei singoli, il divieto di discriminazione, il rispetto delle opinioni di tutti. Ogni ordinamento giuridico ha definito la sua particolare visione della laicità, influenzata dalla propria storia politica e culturale⁴.

¹ Cfr. SILVIO FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 37 e ss.; vedi anche sul tema HAROLD J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1998.

² Cfr. MARIA D'ARIENZO, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2011, pp. 2 e ss.

³ Cfr. JEAN BAUBÉROT, *Le tante laicità nel mondo*, Luiss University Press, Roma, 2008, pp. 9 e ss.

⁴ Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 37 e ss.; MARIO RICCA, *Pantheon, Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2013.

Su questo tema anche il diritto prodotto dalle istituzioni dell'Unione Europea, generalmente volto all'omologazione delle normative dei paesi membri, riconosce ormai tale pluralismo della laicità. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata spesso investita di questioni riguardanti la libertà religiosa. Lungi dall'indicare l'applicazione di una qualche laicità europea, lascia piuttosto l'autonomia alle singole scelte degli Stati membri, facendo ricorso al principio del margine di apprezzamento⁵.

Questa situazione affatto plurale e dai contorni complessi si riscontra anche nei paesi dell'area orientale del mondo, per ragioni in parte anche legate al carattere delle religioni professate in quei luoghi.

Esperienze religiose come l'induismo, il buddismo o lo shintoismo, presentano infatti natura e caratteristiche assai differenti dai fenomeni religiosi più marcatamente occidentali. Spesso non credono in un'unica divinità, ma in molte o in nessuna, e si manifestano come esperienze spirituali incentrate sulla ricerca interiore di sé, in una prospettiva filosofica e ascetica, piuttosto che trascendentale. In altri casi si trovano al confine, sottile, tra credenze religiose e costumi prettamente culturali⁶.

Negli ordinamenti asiatici, queste fedi hanno tessuto nel tempo legami e rapporti molto profondi con il potere centrale. Rispetto a quelli intercorsi tra stati nazionali europei e grandi istituzioni religiose cristiane, in alcuni casi il sacro permea fortemente la legislazione civile.

Un altro aspetto rilevante è dato dall'incontro tra il diritto dell'Occidente e dell'Oriente. Numerose sono state infatti le trasfusioni del diritto occidentale nei paesi dell'Asia, inquadrabili all'interno del fenomeno dei *legal transplants*⁷, a volte per via volontaria, spesso per via eterodiretta, si pensi alle conseguenze del colonialismo.

In genere i *legal transplants* non hanno uno sviluppo univoco consistente nella mera adozione di un diritto straniero in un altro ordinamento. Subiscono bensì l'incontro e a volte lo scontro con la realtà, non solo giuridica, ma anche culturale dell'ordinamento ricevente.

In molti casi è proprio con questi *legal transplants* che l'idea della sepa-

⁵ Per l'enucleazione di alcuni esempi dell'operato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa, vedi i contributi presenti in ROBERTO MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁶ Cfr. SILVIO FERRARI, *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 48 e ss.

⁷ Cfr. RODOLFO SACCO, PIERCARLO ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Utet giuridica, Torino, 2015, pp. 37 e ss.; ALAN WATSON, *The evolution of law*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1989.

razione Stato-religione si è fatta strada negli ordinamenti giuridici orientali, che hanno dovuto affrontare la prova della compatibilità di nuovi principi giuridici con i rispettivi ordinamenti, legati in modo diverso alle tradizioni religiose⁸.

Questo lavoro prende in particolare in esame il ruolo della religione all'interno del sistema costituzionale del Giappone, in quanto paese fortemente rappresentativo del dualismo di antica tradizione religiosa e modernità giuridica importata dall'Occidente.

Le scelte del governo in materia religiosa all'interno del sistema costituzionale del Giappone sono influenzate, in parte, dalle sue specificità culturali, in parte dai processi di accoglimento e adattamento del diritto trapiantato. Per questo risulta un'interessante terreno di prova di trapianto giuridico di sistemi di laicità. Un primo rilevante trapianto è stato autonomo, verso la fine dell'800 con la Costituzione Meiji, l'altro è stato imposto come conseguenza della sconfitta giapponese alla fine della Seconda Guerra Mondiale.

2. Giappone, religione e potere politico

La tradizionale esperienza religiosa giapponese è quella dello *shintō*, una fede che si concentra sull'interiorità umana e sull'elemento rituale/devozionale, dedicata all'adorazione di entità chiamate *kami* (神).

I *kami* sono esseri spirituali di varia natura, alcuni personificazione di divinità ancestrali, altri rappresentazioni degli elementi naturali come il fuoco o il vento, appartenenti alla dimensione spirituale. Essi convivono nel regno dell'Uomo come parte della Natura ed egli può ingraziarsi i loro favori attraverso la celebrazione dei riti⁹.

Lo *shintō* costituisce il nucleo primario di quei valori e credenze percepiti dai giapponesi come più eminentemente tradizionali, in qualche modo costitutivi della propria identità e di quello che significa essere giapponesi¹⁰. Su questa tradizione religiosa si sono poi innestate e mescolate altre esperienze

⁸ Cfr. Patrick H. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 541-545.

⁹ Cfr. MASSIMO RAVERI, *Itinerari del sacro. L'esperienza religiosa giapponese*, Cafoscarina, Venezia, 2006, pp. 253 e ss.

¹⁰ Sull'importanza della tradizione *shintō* (e non) per la costruzione dell'identità giapponese vedi FLAVIA MONCERI, *Il problema dell'unicità giapponese*, Edizioni ETS, Pisa, 2000; INOUE NOBUTAKA, *Kami. Contemporary Papers on Japanese Religion*, in Hitotsubashi University Journal of Law and Politics, n. 31, 1998; FLAVIA MONCERI, *Altre globalizzazioni. Universalismo liberal e valori asiatici*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000.

spirituali, provenienti per lo più dalla Cina, come il buddismo e il daoismo.

Ciò è stato possibile per la particolare natura delle fedi orientali, prive della rigidità tipica delle fedi monoteiste e maggiormente aperte all'incontro sincretico di differenti esperienze. Si delinea così il quadro religioso giapponese come il risultato dell'incontro stratificato di più tradizioni religiose, che sono state continuamente in contatto e si sono influenzate a vicenda¹¹

Il rispetto della figura del secolare sovrano giapponese, il *Tenno* (天皇), derivante dalla tradizione shintoista, rimane tuttavia un punto centrale del pensiero religioso e politico nipponico. La dinastia imperiale giapponese è per tradizione eterna ed ininterrotta, poiché secondo la leggenda Jinmu, il primo Imperatore che unificò il paese, sarebbe un discendente della Dea del Sole *Amaterasu*. Ogni successivo imperatore sarebbe partecipe di questa discendenza divina e dunque una sorta di *kami* vivente sulla terra¹².

A dispetto della tradizione, il *Tenno* raramente ha agito come assoluto governante dotato di attributi divini¹³. Nel corso dei secoli il sistema politico del Giappone ha spesso limitato l'effettivo esercizio del potere da parte del sovrano, tuttavia egli, in virtù del suo ruolo di rappresentante della tradizione, ha sempre esercitato il ruolo di punto di riferimento del sistema valoriale e sociale del Paese. L'importanza dell'Imperatore ha così trascorso l'aspetto della semplice appartenenza religiosa e si è stratificato, come il resto della tradizione shintoista, a un livello profondissimo nella mentalità giapponese.

3. *La recezione del costituzionalismo*

Il costituzionalismo è penetrato nel sistema giuridico giapponese verso la fine dell'800, a seguito dell'ammodernamento del paese dopo l'incontro con le più avanzate civiltà occidentali.

Dal punto di vista giuridico il Giappone rimase infatti per molti anni bloccato, per via del lunghissimo periodo feudale causato dalla volontaria esclusione del paese dal mondo esterno. Dopo la fine dello shogunato Tokugawa e l'apertura del Giappone alle relazioni con gli altri paesi, il nuovo governo promulgò la cosiddetta "Costituzione Meiji" nel 1889¹⁴.

¹¹ Cfr. MASSIMO RAVERI, *Il pensiero giapponese classico*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 230 e ss.

¹² MASSIMO RAVERI, *Itinerari del sacro*, cit., pp. 263 e ss.

¹³ Vedi sul tema ROSA CAROLI, FRANCESCO GATTI, *Storia del Giappone*, Laterza, Roma-Bari, 2004; HERSHEL WEBB, *The Japanese imperial institution in the Tokugawa period*, Columbia University Press, New York, 1968.

¹⁴ Cfr. GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Il Giappone*, nel vol. *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I,

Questa carta costituzionale era il frutto della volontà giapponese di modernizzare le proprie istituzioni giuridiche e tenere il passo con le potenze occidentali. Fu soprattutto il pensiero costituzionale tedesco che influenzò i dignitari recatisi in Europa per studiarne il diritto. In particolare, fu decisivo l'apporto teorico di studiosi come Rudolf Von Gneist e gli altri esponenti della scuola storica del diritto di Savigny; i neonati costituzionalisti giapponesi interpretarono il relativo concetto di *volkegeist* secondo i loro specifici canoni culturali e secondo questa metodologia stilarono gran parte della loro Costituzione¹⁵.

In effetti, da una prima lettura la Costituzione Meiji può apparire in linea con le carte costituzionali dell'epoca. Rispetto al caso italiano, dove lo Statuto Albertino stabiliva una religione di Stato (quella cattolica), la Costituzione giapponese non si legava ufficialmente nessun credo in particolare. L'art. 28 stabiliva infatti la libertà religiosa dei cittadini, purché non in contrasto con i loro doveri di sudditi e con la sicurezza.

Tuttavia, nei fatti la religione shintoista subì col tempo una sorta di "laicizzazione" forzata: il governo e l'apparato amministrativo non consideravano le pratiche shintoiste come religiose, ma come facenti parte della più profonda tradizione culturale – in un certo qual modo "laica" – del Giappone. Parteciparvi non costituiva allora l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito bensì l'adempimento di un obbligo imposto dallo Stato. Con l'inasprirsi del nazionalismo dell'Impero giapponese e l'avvicinarsi agli eventi delle due guerre mondiali queste imposizioni si trasformarono in vere e proprie persecuzioni dei gruppi religiosi invisi al Governo¹⁶. Il potere centrale trasformò la tradizione *shinto* in un culto civile obbligatorio, asseritamente svuotato di connotazione religiosa e imperniato sull'obbedienza assoluta all'Imperatore.

Nella visione giapponese del costituzionalismo il *Tenno* era al vertice della Costituzione e la sua autorità doveva essere più ampia rispetto a quella degli altri sovrani occidentali. Egli non governava con poteri conferitigli dal popolo, ma era tanto la base quanto la fonte ultima di sovranità¹⁷.

a cura di PAOLO CARROZZA, ALFONSO DI GIOVINE, GIUSEPPE FRANCO FERRARI, Laterza, Bari, 2014, pp. 441 e ss.

¹⁵ Cfr. TAKII KAZUHIRO, *The Meiji Constitution: the Japanese Experience of the West and the Shaping of the Modern State*, International House of Japan, Tokyo, 2007, pp. 60 e ss.

¹⁶ Cfr. HELEN HARDACRE, *Shinto and the State 1868-1988*, Princeton University Press, Princeton, 1991, pp. 27 e ss.; CAROL GLUCK, *Japan's Modern Myths: Ideology in Late Meiji Period*, Princeton University Press, Princeton, 1987.

¹⁷ Cfr. FRANCO MAZZEI, *La costituzione Meiji e il ruolo del Tenno*, in *Il Giappone*, XXXI, Roma, 1993, pp. 30 e ss.

L'idea della Costituzione come legge fondamentale entrò in Giappone in una forma aderente ad alcune specificità culturali e religiose della popolazione, ma con il preciso intento di perseguire i fini dell'élite regnante, per i quali era in sostanza lo Stato a controllare la religione.

4. *Il fenomeno religioso nella costituzione vigente*

Le norme della Costituzione del Giappone contemporaneo che riguardano la religione sono quelle che forse più di altre risentono delle circostanze storiche nella stesura della Carta. L'attuale Costituzione del Giappone venne scritta sotto l'influenza delle forze di occupazione americane situate nel paese alla fine della Seconda Guerra Mondiale. Uno degli imperativi degli uomini del Generale Mc Arthur fu quello di rovesciare il sistema della Costituzione precedente e dell'ambiguo legame con la tradizione *shintō*¹⁸.

Per questo l'Imperatore del Giappone perde quelle attribuzioni sacrali che aveva in precedenza – l'art. 3 della Costituzione Meiji lo definiva “*sacro e inviolabile*” – nonché i suoi rilevanti poteri di governo.

L'art. 1 della Costituzione attuale ribadisce la sovranità popolare indicata nel Preambolo e l'Imperatore diviene un mero simbolo dello Stato e dell'unità della nazione. Le sue funzioni non provengono dal suo retaggio ma sono direttamente derivate dalla sovranità del popolo¹⁹. Viene anzi affermato esplicitamente che in nessun caso l'Imperatore potrà avere poteri di governo (art. 4) e che comunque tutti atti che la Costituzione gli attribuisce (art. 7) vengano autorizzati dal Gabinetto.

Per quanto attiene al diritto di libertà religiosa dei cittadini, esso è principalmente disciplinato dall'art. 20 che afferma la garanzia per tutti della libertà religiosa. Curiosamente, la prima parte di questa norma è sostanzialmente l'unica che riguarda direttamente il diritto di libertà religiosa, mentre le altre norme attengono ai confini e ai limiti dell'attività dello Stato in materia religiosa. A confronto con l'art. 19 della Costituzione italiana, che delinea con precisione i tre diritti o facoltà che derivano dall'esercizio della libertà religiosa individuale, l'art. 20 della Carta giapponese appare scarso

¹⁸ Su questo tema vedi KYOKO INOUE, *MacArthur's Japanese Constitution*, University of Chicago Press, Chicago, 1991; JOHN W. DOWER, *Embracing defeat: Japan in the Wake of World War II*, New York, 2000. GUSTAVO CUTOLO, *Identità e dignità nazionale nel periodo dell'occupazione: la questione del Tenno*, in *Il Giappone*, XLV, 2005.

¹⁹ Vedi JOHN W. DOWER, *Embracing defeat*, cit.; HIDEO TANAKA (a cura di), *The Japanese Legal System*, Tokyo, 1976.

su questo punto; lo stesso si ha per la libertà religiosa collettiva.

Questo non ha però impedito l'esercizio di questi diritti da parte dei giapponesi, sia per quanto riguarda la libertà religiosa individuale, sia per quanto attiene a quella dei gruppi religiosi. Sembra esservi stata una forte consapevolezza dei redattori della Carta – che, si ricorda, ha subito le influenze del pensiero giuridico statunitense – su ciò che derivava dalla riaffermazione della libertà religiosa.

La Costituzione del 1946 concentra infatti la sua attenzione in modo particolare sull'evitare l'uso strumentale della religione e sulla sua separazione dallo Stato. Se dal periodo Meiji i riti *shinto* erano obbligatori per tutti, la seconda parte dell'art. 20 vieta espressamente di imporre ai cittadini la partecipazione a riti o cerimonie religiose. Il problema della libertà religiosa per il Giappone del dopoguerra era infatti quello di ripristinarne il libero esercizio da parte di tutti, senza che lo Stato decidesse sulla pratica spirituale dei cittadini. In questo senso la Costituzione del Giappone stabilisce la libertà della religione dal controllo dello Stato.

Il corollario scelto è stato l'applicazione di un rigido principio di separazione tra potere pubblico e religione²⁰. L'ultima parte dell'art. 20 vieta espressamente allo Stato di esercitare istruzione o attività religiosa, mentre sono proibiti privilegi o poteri politici per le associazioni religiose. La spesa di risorse statali per il beneficio o il mantenimento di istituzioni religiose sono esplicitamente vietate (art. 89).

Il principio di separazione agisce così come garante del diritto dei cittadini di esprimere la propria religiosità senza interferenze governative. Mentre alcuni stati europei, come la Francia, si sono preoccupati di tutelare i valori laici dello Stato dalle interferenze religiose, in Giappone è avvenuto il contrario.

5. Tradizione contro diritto?

Ogni processo di iniezione di diritto esterno in un ordinamento deve tendenzialmente fare i conti con la risposta della società alla sua applicazione.

In questo senso l'attaccamento del Giappone ai valori della tradizione non sembra essere del tutto scomparso con il nuovo costituzionalismo modellato dagli americani.

²⁰ Cfr. HATA HIROYUKI, NAKAGAWA GO, *Constitutional Law of Japan*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pp. 124 e ss; SHIGENORI MATSUI, *Constitution of Japan. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

Ad oggi, l'Imperatore non è più considerato ufficialmente un Dio vivente e non gli sono dovuti gli onori del periodo Meiji, ma molti giapponesi continuano a ritenerlo di natura divina e a rendergli culto²¹.

Storicamente la negazione della divinità dell'Imperatore risale al primo gennaio del 1946, quando l'Imperatore Hirohito pronunciò davanti alla nazione la famosa *Ningen Sengen* (*Dichiarazione della natura umana dell'imperatore*).

Qualcuno ha però notato come Hirohito nel suo discorso si riferisca a sé stesso affermando di non essere un "*akitsumikami*", una "divinità manifesta". Avrebbe quindi negato di non essere un *kami* incarnato, ma non avrebbe disconosciuto la millenaria discendenza della famiglia imperiale dalla Dea del Sole *Amaterasu*²².

L'Imperatore non è dunque un *kami* fatto uomo, benché possa vantare i *kami* tra i suoi antenati. Pare che neppure di fronte a un paese sconfitto e devastato dalla guerra il sovrano potesse rinunciare a secoli di tradizione.

Sicuramente questo è da attribuire al profondo legame tra politica e tradizione che caratterizza l'istituto del trono imperiale giapponese, per il quale è complesso definire quanto vi è di effettivamente religioso nelle attribuzioni del *Tenno* e quanto non lo sia. L'immaginario e la tradizione rituale *shintō* sono infatti molto radicati anche nella quotidianità dei giapponesi e la particolare impostazione, poco o nulla dogmatica, per cui lo *shintō* si concentra sulla perfetta esecuzione del rito piuttosto che sulle riflessioni teologiche, contribuisce a rendere labile il confine tra religione e costume sociale²³.

In molti casi infatti, i problemi dei rapporti tra Stato e religione nel Giappone contemporaneo originano da questo incontro – scontro tra il modello di laicità introdotto dalla nuova Costituzione e le tradizionali forme di espressione della religione nel Paese.

L'operato della giurisprudenza²⁴, in particolare quella della Corte Suprema, ha messo spesso in evidenza questo problema della distinzione tra alcu-

²¹ Cfr. ALAN MACFARLANE, *Enigmatico Giappone*, Edt, Torino, pp. 136 e ss.

²² Cfr. IAN BURUMA, *Domare gli dei. Religione e democrazia in tre continenti*, Laterza, Bari, 2011, pp. 80 e ss.; MASANORI NAKAMURA, *The Japanese Monarchy 1931-1991: Ambassador Joseph Grew and the Making of the "Symbol Emperor System"*, New York, 1998.

²³ Cfr. GIANCARLA SANDRI FIORONI, *Kami No Michi. Religiosità e tradizione dell'uomo giapponese*, Zephyro Edizioni, Milano, 2010, pp. 133 e ss.

²⁴ Nonostante il Giappone sia in genere classificato come un paese di *civil law*, è molto forte l'importanza dei precedenti giurisprudenziali. Il controllo di costituzionalità è di tipo diffuso – ovvero qualsiasi giudice può pronunciare l'incostituzionalità di una norma di legge – ma generalmente le corti inferiori tendono a far decidere le questioni importanti dalla Corte Suprema. Le sentenze del Supremo Giudice giapponese sono rinvenibili, tradotte in lingua inglese, sul sito ufficiale <http://www.courts.go.jp/english/>.

ne attività, proprie della tradizione shintoista ed effettivamente religiose – e quelle che invece sono prive di carattere sacrale.

In un caso divenuto emblematico sul tema²⁵, la Corte Suprema ha ritenuto che non vi fosse violazione del dettato costituzionale nell'utilizzo di fondi pubblici per il pagamento di una cerimonia shintoista per benedire, prima dell'inizio dei lavori, un cantiere destinato alla costruzione di una scuola. Questa particolare cerimonia, la *Jichinsai*, secondo la Corte sarebbe ormai parte integrante delle tradizioni civili del paese e avrebbe perso la sua connotazione religiosa, per cui non vi sarebbe violazione del principio di separazione.

Un altro caso interessante riguarda il rito shintoista della *Daijo-sai*, la cerimonia con cui si celebra la salita al trono dell'Imperatore. In occasione dell'insediamento dell'Imperatore Akihito, il rito aveva visto la partecipazione di pubblici funzionari, in particolare il governatore della Provincia di Kagoshima, ed erano stati utilizzati fondi pubblici per la sua esecuzione.

Venne sollevata questione di costituzionalità da parte di alcuni cittadini ed il caso arrivò davanti alla Corte Suprema. Anche in questo caso i giudici non hanno ravvisato violazioni del dettato costituzionale. Le motivazioni della Corte su questo (come in altri casi), seppur riconoscano la valenza religiosa di certi riti, li considerano in qualche modo laici ed applicano in maniera alquanto elastica il principio di separazione. In generale la Corte Suprema sembra incline a preservare la tradizione, piuttosto che applicare i principi della normativa costituzionale vigente.

In una società in cui il corpo sociale e lo Stato si sono sviluppati sulla base di una millenaria tradizione così particolare, categorie giuridiche esterne come il principio di separazione, figlio di altri processi e altre eredità culturali, subiscono in qualche modo l'influenza della nuova realtà in cui si trovano ad operare, anche rispetto al dato normativo costituzionale più formale.

6. Riflessioni conclusive

Uno sguardo sulla realtà costituzionale giapponese in materia di diritto e religione mostra un quadro quanto mai più complesso rispetto a quello che può apparire ad un primo sguardo. Il ripercuotersi dell'eredità oppressiva del periodo Meiji sull'articolazione della nuova Costituzione in materia

²⁵ Sui casi citati e l'operato della Corte Suprema vedi l'analisi di GIORGIO FABIO COLOMBO, *Laicità dello Stato e shintoismo nella giurisprudenza giapponese*, in *Asiatica Ambrosiana*, n.3, Roma, 2011.

di religione fa riflettere su quanto vicende storiche, a volte viste solo come “passato” di cui ci si è liberati, possano diffondere ancora il loro eco nella strutturazione dell’assetto costituzionale delle moderne democrazie e sullo stesso diritto vivente. Il Giappone è passato da una religione dominata dallo Stato all’imposizione di una laicità sulla carta rigorosa e separatista. Non sembra esservi stato un completo rigetto del diritto trapiantato, tuttavia neppure siamo di fronte ad una pedissequa applicazione della nuova Carta costituzionale. Da un certo punto di vista, disattendere un dato costituzionale così chiaro e preciso appare una deliberata forzatura. Il diritto vivente mette tuttavia in luce le effettive criticità nascenti dallo scontro tra rigido separatismo in campo religioso e una società in cui gli stessi nativi fanno fatica a distinguere i legami e le sovrapposizioni tra fenomeno religioso e tessuto sociale.

Il caso giapponese del rapporto tra diritto trapiantato e cultura della società ricevente appare anzi in continua evoluzione, dal punto di vista non solo della religione ma anche in altri settori del diritto²⁶. Il numero ridotto di casi giurisprudenziali sul tema della religione pone qualche difficoltà all’analisi del fenomeno. Il Giappone è infatti notoriamente un paese dalla bassa litigiosità e dal conseguente ridotto numero di controversie giudiziarie, anche se negli ultimi tempi pare stia cambiando²⁷.

Pernangono tuttavia casi, come quelli a cui si è fatto cenno, emblematici di questa situazione e paradigma della complessità del sistema giuridico giapponese, in cui le questioni di diritto e religione sono ancora aperte.

Come spesso è stato evidenziato anche dagli studiosi locali, la cultura giuridica giapponese non è nuova all’adattamento ragionato del diritto straniero, anzi denota una tendenziale attitudine a processi di questo tipo²⁸. L’operato della Corte Suprema sembra andare in questa direzione, fornendo interessanti esempi dell’interazione, sia pure problematica, tra diritto occidentale secolarizzato e il sostrato tradizionale dell’Oriente.

²⁶ Cfr. ad esempio, in tema di diritto processuale penale, MERYLL DEAN, *Legal transplants and jury trial in Japan*, in *Legal Studies*, Vol XXI, n. 4, 2011, pp. 570-590.

²⁷ Cfr. GIORGIO FABIO COLOMBO, *La promozione dell’ADR in Italia e in Giappone*, in *Diritto e giustizia in Italia e Giappone: problemi attuali e riforme*, a cura di Andrea Ortolani, Cafoscarina, Venezia, 2015, pp. 73-86.

²⁸ Cfr. MASAJI CHIBA (a cura di), *Asian Indigenous Law. In Interaction with Received Law*, Routledge, Londra, pp. 355 e ss.

Il ruolo della donna nel Marocco contemporaneo

FATIMA E. BENKADDOUR

1. L'evoluzione della condizione femminile in Marocco

Nonostante l'acquisto dell'indipendenza, la condizione della donna¹ in Marocco resta segnata da profonde ineguaglianze rispetto a quella dell'uomo².

D'altronde, lo stesso Corano indica espressamente nella sura IV, versetto 34³, la sottomissione della donna all'uomo, non solo nella società ma anche nella famiglia: è da precisare, tuttavia, che tale condizione di sottomissione non rappresenta uno *status* di inferiorità della donna rispetto all'uomo ma è espressione della naturale diversità all'interno della comunità dei credenti, espressione dell'accettazione di una diversità di funzioni, che rispecchia non una disuguaglianza, ma una diversità naturale, poiché voluta da Dio, tra i generi maschile e femminile⁴. Pertanto, non si traduce in mera obbedienza

¹ Per un'ampia trattazione del tema, cfr. AA.VV., *Mujer y familia en las sociedades árabes actuales*, a cura di SOPHIE BESSIS, GEMA MARTÍN MUNÓZ, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2010.

² Sul conflitto tra il principio di disuguaglianza tra uomo e donna degli ordinamenti confessionali e il principio statutale di non discriminazione in base al sesso, si veda EDOARDO DIENI, *L'appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo di indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Mulino, 2000, 1, pp. 217-248.

³ CORANO, sura IV, 34, *An-Nisâ'*, Le Donne: «Gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi donano dei loro beni a mantenerli; le donne buone sono dunque devote a Dio e sollecite della propria castità, così come Dio è stato sollecito con loro; quanto a quelle di cui temete atti di disobbedienza, ammoni tele, poi lasciatele sole nei loro letti, poi battetele; ma se vi ubbidiranno, allora non cercate pretesti per maltrattarle; che Dio è grande e sublime»; sura II, 228, *Al-Baqara*, La Giovenca: «... esse hanno diritti equivalenti ai loro doveri, in virtù delle buone consuetudini, ma gli uomini hanno maggior predominanza su di esse ...».

⁴ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 4, p. 945 ss., la quale rileva che nella religione islamica la complementarità dell'uomo e della donna si iscrive nella prospettiva spirituale di ricostruzione dell'armonia del Principio attraverso la riconduzione della molteplicità all'unità.

all'autorità maschile ma in sottomissione a Dio, attraverso la realizzazione del proprio essere donna. È la sottomissione a Dio che consente di esplicitare il ruolo di moglie e madre che è svolto dalla donna: la realizzazione spirituale della donna passa attraverso il riconoscimento della funzione di intermediazione che l'uomo svolge con Dio, quale tramite della sua volontà⁵.

Eppure, fin dal passato la famiglia era un'istituzione portatrice di usanze che dovevano essere soddisfatte: un capo, cioè il marito, decideva il luogo di domicilio familiare; la moglie aveva il dovere di obbedienza al marito, il quale doveva assicurarle in controparte protezione e una vita dignitosa. Inoltre, sul marito, e solo su di lui, incombeva la direzione e la gestione degli affari familiari. Egli disponeva di poteri superiori, essendo la donna annullata di fronte alla onnipotenza dell'uomo e soggetta alla sua autorità⁶.

A partire dagli anni '80 si assiste ad una fase di grande cambiamento grazie alle migrazioni interne delle popolazioni rurali dai piccoli villaggi alle grandi città marocchine e al loro ingresso nel mondo del lavoro: ciò ha determinato una notevole crescita del ruolo delle donne anche nella vita politica e sociale, il che ha costituito un passo importante nel processo di evoluzione della condizione femminile in Marocco.

A partire dal 2000 il Marocco ha avviato un processo di transizione democratica, basata sulla consacrazione di principi fondamentali quali la promozione e la tutela dei diritti dell'uomo, delle libertà e dell'uguaglianza tra l'uomo e la donna⁷. Tale passaggio istituzionale ha permesso al Marocco di impegnarsi in importanti riforme legislative e politiche⁸, come quella del codice della famiglia nel febbraio 2004. Tale impianto normativo ha

⁵ FARIDAH PERUZZI VINCENZO, *La comunità e la famiglia*, in *L'Islam e l'Italia*, a cura di ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'INFORMAZIONE SULL'ISLAM, Giuffrè, Milano, 1996, p. 86 ss.

⁶ MARIA D'ARIENZO, *Matrimonio e famiglia nell'Islām e in Italia. Problemi giuridici*, in AA.VV., *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2007, p. 99 ss.

⁷ Cfr. FRANCESCO ALICINO, *La libertà religiosa nella nuova costituzione del Marocco*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Rivista Telematica Giuridica, 2013, 4, p. 2 ss., il quale sottolinea che la storia costituzionale del Marocco si fonda su due principali fattori, vicendevolmente avvinghiati alla variabile religiosa: la nuova Carta costituzionale del 2011 che, riaffermando il modello confessionale, incentrato sulla religione di Stato, ha ribadito la primaria funzione del Re come difensore della fede e, conseguentemente, come guida religiosa e politica del Paese; e l'inaspettata "alleanza" tra il sovrano Mohammed VI e il partito Giustizia e Sviluppo (PJD) che, rivendicando la rappresentanza dell'Islam moderato, nelle elezioni del 25 novembre 2011 capitalizza un numero di voti doppi rispetto alla precedente tornata elettorale, affermandosi quindi come prima formazione politica.

⁸ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, libreriauniversitaria.it-edizioni, Padova, 2012, p. 15 ss., la quale ricorda che l'ultima revisione costituzionale, approvata attraverso referendum popolare, ha portato alla promulgazione della quinta Costituzione marocchina, entrata in vigore il 1° luglio 2011: in tal modo, il re Mohammed VI ha voluto rispondere al movimento di protesta, la cd. Primavera Araba, che, a partire dal dicembre 2010, ha scosso la maggior parte dei paesi arabi ed è tuttora in corso in vari paesi del Maghreb.

sostituito la precedente Mudawwana del 1957⁹ e segna un passo importante nella consacrazione progressiva dei principi di libertà e di uguaglianza tra i due sessi.

Tuttavia, si continua a discutere se i problemi delle donne possono davvero trovare delle soluzioni nel nuovo Codice della famiglia del Marocco.

Per lungo tempo l'ineguaglianza ha caratterizzato la questione femminile in Marocco, dal momento che i diritti delle donne sono stati considerati, da un lato, come un attacco ai fondamenti religiosi e statali, dall'altro, come violazione dei principi fondamentali della società marocchina.

In questo senso, i conservatori musulmani ritengono che il principio primordiale della legge islamica in materia di matrimonio consiste nel fatto che l'uomo rispetto alla donna è posto su un gradino superiore, *qiwama*¹⁰, gradino dell'autorità concessa al marito e che si traduce nel fatto che l'uomo ha molte più responsabilità rispetto alla donna, in quanto è devoluta all'uomo e soltanto a lui la responsabilità di gestire e di prendere decisioni in merito agli affari interni al nucleo familiare, nonché quelli riguardanti il mantenimento della mogli e dei figli e la pianificazione dei progetti della vita di famiglia.

Una simile attribuzione di responsabilità che incombe sull'uomo è per parte della dottrina "sinonimo di maggiore capacità che lo rende adatto a prendere la donna sotto la sua autorità"¹¹. Per giustificare tale situazione, i medesimi intellettuali musulmani affermano che "la sapienza divina è qui più che evidente, la donna è chiaramente favorita in questo sistema, in quanto è spesso presa a carico da un soggetto maschile, che sia madre, moglie, sorella o figlia. Se si considera che ella deve soddisfare soltanto i propri bisogni personali e non ha altre responsabilità al di fuori di queste, mentre l'uomo ha sempre altre persone a carico e tale situazione non può un giorno mutare in senso inverso, è quindi evidente che la disuguaglianza tra uomini e donne in materia di eredità non tocca il valore umano delle donne; esse nel sistema islamico sono eguali all'uomo in tutti gli altri settori"¹².

Di conseguenza, la supremazia dell'uomo sulla donna nell'antica società

⁹ MARIE-CLAIRE FOBLETS, JEAN-YVES CARLIER, *Le code marocain de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 1 ss., i quali evidenziano che essa consisteva in una codificazione di regole sciaraitiche accolte secondo la sistematica della scuola malikita, ovvero quella tradizionalmente applicata nel Paese. Il modello giuridico della famiglia, così come delineato dalla Mudawwana, restava quello di una famiglia tradizionale conforme alla concezione malikita, poiché veniva presa in considerazione solo la famiglia fondata su legami di sangue strettamente legittimi.

¹⁰ ABUL A'LA MAUDUDI, *Conoscere l'Islam*, libreriaislamica.net, Imperia, 2000, p. 31 ss.

¹¹ MOHAMMED IZZAT DARWAZA, *La femme dans le Coran et la Sounna*, Librairie Egyptienne, Beyrouth, 1968, p. 87 ss.

¹² Cfr. MOHAMMED IZZAT DARWAZA, *La femme dans le Coran et la Sounna*, cit., p. 87.

marocchina era confermata anche dall'obbedienza della moglie al marito: potere che, spesso, era esercitato in modo abusivo e che generava drammi, sofferenze e malessere nella società marocchina, e in particolare sulla condizione della donna¹³.

In questo contesto, il legislatore contemporaneo, non potendo restare inattivo dinanzi a tanto abusivismo, reagì prendendo in considerazione tale situazione di disparità, al fine di migliorare le condizioni della donna e eguagliare il suo *status* personale a quello dell'uomo.

Il processo di evoluzione della condizione delle donne in Marocco ha inizio alla fine del XX secolo e i mutamenti più significativi hanno interessato i comportamenti e gli usi interni alla famiglia: la rivoluzione industriale, l'esodo rurale e l'urbanizzazione hanno contribuito a mutare la mentalità delle donne marocchine e tale realtà sociale ha costituito un passo importante nel processo di evoluzione dei diritti delle donne della società in esame.

Dalla Mudawwana del 1957, dunque, emergeva un diritto di famiglia che corrispondeva alla situazione economica e sociale di quegli anni, in cui i rapporti tra i coniugi erano profondamente diseguali: la donna si limitava a nutrire e educare i figli nel rispetto dei valori tradizionali, *hadana*, ed era totalmente sottomessa al potere dell'uomo. In questo contesto, il divorzio e il ripudio costituivano prerogative esercitate, quasi esclusivamente, dal marito in modo assolutamente discrezionale.

Tuttavia, con l'evoluzione della società e il mutamento degli usi e dei costumi, le donne marocchine contemporanee sono meglio istruite e preparate rispetto alle donne del secolo precedente: hanno acquisito i mezzi necessari per garantire la propria sopravvivenza e la propria sicurezza finanziaria e sociale. Esse, sempre più spesso, hanno guardato oltre il tradizionale modello di donna-casalinga per esercitare una professione indipendente¹⁴.

Tale attività esterna al contesto familiare, se da un lato tende a schiavizzare ulteriormente la donna dal momento che si vede costretta a garantire la sua parte di responsabilità all'interno della famiglia, dall'altro le permette di acquisire una certa indipendenza. In questo contesto si ritiene che «queste attività rappresentano per le donne che le esercitano uno strumento di resistenza ai poteri degli uomini che non necessariamente sussistono in altri

¹³ RAJAA NAJI EL-MEKKAOU, *La Moudawanah (Code Marocain de la Famille). Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, Rabat, Marocco, 2009, p. 72 ss.

¹⁴ Gli studi di settore rilevano che la percentuale della forza lavoro rappresentata dalle donne non ha cessato di crescere negli ultimi anni. Per ulteriori dettagli consultare RAJAA MEJJATI-ALAMI, *Femmes et marché du travail au Maroc*, XXIV Congresso Generale della Popolazione, IUSSP, Unione Internazionale per lo Studio Scientifico della Popolazione, Salvador-Brasile, (on line www.iussp.org), Fès Marocco, 18-24 agosto 2001.

settori dell'economia – in particolar modo nelle attività riguardanti i settori detti “moderni”»¹⁵.

2. Donna, lavoro e politica

Una delle principali problematiche della società umana è la povertà, dalla quale possono nascere ulteriori problemi sociali, costituzionali e politici. I disastri naturali, inoltre, che sono eventi non prevedibili, se uniti ad un' inadeguata progettazione economica e politica, possono provocare una vera e propria crisi economica, causando povertà estrema da una parte e la comparsa di centri di potere economico dall'altra, con la conseguente nascita di grandi differenze tra le varie fasce sociali.

La religione islamica propone dei rimedi che in questi casi pratici rendono partecipi non solo lo stato ma anche i singoli musulmani al miglioramento civile ed economico dello stato stesso. Provvedimenti finanziari come il *khums*¹⁶ o la *zakat*, quota tassativa destinata ai più poveri, fanno parte del disegno economico avanzato delle leggi islamiche.

Nel pensiero islamico, la donna non è tenuta al proprio mantenimento, né a quello dei figli, anche se molto ricca. Essa è sempre mantenuta o dal marito o dal padre, motivo per cui la donna non è costretta ad alcuna occupazione redditizia. Le condizioni biologiche della donna, unitamente alla sua costituzione fisica, sono i due elementi per i quali l'Islam non le chiede di partecipare alle entrate familiari, anche se per la legge islamica l'occupazione femminile è permessa senza essere ritenuta un obbligo o un peso per la donna stessa. La donna, inoltre, non è obbligata a rispondere al marito o ad altri del denaro guadagnato.

Il diritto alla proprietà personale è un vantaggio previsto sia per l'uomo che per la donna in eguale misura, concetto precisato anche nel Corano¹⁷: in altre parole, l'occupazione offre maggiori contributi economici alla donna rispetto all'uomo, poiché lei non è tenuta né a dividere il guadagno né a mantenere nessuno.

¹⁵ MERIEM RODARY, *Le travail des femmes dans le Maroc précolonial, entre oppression et résistance*, in *Cahiers d'Études africaines*, rivista telematica (www.etudesafraicanies.org/9082), nn. 187-188, dicembre 2007, p. 753 ss.

¹⁶ Il *Khums* è una tassa sul reddito che i musulmani devono pagare allo stato islamico per aiutare i più bisognosi.

¹⁷ CORANO, sura IV, 32: «Non invidiate l'eccellenza che Allah ha dato a qualcuno di voi: gli uomini avranno ciò che si saranno guadagnati (o meritati) e le donne avranno ciò che si saranno guadagnate (o meritate)».

Durante i primi anni della sovranità del governo islamico, il Profeta annullò il divieto che impediva alla donna di lavorare, assegnandole, però, lavori meno faticosi di quelli riservati all'uomo¹⁸.

Il fatto che il Profeta abbia donato alla figlia Fatima alcuni appezzamenti di terreno coltivabile, con tanto di personale al suo servizio, dimostra chiaramente la sua approvazione dell'occupazione femminile.

Unendo i diversi elementi della visione islamica, per quanto riguarda il ruolo economico-sociale e culturale della donna, vi sono delle priorità tra diritti e doveri: rispettare tali priorità per quanto riguarda l'assegnazione dei ruoli, dei doveri e dei diritti a entrambi i sessi è fondamentale, poiché ogni coniuge deve risultare più utile ed efficace nel servire il nucleo familiare su cui si fonda la società. Ora, le donne hanno un ruolo indispensabile da svolgere all'interno del nucleo familiare, ma possono essere comunque presenti in modo diretto o indiretto sulla scena sociale ed economica del mondo. È proprio questa presenza che rende le donne insostituibili nel garantire il giusto equilibrio sociale, legale e costituzionale sia in famiglia che nella società stessa.

Se la dottrina islamica crede nell'assoluta priorità della famiglia rispetto agli interessi individuali, il femminismo, basandosi su ideali meramente umani, promuove la teoria della netta separazione dell'area privata da quella pubblica. Uno degli ambiziosi progetti del movimento femminista è stato quello di assegnare ruoli e responsabilità ritenuti precedentemente di esclusiva prerogativa femminile allo stato o agli enti privati con ricadute economiche evidenti sulla vita della donna.

L'ottenimento di un certo successo da un tale processo sociale si è potuto realizzare attraverso una serie di cambiamenti: gli asili nido pubblici o privati hanno sostituito la presenza delle madri, oramai lavoratrici, riducendo il loro ruolo affettivo ed educativo solo all'assistenza e alla protezione fisica, senza però tener conto dei vuoti affettivi, morali e parentali che ne sarebbero derivati; i partner sessuali hanno sostituito i coniugi legali, abbassando la qualità del legame matrimoniale, trasformandolo di fatto in una relazione puramente sessuale; la rivoluzione industriale ha fatto sì che la tecnologia potesse entrare anche nelle case sostituendo rapidamente la figura casalin-

¹⁸ FARIBA ALASVAND, *L'Islam e la donna. Diritti e doveri della donna musulmana*, Irfan Edizioni, Cosenza, 2010, p. 77 ss., la quale ricorda che l'ayatullah Khamenei ha detto che nell'Europa cosiddetta democratica, dove ci si vanta della libertà femminile, fino a mezzo secolo fa la donna non poteva gestire i propri averi, mentre per l'Islam la donna da sempre è padrona delle sue ricchezze e ne può usufruire liberamente senza il consenso del marito o del padre. Lei può investire il proprio denaro nel modo più libero o scegliere di risparmiarlo. Per l'Islam la gestione economica della donna non riguarda nessuno all'infuori di lei stessa.

ga della donna con quella della lavoratrice impegnata, concedendole molto tempo libero da spendere fuori casa e ai lavori domestici.

Tali radicali cambiamenti si sono combinati alla rivoluzione culturale messa in atto dal movimento femminista che chiedeva pari opportunità sociali, occupazionali e costituzionali, considerando tutti, comprese le donne, elementi produttivi al servizio della massiccia industrializzazione delle società occidentali.

In questo contesto sociale e culturale la donna si è vista costretta ad annullare il proprio ruolo materno e familiare ottenendo in cambio l'accesso al mondo del lavoro con l'obbligo di trovarsi un'occupazione redditizia. Nei paesi occidentali e sviluppati, l'occupazione femminile, specie quella delle madri di piccoli figli, negli ultimi anni ha subito un forte aumento: un fattore capace di spiegare tale fenomeno è senz'altro quello del costo elevato della vita, nonché lo stesso costo elevato del mantenimento dei figli, specie se si vogliono seguire le mode delle società consumistiche.

In un sistema basato prevalentemente sui fattori economici, la donna si troverà costretta a contribuire a sua volta all'economia della famiglia trovandosi una fonte di lavoro e di reddito. È proprio questa duplice pressione economica e culturale a portare un considerevole numero di donne a scegliere di non sposarsi o di condurre una vita coniugale senza figli. Inoltre, le statistiche internazionali confermano l'esistenza di una vita più difficile sia dal punto di vista psicologico che fisico per le donne lavoratrici, le quali devono condurre una doppia vita familiare e lavorativa, subendo disagi psicologici maggiori¹⁹.

Al di là degli aspetti più squisitamente sociologici, occorre soffermarsi ancora sulla visione religiosa riguardante l'occupazione femminile e le priorità che ne conseguono così come sono classificate dagli insegnamenti islamici²⁰.

La donna, sia in famiglia che nel suo contesto sociale, ha dei precisi ruoli e doveri: secondo la legge islamica, la donna può benissimo tralasciare o

¹⁹ WILLIAM D. GAIRDNER, *The book of Absolutes. A critique of relativism and a defence of Universals*, McGill-Queens University Press, Montréal/Kingston, 2008, p. 46 ss., il quale evidenzia che l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro ha sconvolto le stesse senza modificare la loro naturale identità femminile e materna. Molte donne lavoratrici confessano che la carriera costituisce la fonte principale delle loro preoccupazioni psicologiche, sentendosi spesso insicure e non amate. Questo soprattutto per le donne che ricoprono cariche molto impegnative e di primaria importanza.

²⁰ FRANCESCO PASTORE, SIMONA TENAGLIA, *Appartenenza religiosa e scelte lavorative delle donne*, in AA.Vv., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2014, p. 74 ss., i quali specificano che la dottrina di alcune confessioni religiose, come quella musulmana e la cristiano ortodossa, esercita una forte influenza sulle decisioni di lavorare delle donne. Il risultato è particolarmente evidente per le donne musulmane: esse presentano ancora una probabilità di essere occupate più bassa della media tra il 30% e il 40%.

rifiutare di svolgere i lavori domestici, mentre per la sua figura di madre, moglie ed educatrice non può fare lo stesso, poiché per l'Islam questi ultimi ruoli sono prioritari e parte indispensabile dei suoi doveri principali, pertanto irrevocabili ed irrinunciabili²¹. Soddisfare sessualmente l'uomo per la donna è un dovere, anzi un ruolo indispensabile nell'ambito del rapporto matrimoniale, mentre svolgere i lavori domestici o contribuire all'economia familiare non fa parte dei doveri della donna previsti dalle leggi islamiche. Nel caso in cui, però, una donna riesca a far combaciare la sua vita coniugale e familiare con quella lavorativa, prendendosi anche cura dei figli sia dal punto di vista affettivo che educativo, ella potrà scegliere di intraprendere tutte le attività sociali, di studio e di ricerca, entrare nel mondo del lavoro o dedicarsi alle attività intellettuali, politiche o pubbliche.

È chiaro che in un nucleo familiare islamico equilibrato e unito entrambi i coniugi si aiuteranno a vicenda e il marito sosterrà la propria moglie collaborando con lei nei lavori di casa e anche nelle sue eventuali attività sociali.

Sociologi islamici affermano che è preferibile, in primo luogo, spingere la donna ad uscire di casa facilitando così il suo ingresso nel mondo del lavoro e dirigendola verso dei ruoli sociali, fare in modo che gli uomini aumentino la propria presenza fisica all'interno dell'ambiente familiare, chiedendo loro di collaborare più attivamente nell'educazione dei figli, offrendo loro protezione affettiva e morale. I coniugi devono riconoscere le grandi responsabilità che spettano loro e cooperare in tutte le questioni familiari per tener viva questa solida base sociale e i valori che possono garantirne la sopravvivenza.

Ad ogni modo, considerando l'uomo colui che provvede economicamente a tutti gli altri componenti della famiglia, unitamente al ruolo affidatogli dalle leggi islamiche, pare ovvio che le opportunità occupazionali siano prima riservate all'uomo in quanto tutore finanziario e legale della famiglia e solo in seguito alla donna, la quale già gode del diritto al mantenimento.

Una delle problematiche principali che riguardano l'occupazione femminile, tuttavia, è quella del doppio lavoro svolto dalla donna, sia dentro che fuori casa. Condizione difficile, questa, che costringe la donna a lasciare la

²¹ FARIBA ALASVAND, *L'Islam e la donna. Diritti e doveri della donna musulmana*, cit., p. 80 ss., la quale sottolinea che tale dottrina prende forma dai testi religiosi che raccontano la tradizione del Profeta e della sua immacolata figlia Fatima, che chiese al padre di disporre di una domestica che l'aiutasse nelle faccende di casa. La legge islamica, in alcuni casi, obbliga l'uomo ad assumere una domestica al servizio della propria moglie come parte del suo diritto legale al mantenimento, poiché nessuna donna può essere costretta a svolgere i duri lavori di casa. Oggi, la maggior parte delle donne, quelle musulmane incluse, affidano i lavori domestici alle macchine, mentre per gli insegnamenti islamici e secondo la tradizione profetica nessuna donna è autorizzata a lasciare il proprio dovere educativo e affettivo di madre per rivolgersi ad altre persone o enti.

casa per trovarsi un lavoro redditizio, per poi ritornarvi e riprendere un lavoro di servizio gratuito che, se non più pesante, è ugualmente gravoso: quello della casalinga. L'Islam propone come soluzione di offrire alla donna un compenso per il lavoro svolto a casa, sia esso di servizio o per la cura e l'allattamento dei propri figli, oppure avanzare la richiesta di poter disporre di una domestica come parte del suo mantenimento previsto dalla legge islamica.

Altro fattore determinante è la partecipazione della donna nell'attività politica: tale partecipazione per l'Islam può essere svolta a vari livelli e con diversi obiettivi, tra cui dirigere una corrente politica, comparire sullo scenario politico-sociale e occuparsi della gestione politica, culturale e religiosa di un paese islamico. Secondo la religione islamica, la quale non riconosce confini tra l'interesse religioso e quello politico, partecipare all'attività politica non vuol dire adottare una presa di posizione a proprio favore o a favore del partito che si rappresenta. Per un uomo di fede tutte le presenze politiche e sociali fanno parte di un preciso dovere verso la grande società islamica e i principi culturali, religiosi e politici dell'Islam. Lo stesso Corano invita gli uomini e le donne a essere presenti e coscienti riguardo alle condizioni politiche e culturali della *ummah* islamica, in modo da contribuire così alla formazione di una società viva e dinamica basata sul progetto socio-politico dell'auto-vigilanza popolare²².

Un rivoluzionario modello nell'Islam è rappresentato dalla coraggiosa figlia dell'imam Ali, Zeinab, per quanto riguarda la sua partecipazione attiva in prima linea sullo scenario politico e nelle attività sociali legate al mondo femminile. La tradizione riporta l'immagine di una donna saggia, riservata ed equilibrata, ma anche molto sensibile agli eventi politici del suo tempo.

La donna musulmana attenta agli insegnamenti dell'Islam deve muoversi con grande riservatezza, scegliendo il silenzio o la parola in base a quanto stabilito dalla legge islamica e rimanendo fedele soprattutto alle linee morali e religiose dell'Islam, senza mettere in risalto le proprie caratteristiche esteriori ma le proprie idee, la sua arte e il suo intelletto.

La promozione della rappresentanza politica delle donne e il loro accesso alle cariche elettive fa parte, grazie all'operato delle associazioni femminili, delle sfide che deve affrontare la giovane democrazia marocchina. Anche se costituiscono poco più della metà dell'elettorato, le donne marocchine occupano solo uno spazio limitato rispetto all'insieme degli eletti a livello nazionale, nonché locale. Le carenze della democrazia marocchina in ma-

²² Tale progetto islamico "*Amr bilma'ruf wa naby anil-munkar*", da una parte, chiama i fedeli ad un'alta sensibilità religiosa per impedire il verificarsi di atti proibiti dalla legge islamica, dall'altra li invita a partecipare e seguire gli insegnamenti islamici con modi e metodi rigorosamente educativi.

teria costituiscono un vero ostacolo all'integrazione delle donne nel campo della politica e all'istituzione di una eguale cittadinanza per tutte e per tutti.

Nelle elezioni parlamentari del 1997, il tasso di femminilizzazione dei candidati non ha superato il 2,1%, ossia 72 donne candidate su 3288 candidati. Solo due donne hanno potuto accedere ai seggi in ciascuna delle camere del vecchio parlamento. Grazie ad un lungo processo di riflessione, di *advocacy* e di *lobbying* condotto da diverse organizzazioni femminili, e specialmente dal movimento Primavera dell'Uguaglianza, l'idea di adottare alcune misure volontaristiche suscettibili di migliorare la rappresentanza politica delle donne ha fatto il suo cammino nel campo politico marocchino.

Il ricorso ad una lista nazionale femminile nelle elezioni parlamentari del settembre 2002 ha permesso di realizzare un vero progresso e di far entrare alla prima camera del Parlamento 30 elette. Di conseguenza il tasso di rappresentanza delle donne è aumentato dallo 0,6% nelle precedenti elezioni legislative del 1993 e del 1997 al 10,8% nel 2002.

Le donne, inoltre, rimangono in minoranza anche nei consigli comunali. Per cui, nonostante la buona volontà manifestata ai più alti livelli di governo e nonostante la campagna di *advocacy* lanciata dal Comitato di Coordinazione Nazionale creato da donne appartenenti ai partiti politici per dare attuazione all'articolo 8 della Costituzione²³, attraverso l'introduzione di una quota di candidate donne nelle liste locali, la situazione è rimasta quasi immutabile.

A causa della resistenza delle strutture partitiche, le elezioni comunali del settembre 2003 hanno costituito un passo indietro rispetto ai progressi compiuti l'anno prima alle elezioni legislative. Tutto ciò ha avuto delle conseguenze sul numero delle candidate donne, ossia 6132 candidate su 116.525 candidati, e anche sul numero dei consiglieri, ovvero 127 consiglieri donne, pari allo 0,5% del totale degli eletti al livello locale.

Se da un lato bisogna sottolineare l'importanza dei progressi compiuti con l'accesso di 35 donne al parlamento marocchino nel 2002, dall'altro è necessario anche evidenziare la fragilità di un tale risultato. Ciò è dipeso da

²³ Art. 8 Costituzione del Regno del Marocco: "Le organizzazioni sindacali dei lavoratori, camere professionali (organizzazioni di categoria e dell'imprenditoria) e associazioni di categoria dei datori di lavoro contribuiscono alla difesa e alla promozione dei diritti e degli interessi di gruppi economici che rappresentano. La loro costituzione e le loro attività, in conformità con la Costituzione e la legge, sono libere.

Le strutture e il funzionamento di queste organizzazioni devono attenersi a principi democratici.

I governi lavorano per promuovere la contrattazione collettiva e l'incoraggiamento della conclusione dei contratti collettivi previsti dalla legge.

La legge stabilisce le norme relative in particolare alla formazione di sindacati, le attività ed i criteri per la concessione di sostegno finanziario dello Stato, nonché meccanismi per il controllo del loro finanziamento".

diversi fattori: il principio delle cd. quote rosa utilizzato nell'istituzione di una lista nazionale femminile è stato il frutto di un accordo tra i partiti politici, quindi una misura aleatoria che rischia di scomparire, come avvenne durante le elezioni comunali del 2002.

Le misure atte a promuovere la rappresentanza politica delle donne dovrebbero essere istituzionalizzate per produrre l'effetto atteso. Il movimento delle donne e il movimento associativo in generale, inoltre, si battono ogni giorno per la promozione di una legge sui partiti politici che preveda misure di discriminazione positive suscettibili di facilitare la partecipazione e la rappresentanza politica delle donne nelle leadership dei partiti politici, nonché nelle istituzioni locali e nazionali elette.

La nuova esperienza delle donne in Parlamento dovrebbe essere valutata e studiata come, del resto, tutte le grandi esperienze e le lotte condotte dai movimenti associativi. Questi ultimi dovrebbero interrogarsi sull'apporto di questa esperienza per la causa delle donne, sul grado di coordinamento tra le elette, nonché sull'eventuale impatto della riforma del codice della famiglia sulla partecipazione politica delle donne.

L'adozione del nuovo Codice di Famiglia nel 2004, decisamente moderno ed egualitario, pone le associazioni femminili e il movimento associativo dinanzi a nuove sfide.

Occorre solo contribuire al successo della sua attuazione affinché sia fatto proprio dai cittadini marocchini, nel senso di una modernizzazione sociale. Ciò suppone l'elaborazione di una strategia di monitoraggio e di sostegno che dovrebbe contenere diverse azioni tra le quali: la creazione di strutture civili specializzate, responsabili delle attività di monitoraggio legale, di *advocacy* e di *lobbying*, per l'aggiornamento del sistema giudiziario a cui compete l'attuazione del nuovo codice; lo sviluppo di una partnership con l'università e il mondo accademico per studiare a breve e a medio termine l'impatto del nuovo codice sulla famiglia, la parità tra i due sessi, la violenza domestica contro le donne, la povertà come conseguenza del divorzio abusivo, l'attività delle donne all'interno delle mura domestiche e al di fuori di queste ultime.

L'entrata in vigore del nuovo codice dovrebbe consentire una profonda revisione del discorso didattico ed educativo, nel senso di eliminazione dei valori, immagini e pregiudizi discriminatori nei riguardi delle donne: dati i profondi cambiamenti sociali che interessano la famiglia e al fine di ottimizzare l'attuazione del nuovo codice, è necessario istituire le figure dei c.d. mediatori sociali, ossia sociologi e psicologi specializzati nel diritto di famiglia. Questi ultimi dovranno lavorare presso tribunali specializzati e saranno all'ascolto dei coniugi al fine di escogitare vie di uscita dalla crisi nelle controversie familiari; l'applicazione della nuova legge sui partiti politici e

delle misure di azione positiva suscettibili di facilitare la partecipazione e la rappresentanza politica delle donne nella leadership dei partiti politici, così come nelle istituzioni elettive locali e nazionali.

Importanti novità a tutela delle donne si sono avute, ulteriormente, anche in merito alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori: l'art. 24 della legge organica riguardante la Camera dei Consiglieri prevede che «ogni lista di candidati non può comprendere due nomi successivi di candidati dello stesso sesso». Questo significa che ogni lista deve contenere, alternativamente, nomi di donne e di uomini, o viceversa.

Per quanto riguarda le elezioni professionali, tuttavia, nessuna disposizione analoga è prevista per favorire l'elezione delle donne tra i rappresentanti dei dipendenti del settore privato o quelli delle commissioni paritetiche nel settore pubblico. Partendo da questa realtà l'*Union Marocaine du Travail* (UMT), attraverso la sezione femminile e l'Unione Progressista delle donne Marocchine, in collaborazione con le *Conseil National des Droits de l'Homme* (CNDH) hanno promosso l'emanazione di raccomandazioni contenute nel memorandum dal titolo «Quarantacinque raccomandazioni per elezioni più inclusive e più vicine ai cittadini».

Il Consiglio ha ritenuto, in vista dell'organizzazione delle elezioni professionali, che il rafforzamento della rappresentanza delle donne a livello della categoria dei rappresentanti dei lavoratori alla Camera dei consiglieri resta dipendente dalla loro rappresentazione nel collegio elettorale nazionale di tale categoria, raccomandando a tal proposito di prevedere meccanismi di azione affermativa al fine di promuovere e rafforzare la rappresentanza professionale delle donne nelle categorie dei rappresentanti dei lavoratori all'interno delle imprese e dei rappresentanti dei lavoratori nelle commissioni dello statuto dei lavoratori delle società minerarie e dei rappresentanti dei funzionari all'interno dei comitati amministrativi congiunti.

Spetta ai sindacati promuovere le candidature delle donne a queste elezioni.

3. *La Mudawwana*

Importanti mutamenti nella concezione del ruolo della donna all'interno dell'ordinamento giuridico marocchino si sono avuti con il nuovo Codice della famiglia marocchino, entrato in vigore l'8 marzo del 2004 con la legge n. 70²⁴.

²⁴ La legge di riforma della Mudawwana n. 03/70 è stata promulgata con il dahir n. 1-04-22 del 3

Il Marocco, tuttavia, ha adottato il primo codice in materia di statuto personale²⁵ nel 1956: esso consisteva in una codificazione di regole sciaraitiche accolte secondo la sistematica della scuola malikita, ovvero quella tradizionalmente applicata nel Paese. Il modello giuridico della famiglia restava quello di una famiglia tradizionale conforme alla concezione malikita, poiché veniva presa in considerazione solo la famiglia fondata su legami di sangue strettamente legittimi.

Il Codice²⁶, stilato a partire dal 1957, fu promulgato attraverso cinque successivi decreti²⁷, *dahir*. In precedenza, il progetto era stato sottoposto all'approvazione di una commissione formata dal Re e da un gruppo di diciotto sapienti, *ulama*, presieduta da Allal El Fassi, leader nazionalista e capo carismatico del Partito Istiqlal. Il documento, elaborato con urgenza, risultò in una piccola codificazione, segnando in tal modo la rottura con l'epoca della colonizzazione e sottolineando l'identità e la continuità arabo-musulmana²⁸.

I sei libri nei quali era suddiviso il Codice (matrimonio, divorzio, nascita, capacità e rappresentanza legale, testamento, successioni) si ispiravano solo strutturalmente al modello francese; il loro fulcro, tuttavia, si basava sulle consuetudini locali²⁹ e sulla *shari'a*, il principale punto di riferimento per la disciplina dei rapporti familiari.

In seguito furono tentate numerose riforme per la modifica del codice, che risultava arcaico e poco aperto ai cambiamenti della società. Tra i vari progetti, occorre ricordare quello del 1981: al termine della stesura del piano di riforma, la commissione reale che lo aveva redatto si trovò davanti a un dilemma, se sottoporre il testo alla Segreteria del Governo o al Consiglio degli Ulama. L'atteggiamento conservatore e poco incline allo sviluppo di

febbraio 2004 e pubblicato in lingua araba sul Bollettino Ufficiale del Regno del Marocco, edizione generale, n. 5184 del 5 marzo 2004.

²⁵ Così veniva chiamato il Codice della famiglia.

²⁶ ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Dossier mondo islamico 4. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2000, p. 21 ss., il quale evidenzia che la traduzione araba della parola "codice" è "al-Mudawwana", cioè "raccolta": il titolo stesso indica la volontà del legislatore di mantenersi fedele al tradizionale diritto malikita.

²⁷ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 17 ss., la quale ricorda che i primi due, in vigore dal 1° gennaio 1958, furono promulgati rispettivamente il 22 novembre e il 18 dicembre del 1957; gli altri entrarono in vigore dalla data della promulgazione, avvenuta rispettivamente il 25 gennaio 1958, il 20 febbraio 1958 e il 3 aprile 1958.

²⁸ M. ES-SAIDI, *Reforme du code de la famille au Maroc une Revolution?*, in *Tel Quel*, 2004, p. 31 ss.

²⁹ JOSEPH SHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 115 ss., il quale precisa che l'applicabilità di tali consuetudini era stata confermata da un decreto del 1914, ma il fondamento giuridico formale dei tribunali di diritto consuetudinario fu ufficializzato solo con un *dahir* del 1930. Un ulteriore *dahir* del 1938 regolò la tutela dei minori e introdusse in forma mitigata provvedimenti di legislazione modernista.

soluzione innovative dei giudici³⁰ e l'incapacità di risolvere la questione fecero arenare il progetto.

Il diritto di famiglia marocchino si è, poi, trovato al centro di contestazioni e pressioni miranti alla sua riforma, per via della sua evidente ignoranza riguardo la mutata realtà sociale e i principi di uguaglianza e di non discriminazione.

Nel 1992, dopo alcuni progetti di riforma falliti³¹, alcune associazioni femminili, organizzate nell'*Union de l'Action Femminine* (UAF)³², lanciarono la prima vera campagna per l'emendamento del codice del diritto di famiglia, rivendicando la parità dei sessi³³. Esse agirono sulla base di alcuni punti fermi: la necessità di condurre su un terreno di parità le relazioni tra uomo e donna, poiché una democrazia reale non può esistere se non c'è uguaglianza tra i cittadini; fare in modo che il Codice di Statuto Personale non rifletta i principi di una scuola giuridica ma rispetti, invece, gli insegnamenti generali della shari'a, cioè l'equità, la giustizia, l'uguaglianza e il rispetto della dignità umana; eliminare il contrasto tra la Mudawwana e la Costituzione, che all'art. 8 proclama la parità tra i sessi e garantisce i diritti della donna; la necessità di vietare la poligamia senza condizioni e la necessità di tutelare i fanciulli.

Grazie alla spinta data da tali associazioni, nel 1993 il Sovrano Hassan II convocò le principali rappresentanze del movimento femminile per discutere la revisione della Mudawwana: a seguito dell'incontro, il Re promulgò alcuni *dahir* che introdussero innovazioni significative, tese a migliorare la condizione della donna relativamente ai crediti di mantenimento nei confronti del marito e alla procedura di ripudio.

³⁰ GABRIELE CRESPI REGHIZZI, *Il matrimonio e il diritto di famiglia nel Maghreb: guida sociale e giuridica*, Fondazione Cariplo I.S.M.U., 1997, p. 34 ss.

³¹ ANA QUINONES ESCAMEZ, *La ricezione del nuovo codice di famiglia marocchino in Europa*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 893 ss.

³² KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 17 ss., la quale sottolinea che la Conferenza ONU di Nairobi sulla donna del 1985 gioca un ruolo importante nell'affermazione del movimento associativo marocchino. L'ADFM (*Association démocratique des femmes du Maroc*), creata nel 1985 da donne appartenenti alla sezione femminile del PPS, Partito per il progresso e il socialismo, ex partito comunista marocchino, si mobilita intorno ai temi di riforma della Mudawwana, dell'accesso delle donne alla politica, del lavoro femminile e delle rivendicazioni sociali quali l'alfabetizzazione e la scolarizzazione. Poco dopo nascono la UAF, associazione legata all'estrema sinistra, e l'OFI (Organizzazione della donna indipendente): queste associazioni, insieme alla LDDF (Lega dei diritti sulle Donne) costituiranno i pilastri del movimento che porterà alla riforma del 2004.

³³ ABDERRAHIM LAMCHICH, *Il Marocco oggi. Monarchia, Islam e condizione femminile*, Harmanattan Italia, Torino, 2001, p. 67 ss., il quale rileva che l'UAF (Unione delle Associazioni Femminili), nel corso di questa campagna, riuscì a raccogliere oltre un milione di firme per l'abolizione della poligamia, la soppressione della figura del tutore, la parità di diritti e doveri tra coniugi e nei confronti dei figli e l'introduzione del divorzio.

Nel 1998 il Governo marocchino elaborò il Piano d'Azione Nazionale per l'Integrazione della Donna allo Sviluppo per promuovere la parità tra uomo e donna: per la prima volta si fece ricorso alla nozione di "genere" per identificare i meccanismi sociali alla base delle discriminazioni nei confronti delle donne³⁴ e l'adozione di questo piano d'azione fece scaturire un grande dibattito che, oltre alla società civile, coinvolse anche la classe politica e il mondo religioso degli *ulama*³⁵.

Fu la salita al trono del nuovo ed attuale monarca, Mohammed VI, a favorire la modernizzazione dell'ordinamento giuridico marocchino e a sottolineare l'intenzione della Casa Reale di intraprendere un cammino verso la tutela e la promozione della dignità della donna in seno alla famiglia e alla società civile marocchina. Il Re affidò il processo di riforma del Codice della famiglia ad una commissione denominata Commissione nazionale per la moralizzazione pubblica, composta da 16 membri di cui solo 3 erano donne. La commissione avviò una campagna «per la promozione dei valori che sono alla base della moralizzazione della vita pubblica³⁶», ma la sua efficacia restò limitata dalle profonde divisioni interne e dalla forza degli islamisti.

Restando lettera morta i lavori preparatori al Codice, Mohammed VI incaricò il ministro Mohammed Boussetta di redigere il nuovo Codice della famiglia e di elaborare il progetto di riforma, con l'ordine preciso di tenere in considerazione le richieste delle associazioni femminili.

La nuova commissione, composta da eminenti esperti del diritto di famiglia e da *ulama*, vide tra i suoi membri sia uomini che donne. Il 10 ottobre 2003, in occasione dell'apertura del secondo anno legislativo della settima legislatura del Parlamento, il Re annunciò la riforma del Codice della famiglia³⁷: il monarca sottolineò come la riforma in questione fosse basata sul

³⁴ Moulay RACHID ABDERRAZAK, *La Mudawwana en question*, in *Femmes, Culture et Société au Maghreb*, 1998, p. 53 ss.

³⁵ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 17 ss., la quale rileva che ci furono due grandi manifestazioni a Rabat il 12 marzo 2000: la prima, favorevole al progetto, fu guidata dai partiti di governo e dai partiti femminili; la seconda fu una contromanifestazione organizzata dai partiti d'opposizione contrari alla riforma, ritenuta in contrasto con i precetti islamici e l'educazione coranica, nonché nociva per la famiglia e per la donna stessa. Anche l'associazione nazionale dei notai del Marocco si oppose, sostenendo la necessità di riformulare il progetto sulla base della *shari'a*. Inoltre, il 27 maggio 1999 l'organizzazione degli *ulama* espresse la propria contrarietà nei confronti del progetto di riforma del codice, considerato illegittimo poiché non teneva conto dell'opinione degli *ulama* e della *shari'a*, nonché nocivo nei confronti della famiglia.

³⁶ AMMAH RABIATU, *Women in dialogue: building God's peace and justice together. Women in Islam*, in *Encounter. Pontificio Istituto di Studi Arabi ed Islamistica*, 2003, 29, p. 9 ss.

³⁷ Dal discorso tenuto da Re Mohammed VI il 10 ottobre 2003 davanti alla Camera dei rappresentanti della Nazione: "Dovremmo adottare una forma moderna di Codice invece di ciò che mina la dignità delle donne come esseri umani. Unire marito e moglie congiuntamente responsabili per la

metodo dell'interpretazione evolutiva dei testi sacri, *ijtihad*³⁸, e conforme, dunque, all'Islam attraverso una lettura moderna della *shari'a*³⁹.

Inoltre, per la prima volta, la riforma dovette affrontare un iter legislativo, passando attraverso il voto delle due camere del parlamento marocchino⁴⁰.

Il nuovo Codice della famiglia fu approvato all'unanimità e pubblicato sul Bollettino Ufficiale, pervenendo così all'emanazione della legge di riforma n. 03/70, promulgata con il dahir n. 1-04-22 del 3 febbraio del 2004: esso entrò in vigore l'8 marzo 2004.

La Mudawwana è composta da sette libri e da quattrocento articoli e l'intero impianto codicistico è ruotato essenzialmente intorno a due punti: da un lato, assicurare stabilità al nucleo familiare attraverso il riconoscimento dell'uguaglianza tra uomo e donna all'interno della famiglia; dall'altro, tutelare i diritti dei figli⁴¹ grazie all'equilibrio tra i coniugi, per permettere loro di allevare la prole in maniera sana, in modo da assicurare il ruolo della famiglia quale cellula di base della società.

Anche da un punto di vista stilistico, è opportuno rilevare alcune differenze rispetto alla precedente codificazione: la Mudawwana del 2004 utilizza un linguaggio moderno, privo di termini e formulazioni che possono risultare degradanti o lesive della dignità della donna e del fanciullo. Inoltre, notevoli sono i punti di novità introdotti dal Codice in esame:

- la responsabilità della famiglia è condivisa tra uomo e donna, per cui cade la regola dell'obbedienza della moglie nei confronti del marito;
- il tutore matrimoniale, *wali*, non è più un obbligo, ma piuttosto un diritto della donna, la quale può decidere di sposarsi senza la sua presenza e, quindi, senza il suo consenso;

famiglia, in sintonia con le parole del mio antenato, il Profeta Muhammad, che disse che uomini e donne sono uguali dinanzi alla legge”.

³⁸ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 22 ss., la quale ricorda le parole testuali del Re: “Non posso legittimare ciò che Dio ha vietato, né vietare ciò che Dio ha permesso”.

³⁹ FRANCESCO CASTO, *Sistema sciaraitico, 'siyasa sar 'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici del Vicino Oriente*, in AA.VV., *Il mondo islamico tra interazione ed acculturazione*, a cura di ALESSANDRA BAUSANI, BIANCAMARIA SCARCIA AMORETTI, Università degli Studi di Roma, Roma, 1981, p. 165 ss., il quale presenta un'approfondita analisi riguardo la dialettica tra *shari'a* e potere costituito.

⁴⁰ HAKIM MOHAMMED BELHATTI, *Marocco: storia, società e tradizioni*, Pendragon, Bologna, 2000, p. 52 ss.

⁴¹ ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, cit., p. 84 ss., la quale sottolinea che le modifiche apportate alle tradizionali regole sciaraitiche mirano principalmente a migliorare la posizione dei componenti più deboli della famiglia, la donna e il bambino, con particolare attenzione all'equiparazione dei diritti e dei doveri tra i coniugi.

- l'età minima per contrarre matrimonio è fissata per entrambi i coniugi a 18 anni, non più 15 anni per la donna;
- il matrimonio poligamico è sottoposto a limiti sostanziali e procedurali;
- il diritto al ripudio può essere esercitato solo all'interno di una procedura giudiziaria;
- è protetto l'interesse del minore in materia di custodia, garantendogli tra le altre cose il diritto ad un alloggio decente, al quale dovrà provvedere il padre congiuntamente alla pensione alimentare;
- la donna può richiedere il divorzio liberamente, senza più dover presentare le prove del pregiudizio subito;
- nel caso in cui, per ragioni di forza maggiore, nasca un figlio da un'unione non ancora formalizzata, il nuovo Codice ammette il riconoscimento della paternità;
- i figli ereditano anche dalla nonna paterna;
- è prevista la possibilità per gli sposi di stipulare, unitamente al contratto di matrimonio, un accordo in virtù del quale i beni acquistati durante il matrimonio possono essere gestiti in comune, derogando alla regola della separazione.

4. Codice della famiglia e abolizione della famiglia patriarcale

La Mudawwana del 2004 ha introdotto importanti novità in merito all'istituto matrimoniale e, in particolare, riguardo alla tutela della condizione della donna marocchina. Esse costituiscono un notevole passo in avanti rispetto a quanto previsto dalla tradizione islamica⁴².

Anzitutto, l'art. 10 prescrive che siano rispettate determinate condizioni sostanziali perché il matrimonio sia considerato valido. La prima è che è indispensabile che l'offerta e l'accettazione avvengano verbalmente, ove possibile, oppure per iscritto o con gesto comprensibile: esse devono essere reciproche e avvenire contestualmente, senza limitazioni di termine o di condizione sospensiva o risolutiva. Inoltre, è richiesta la capacità giuridica

⁴² FARIBA ALASVAND, *L'Islam e la donna. Diritti e doveri della donna musulmana*, cit., p. 16 ss., la quale ricorda che in passato la maggior parte dei matrimoni nasceva come mezzo per porre fine alle guerre tribali oppure era un modo efficace per dimostrare la propria ricchezza; la volontà delle ragazze era l'ultima cosa da prendere in considerazione. Nell'Islam una ragazza vergine quasi sempre deve ottenere il consenso paterno per sposarsi: il perché di un simile condizionamento va ricercato nella volontà religiosa di ridurre eventuali inganni e conseguenti fallimenti nel matrimonio. Il padre, uomo d'esperienza che tiene alla futura felicità della figlia, darà un alto contributo nel decidere se effettuare o meno il matrimonio, affinché risulti durevole e sano.

di entrambi gli sposi, l'accordo sulla dote nuziale⁴³, *mahr*, la presenza di testimoni, *'adul*, la presenza di un *wali* in caso di necessità⁴⁴, l'assenza di impedimenti legali⁴⁵.

Oltre alle condizioni sostanziali, esistono anche delle condizioni formali che devono essere rispettate per la validità del matrimonio:

- per i matrimoni contratti nello Stato è necessario un certificato attestante l'avvenuto matrimonio;

- per i matrimoni contratti all'estero da cittadini marocchini, perché il matrimonio sia riconosciuto, è necessario far pervenire copia del contratto di matrimonio all'ufficiale dello stato civile marocchino e al Tribunale di famiglia del luogo di origine degli sposi⁴⁶.

Nel caso in cui una delle parti sia impossibilitata ad essere presente al momento di contrarre il matrimonio, può dare mandato a una terza persona che stipulerà il contratto a suo nome⁴⁷.

Laddove le condizioni sostanziali e formali indicate dal Codice della famiglia non siano rispettate, sono previste sanzioni sia da un punto di vista civilistico che penalistico: per cui, in caso di matrimonio viziato da coercizione e frode, alla parte lesa è riconosciuta, oltre alla possibilità di richiedere l'annullamento dello stesso *ex art.* 63, la facoltà di richiedere l'applicazione delle disposizioni di cui all'*art.* 360 del codice penale⁴⁸.

⁴³ LOUIS MILLIOT, FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Introduction à l'étude de droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 12 ss., i quali sottolineano che, a differenza del mondo pre-islamico, in cui la dote era il prezzo che il marito pagava al padre della sposa, e della *shari'a*, per la quale essa è la somma di danaro che il marito versava alla donna ovvero il patrimonio di cui la donna può liberamente disporre, nel Marocco contemporaneo le parti si accordano spesso per una dote puramente simbolica.

⁴⁴ Il tutore matrimoniale, *wali*, non è più un obbligo, ma piuttosto un diritto della donna, la quale può decidere di sposarsi senza la sua presenza e, quindi, senza il suo consenso.

⁴⁵ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit. p. 25 ss., la quale precisa che gli impedimenti si distinguono in perpetui e temporanei. Sono considerati impedimenti perpetui: la parentela, l'affinità, l'allattamento, che è assimilato alla parentela di sangue. Sono considerati, invece, impedimenti temporanei: il matrimonio con una donna già ripudiata tre volte, il matrimonio con un non musulmano (impedimento che può essere superato con la conversione dell'uomo all'Islam), una malattia che impedisca la vita matrimoniale, il matrimonio con due donne tra cui esiste un legame di parentela (es. due sorelle), l'esistenza di un precedente matrimonio, che costituisce impedimento solo per la donna).

⁴⁶ Precedentemente all'entrata in vigore dell'attuale Mudawwana, la l. 37-99 del 3 ottobre 2003 prevedeva la consegna di copia dell'atto di matrimonio all'ufficiale di stato civile del luogo di nascita di ciascuno degli sposi, affinché provvedesse a farne menzione a margine dei loro atti di nascita.

⁴⁷ L'*art.* 17, infatti, prevede che il mandato possa essere concesso su autorizzazione del giudice e nel rispetto delle condizioni precisate dallo stesso Codice. Inoltre, vieta al giudice di concludere personalmente, per lui stesso o per i suoi ascendenti o discendenti, il matrimonio di una persona sottomessa alla sua tutela.

⁴⁸ *Art.* 360 codice penale del Marocco: "Chiunque contraffà, falsifica o altera le licenze, certificati,

Ulteriore importante novità introdotta dalla riforma del diritto di famiglia si ha in relazione al cd. fidanzamento, *al-khotba*, oggetto di una disciplina più dettagliata rispetto a quella del codice pre-riforma, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali conseguenti alla sua rottura, ovvero la restituzione di quanto donato nel periodo di fidanzamento o l'eventuale indennizzo per la parte che ha subito un danno dalla condotta tenuta dall'altra in relazione alla promessa di matrimonio.

L'art. 5 della Mudawwana stabilisce che “il fidanzamento è una mutua promessa di matrimonio tra un uomo e una donna. Il fidanzamento si realizza quando le due parti esprimono, con ogni mezzo comunemente ammesso, la loro reciproca promessa di contrarre matrimonio”⁴⁹. Il legislatore marocchino, tuttavia, riconosce ad entrambe le parti, quindi anche alla donna, la facoltà di recedere unilateralmente da *al-khotba*, in quanto mero “periodo di prova”.

Ciononostante, la rottura del fidanzamento obbedisce a regole speciali e ben precise per quanto riguarda l'eventuale restituzione della totalità o di una parte delle donazioni già avvenute in vista del futuro matrimonio, sempre nel rispetto della fattispecie e della decisione del *qadi*.

Di notevole rilevanza è la tutela prevista a favore del bambino concepito durante il periodo del fidanzamento: egli è considerato figlio del fidanzato. Secondo il pensiero islamico e in base alla tradizione, *Sunnah*, del Profeta e degli *Imam*, è sempre e comunque il padre a dover mantenere e tutelare i figli, principio valido anche nel caso in cui il giudice islamico decida di affidarli alla madre per breve o lungo termine. È sempre il padre a dover garantire ai figli una sicurezza sociale e familiare⁵⁰, anche se le madri da un punto di vista affettivo vi sono molto più legate, caratteristica dovuta alla loro femminilità e al loro istinto materno⁵¹.

opuscoli, carte, bollettini, ricevute, passaporti, ordini di missione, lettere di vettura, lascia passare o altri documenti rilasciati dall'amministrazione pubblica al fine di constatare un diritto, un'identità o una qualità, o concedere un'autorizzazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e una multa da 200 a 1.500 dirham.

Il colpevole può anche essere colpito dall'esclusione di uno o più diritti di cui all'articolo 40, per un minimo cinque anni e un massimo di dieci anni. Il tentativo è punito come il reato consumato.

Si applicano le stesse sanzioni:

1. alla persona che, consciamente, fa uso di detti documenti falsificati, contraffatti o alterati;
2. a colui che fa uso di uno dei documenti descritti nel primo paragrafo, sapendo che informazioni in esso contenute sono diventati incomplete o inesatte”.

⁴⁹ KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 26 ss., la quale ricorda che il fidanzamento è una promessa di matrimonio e si svolge in forma di cerimonia: promessa, impegno, donazioni (gioielli, stoffe, nonché offerte tradizionali di latte e datteri). Il valore dei beni varia a seconda della classe sociale delle rispettive famiglie.

⁵⁰ FARIBA ALASVAND, *L'Islam e la donna. Diritti e doveri della donna musulmana*, cit., p. 18 ss.

⁵¹ Cfr. KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 27 ss., la quale specifica che in

Ulteriore passo in avanti compiuto dalla Mudawwana è l'abrogazione della figura del capo famiglia e il riconoscimento in capo agli sposi di pari autorità all'interno del nucleo familiare, attraverso l'abolizione del diritto all'obbedienza che l'uomo deteneva nei confronti della donna⁵². L'art. 4 stabilisce che "il matrimonio è un patto fondato sul mutuo consenso, allo scopo di stabilire un'unione legale e duratura tra un uomo e una donna. Esso ha per scopo la vita nella fedeltà reciproca e nella purezza e la fondazione di una famiglia stabile sotto la direzione dei due sposi".

L'affidare la "direzione della famiglia" ai due sposi implica non più un vincolo di subordinazione della donna all'uomo, piuttosto che tra gli sposi intercorra reciproco rispetto, affetto e comprensione, che certo non potrebbero sussistere se all'uomo fosse riconosciuto il diritto di esigere obbedienza dalla moglie nelle varie circostanze della vita coniugale.

Anche la tutela matrimoniale, *wilaya*⁵³, obbligatoria nella precedente Mudawwana, subisce una radicale riforma: è stabilito, infatti, che la tutela è un diritto della donna e questa, raggiunta la maggiore età, lo esercita «secondo la propria scelta ed interesse», dal momento che la donna maggiorenne, *ex art. 25*, può stipulare personalmente il matrimonio, fatta salva comunque la possibilità di delegare il padre o un parente. La *wilaya*, dunque, diviene diritto esclusivo della donna, titolare del suo esercizio al raggiungimento della maggiore età, oltre a detenere la facoltà discrezionale di farsi assistere

caso di disaccordo sulla paternità del concepito, spetta al giudice decidere, sulla base delle prove prodotte dalle parti e avvalendosi anche delle necessarie perizie. Nel caso di una contestazione della paternità legittima del fidanzato, quest'ultima può essere dimostrata in ogni modo, anche mediante una perizia medica per ordine del tribunale, redatta da istituti di analisi e basata su prelievi di sangue e analisi genetiche.

⁵² JAMES QUINN WILSON, *The marriage problem: how our culture damages families*, p. 656 ss., il quale chiarisce che il Corano presenta l'uomo-padre come punto di riferimento sicuro all'interno della famiglia assegnandogli da una parte una grande responsabilità rappresentata dalla tutela dei propri cari, dall'altra invitando i membri della famiglia all'obbedienza, usufruendo del sostegno materiale e morale che egli garantisce. Egli ha il compito di chiedere a tutti i componenti di intraprendere la via della crescita e dello sviluppo sociale, morale e spirituale. Tale responsabilità creerà una serie di obblighi ai quali dovranno sottomettersi tutti i membri della famiglia. Il Corano, d'altra parte, invita la donna ad accogliere ed accettare la mano sicura e protettiva dell'uomo in quanto ogni donna istituzionalmente necessita di un rassicurante punto di appoggio e di mantenimento. L'autorevolezza dell'uomo, quindi, nei confronti della donna è di tipo responsabilizzante e, di conseguenza, doverosa è l'obbedienza da parte della moglie all'interno della famiglia. Ragion per cui l'uomo, assumendosi l'incarico di padre e marito, si avvale di un'autorità legale attribuitagli dalle leggi islamiche le quali, concedendo alla donna il dovere di accudire e tutelare i figli, prendono in considerazione un altro tipo di autorità protettiva legata all'affetto materno.

⁵³ Cfr. FARIBA ALASVAND, *L'Islam e la donna. Diritti e doveri della donna musulmana*, cit., p. 20 ss., la quale sottolinea che la tutela in esame sta ad indicare il capo responsabile di un gruppo, ossia colui che è al servizio di chi dipende da lui ed è a suo carico, coordinando l'operato del proprio gruppo in modo da ottenere il risultato migliore.

nella stipula del contratto di matrimonio da un tutore da lei stessa scelto, che può essere il padre o uno dei suoi parenti più prossimi.

La donna può contrarre matrimonio con il compimento del diciottesimo anno di età: in tal modo, da un lato, si tutela la dignità della donna, dall'altra, si protegge l'infanzia⁵⁴. Tuttavia, il giudice della famiglia può comunque autorizzare il matrimonio tra due soggetti che non abbiano ancora raggiunto l'età prescritta, una volta sentiti i genitori e valutati i motivi. Il rappresentante legale del minore deve obbligatoriamente esprimere il suo consenso, ma in caso di rifiuto la decisione spetta comunque al giudice incaricato.

In tema di poligamia, il nuovo Codice della famiglia rompe totalmente con la Tradizione: l'art. 40 vieta la poligamia qualora si tema una mancanza di equità e qualora vi sia una clausola nel contratto di matrimonio con cui la moglie dichiara di non accettarla. È, dunque, richiesto il consenso della prima moglie, del quale ci si accerta attraverso la comparizione davanti al giudice: la donna, infatti, è tutelata dalla possibilità di inserire nel contratto nuziale la cd. *clausola di monogamia* la quale, se non rispettata dal marito, costituisce valido motivo di scioglimento del vincolo matrimoniale, *ex art. 99 della Mudawwana*⁵⁵.

Se, invece, tale clausola non sia presente, il marito che desidera contrarre un nuovo matrimonio dovrà presentare richiesta al tribunale, il quale invierà alla moglie un invito a comparire e, solo al termine dell'audizione delle parti in Camera di consiglio e esaminate le ragioni che hanno spinto il marito a chiedere l'autorizzazione a contrarre nuove nozze, il giudice deciderà se concederla o meno.

Anche lo scioglimento del matrimonio si rifà quasi fedelmente alla procedure previste dal diritto classico di scuola malikita⁵⁶, per cui la dissoluzione del legame matrimoniale dovrebbe avvenire, in linea di principio ed in conformità alla tradizione musulmana, solo in casi eccezionali.

⁵⁴ Per un approfondimento circa il fenomeno dei cd. matrimoni precoci, si veda UNICEF, *Il matrimonio precoce*, Innocenti Digest, n. 7, marzo 2011: la consuetudine di far sposare ragazze di giovanissima età è ancora molto diffusa in molti Paesi del mondo, poiché è ancora radicata l'idea che le bambine si debbano sposare al raggiungimento della pubertà o subito dopo. I capifamiglia compiono le scelte coniugali per le figlie, senza tenere in considerazione le implicazioni personali, dal momento che vedono in tali unioni uno strumento per rafforzare la famiglia, per risolvere la propria condizione economica e sociale o anche un modo per proteggere le bambine da indesiderati approcci sessuali.

⁵⁵ Art. 99 Codice della famiglia: "Ogni impedimento di una delle clausole stipulate all'interno dell'atto di matrimonio è considerato come un pregiudizio che costituisce una giustificazione alla domanda di divorzio giudiziaro".

⁵⁶ Cfr. KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di Famiglia in Marocco*, cit., p. 31 ss., la quale ricorda che tra gli hadith del profeta Mohammed ve n'è uno che recita: "Il più esecrabile degli atti legali, per Dio, è il divorzio".

La nuova Mudawwana, invece, riconosce ad entrambe le parti il diritto di chiedere il divorzio e la relativa richiesta, così come quella di ripudio⁵⁷, ha carattere giudiziale: il coniuge che intenda ripudiare la sposa, infatti, deve avanzare l'istanza di autorizzazione al tribunale competente sul territorio, depositando tale istanza presso due testimoni, *'adul*, abilitati a tale ruolo. Il Codice, inoltre, estende a favore della donna il diritto di chiedere il divorzio anche in caso di danno morale o finanziario subito⁵⁸ (ad esempio per abbandono del tetto coniugale o per mancato mantenimento).

La maggiore novità introdotta nel 2004 è stata il divorzio consensuale⁵⁹, *li-tifaq*, prima inesistente: l'art. 114 del nuovo testo di legge consente agli sposi di porre consensualmente fine alla loro relazione coniugale. In caso di ricorso congiunto di scioglimento consensuale, il giudice si limita ad esperire un solo tentativo di riconciliazione e, se questo fallisce, viene dichiarato lo scioglimento.

Nel caso ci sia prole, il Tribunale intraprende tre tentativi di riconciliazione, distanziati da un periodo minimo di trenta giorni l'un dall'altro: nel caso in cui non si giunga ad una riconciliazione, si procederà a dichiarare il divorzio e il Tribunale stabilirà una somma che lo sposo dovrà depositare entro trenta giorni, valutata in funzione della durata del matrimonio, della situazione finanziaria dello sposo, ma non della sposa, dei motivi del divorzio e del grado di abuso da parte dello sposo⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, p. 23 ss., la quale si sofferma sulla disciplina pregressa all'approvazione del nuovo Codice in materia di ripudio, per cui l'uomo conserva la facoltà di ripudio tradizionalmente riconosciutagli dalla *shari'a*. L'esercizio di tale facoltà, tuttavia, era già subordinato all'autorizzazione del giudice. L'art. 179 c.p.c. specifica all'art. 179 che il giudice, prima di autorizzare il ripudio, deve tentare la riconciliazione dei coniugi, eventualmente ricorrendo all'opera di due arbitri. Se il tentativo fallisce, il giudice dà l'autorizzazione, dopo aver fissato il deposito con cui il marito garantisce l'adempimento delle obbligazioni che nasceranno a suo carico dal ripudio. Effettuato il deposito, la dichiarazione di ripudio è raccolta da due *'adul*. L'atto di ripudio così redatto è omologato dal giudice, che fissa con un'ordinanza il mantenimento della donna durante il periodo di ritiro legale, il dono di consolazione e le questioni relative ai figli. I due coniugi si possono accordare sul ripudio dietro corrispettivo, *khol*, così come è consentito alla donna chiedere l'inserimento nel contratto di matrimonio della clausola di auto ripudio, in virtù della quale il marito le dà mandato a chiedere il ripudio contro se stessa.

⁵⁸ Il Codice della famiglia annovera tra i diritti finanziari della sposa ripudiata: la parte della dote prevista nell'atto di matrimonio come risarcimento in caso di divorzio; l'assegno di mantenimento per un periodo predeterminato successivo al ripudio; l'alloggio presso il domicilio coniugale.

⁵⁹ Diverso è divorzio dietro compenso, *khol*, che poneva la sposa in una condizione di evidente sottomissione all'arbitrio del marito, data la totale assenza di un controllo giudiziale sull'intera procedura, i cui effetti venivano mitigati dalla riconosciuta assistenza del tutore alla sposa minorenne, e del diritto della donna al versamento del corrispettivo solo nel caso in cui il suo consenso sia stato prestato spontaneamente e senza aver subito violenza o maltrattamenti.

⁶⁰ Cfr. Sheikh MOHAMMAD UTHMAN, *The essential of islamic marriage*, Dar Al Taqwa, Londra, 2003, p. 34 ss., il quale sottolinea che l'importo di tale somma deve tener conto delle spettanze

5. *Prospettive della donna marocchina nell'attuale società multiculturale e nuove tutele giuridiche: l'abrogazione dell'art. 475 del Codice Penale*

Anche all'interno della società marocchina, le dinamiche legate al diffondersi della multireligiosità e della interculturalità hanno alimentato l'emersione di numerosi movimenti che hanno promosso l'attuazione di tutele per la donna in linea con i livelli di protezione dei diritti fondamentali previsti in ambito internazionale.

A tale riguardo, il 28 marzo 2012 l'organizzazione *Human Rights Watch*, attraverso un'interrogazione con richiesta di risposta scritta alla Commissione europea, ha denunciato la necessità che il Marocco riveda e abroghi alcune delle sue leggi in materia di violenza domestica e stupro. Ciò alla luce del caso della giovane Amina Al Filali che, il 10 marzo 2012, si è suicidata ingerendo veleno per topi. Al Filali era stata costretta a sposarsi con l'uomo che l'aveva stuprata. I genitori della ragazza avevano presentato una denuncia nel 2011 davanti al Procuratore di Tangeri, nella quale dichiaravano che un uomo che veniva nel vicino villaggio di Khemis Sahel aveva stuprato la loro figlia. Nel settembre successivo il padre della vittima aveva presentato una petizione al giudice per permettere alla figlia di sposare l'uomo che l'aveva stuprata. La ragazza confermava il suo desiderio di sposare l'uomo e su questa base il Procuratore abbandonava le indagini sullo stupro, non facendo altro che applicare quanto disposto dall'art. 475, comma 2 del Codice Penale marocchino⁶¹.

Il precedente art. 475, comma 2, del Codice Penale, infatti, prevedeva che «quando una minorenne nubile, portata via o indotta a sposare il suo rapitore, quest'ultimo non può essere perseguito giudizialmente, salvo il caso di una denuncia da parte di uno dei soggetti abilitati a chiedere l'annullamento del matrimonio e può essere condannato solo a seguito della proclamazione dell'annullamento».

Secondo le tendenze culturali tradizionali in Marocco, una ragazza o una donna non sposata che ha perso la verginità, anche se per uno stupro, non è più nubile e ha disonorato la famiglia. Talune famiglie credono che sposare lo stupratore o il partner sessuale risolve il problema. Il Marocco non ha leggi specifiche sulla violenza domestica e in molti casi le vittime di stupro devono affrontare ostacoli per sporgere denuncia in quanto la donna che

matrimoniali dovute alla sposa e ai figli minorenni. In particolare, deve includere la parte di *mahr* eventualmente ancora non versata, un assegno di mantenimento per il periodo di ritiro legale e il dono di consolazione.

⁶¹ Il caso è stato riportato anche sul sito www.lemag.ma.

presenta denuncia rischia di essere a sua volta perseguita penalmente se lo stupratore viene assolto: il codice penale, infatti, considera reato persino il sesso consensuale fuori dal matrimonio.

Spinte per l'abrogazione del suddetto articolo si sono avute nel 2012 da parte di alcuni ministri del governo marocchino, che hanno chiesto una revisione e una possibile riforma del testo di legge in esame.

Dopo il via libera del governo del Partito islamico per la Giustizia e lo Sviluppo e il voto favorevole della Camera dei Consiglieri nel marzo 2013, la Camera dei Rappresentanti ha approvato all'unanimità, in seduta plenaria, un disegno di legge, abrogando il precedente art. 475 c.p. e prevedendo che «chiunque, senza violenza, minaccia o frode, rapisce o tenti di ingannare un minore di 18 anni è punito con la reclusione da uno a cinque anni e una ammenda da 200-500 dirhams».

A seguito di tale proposta, il testo di legge in esame, che consentiva allo stupratore di sfuggire alla giustizia in caso di matrimonio con la vittima dello stupro, è stato oggetto di abrogazione: il Parlamento marocchino ha votato il 22 gennaio 2013, abrogando definitivamente tale norma affinché uno stupratore non potesse più sottrarsi alla prigione, sposando la propria vittima.

Tale abrogazione è stata accolta con estrema benevolenza dagli attivisti per i diritti dell'uomo, dai politici di alcuni partiti quali l'*Union socialiste des forces populaires* (USFP), le *Parti du progrès et du socialisme* (PPS) e le *Parti Authenticit   et Modernit  * (PAM), nonch   da *Amnesty International* e dalla ministra francese dei diritti della donna e portavoce del governo francese, Najat Vallaud Belkacem.

L'abrogazione del testo di legge, tuttavia, si scontra con le tendenze culturali marocchine: fino a che famiglie e vittime continueranno a rifiutarsi di sporgere denuncia contro gli stupratori per evitare lo scandalo e la vergogna, il recente intervento legislativo non potr   sortire alcun effetto.

La maggior parte delle *nostre* donne, piuttosto,    ossessionata dal matrimonio e la maggior parte dei *nostri* uomini    ossessionata dalla verginit   e si oppone al matrimonio con una donna divorziata, vedova e ogni donna che ha perso tale caratteristica: solo un mutamento della mentalit  , congiunto ad un superamento di quella cultura pi   marcatamente tradizionalistica alla luce dei diritti inviolabili dell'uomo, potrebbe prevenire i cd. matrimoni di riparazione e consentire ad un'abrogazione che, ad oggi,    solo formale, di entrare a pieno titolo nella prassi.

Un simile contesto culturale rende la donna violentata un soggetto indesiderabile, utile solo allo sfruttamento sessuale al di fuori del contesto matrimoniale o, nella migliore delle ipotesi, costretta a sposare il suo stupratore per sfuggire all'inferno del nubilato. Per cui tra rimanere nubili e sposare il

proprio stupratore, le donne vittime di uno stupro nel *nostro* mondo preferiscono il matrimonio.

Resta il fatto che dinanzi a simili contesti culturali, qualunque normativa, per quanto avanguardista, stenterebbe a trovare rivolti concreti e una giusta attuazione: il relativo scontro non può essere vinto con l'imposizione coatta della norma dall'alto ma occorre partire dal basso, in via induttiva, dalle parole e dall'esperienza del quotidiano, per risalire alle formulazioni più astratte ed universalistiche, affinché siano le mentalità, i cd. *universi di senso* ad essere oggetto di "traduzione interculturale" e non le singole norme⁶².

⁶² Cfr. MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 81 ss.

L'integrazione della donna islamica nell'Europa contemporanea. Il caso di Granada

VANDA PETRELLA

1. *Il caso di Granada*

Il presente lavoro¹ raccoglie i risultati di un'indagine effettuata presso la Moschea Centrale di Granada, in occasione del suo X Anniversario, sottoponendo un questionario anonimo di trenta domande, personalmente elaborato, ad un campione eterogeneo (in quanto ad età, provenienza, stile di vita e status sociale) di donne musulmane, nel tentativo di approfondire il tema dell'integrazione della donna islamica nell'Europa occidentale, attraverso un confronto diretto che superi, ed al tempo stesso completi, il piano puramente normativo.

La Spagna, nel panorama europeo, rappresenta uno dei Paesi che, per ragioni storiche e geografiche, ha da sempre attratto numerosi musulmani, in particolar modo in Andalusia, dove la componente islamica può essere annoverata tra i connotati tipici del suo stesso patrimonio identitario. Nel 711 d.C., infatti, la Spagna fu conquistata dai popoli arabi e, tra le tante, la città di Granada, oltre ad essere stata uno dei centri economici e culturali di maggiore interesse, fu l'ultima città araba a resistere alla *reconquista* cattolica. Il trascorso storico di Granada fa sì che oggi la stessa si componga di una realtà estremamente variegata a livello etnico e culturale, caratterizzata dalla presenza di una foltissima comunità islamica.

Le informazioni raccolte posso essere suddivise in due categorie:

- la prima avente ad oggetto i dati personali delle intervistate, utili al fine di qualificare il campione e ricostruire il background sociale di provenienza;
- la seconda avente ad oggetto i giudizi di valore sul livello di integrazione percepito.

¹ Lo studio che segue è un esperimento sociale con finalità puramente informative e descrittive, scevro di qualsiasi finalità statistica.

Il campione esaminato è costituito da 66 donne musulmane² con età compresa fra i 16 ed i 59 anni, la cui provenienza può essere così rappresentata:



Grafico 1

Il primo dato interessante che emerge dal grafico è sicuramente l'eterogeneità del campione rispetto al Paese di provenienza. Dalle interviste effettuate risulta infatti che circa la metà delle donne è spagnola, il 23% proviene dall'Inghilterra ed il restante 31% da differenti Paesi, europei e non. Ad un'analisi più attenta si rileva inoltre che complessivamente l'86% del campione esaminato proviene dall'Europa e solo il restante 13% da Paesi extracomunitari.

Questo semplice dato testimonia che la maggior parte delle donne intervistate, nonostante pratici una religione che tradizionalmente rimanda a paesi lontani dall'Europa occidentale, è invece nata e cresciuta in uno stato dell'Unione Europea. Essendo le scelte religiose fortemente condizionate dal culto praticato nel proprio nucleo familiare, sulla base dei dati appena analizzati, è possibile inoltre ipotizzare che una buona percentuale delle donne musulmane europee intervistate provenga da famiglie islamiche radicate in uno Stato europeo, a conferma dunque degli studi che dimostrano che la presenza

² Per una trattazione completa sul tema della donna islamica si rinvia *ex plurimis* a SHAID AYATU 'LLAH MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna nell'Islam*, Centro culturale islamico europeo, 1988; DOLORS BRAMON, *Ser mujer y musulmana*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2009; MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, cit. pp. 943-951; GLORIA LÓPEZ DE LA PLAZA, *Mujer, agua y sequía: historia de una discriminación social en el Islam*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 1989; SOUAD EL HADRI, *Los derechos de la mujer en el Islam y su estatuto personal en el Magreb (Marruecos, Argelia, Tunèz)*, Fundación CeiMigra, Valencia, 2009; SIMONA STANO, *Sotto il velo dei media. Semiotica dell'hijab tra Oriente e Occidente*, in *Quaderni di donne e ricerca*, 25, 2012, pp. 15-32; IVANA TREVISANI, *Il velo e lo specchio: pratiche di bellezza come forme di resistenza agli integralismi*, Dalai, Milano, 2003.

islamica in Europa è frutto di un fenomeno secolare e non di recenti flussi migratori. Nell'ultimo decennio poi, la percentuale di persone musulmane, senza distinzione di genere, è aumentata vertiginosamente, come dimostrano le statistiche degli istituti di ricerca che, in Europa, registrano al 2005, su un totale di 457.000.000 di persone, la presenza di 20.000.000 di musulmani, pari cioè a circa il 5% della popolazione globale europea.

Questi numeri si inseriscono all'interno di una più ampia rivoluzione demografica, che vede la popolazione musulmana nell'Unione Europea più che raddoppiata nell'ultimo trentennio e che si prevede continuerà ad aumentare in futuro, anche in virtù del sempre più alto tasso di natalità degli immigrati, a dispetto dei più bassi tassi di natalità europea, tanto che secondo l'Istituto per le Politiche Migratorie degli Stati Uniti, nel 2050 sarà di fede musulmana un cittadino europeo ogni cinque³.

Le donne intervistate provengono da una famiglia composta mediamente da 6 membri, di ceto medio, in cui nel 60% dei casi anche la madre ha un lavoro autonomo o dipendente, indice dell'ottimo livello di integrazione delle famiglie di provenienza all'interno della società civile e della emancipazione della donna all'interno delle famiglie islamiche europee.

Il seguente grafico rappresenta in maniera sintetica lo *status sociale* delle donne intervistate:



Grafico 2

³ Si stima un crescita media annua dell'1,5 % dei musulmani a fronte dello 0,7% dei non musulmani. Sulla base di indagini scientifiche è stato stimato un incremento della popolazione musulmana di circa un terzo durante i prossimi venti anni, il che significa che la comunità islamica europea, se nel 2010 costituiva il 6% della popolazione europea, nel 2030 rappresenterà l'8%. In altre parole la componente musulmana in Europa passerà dai 44,1 milioni del 2010 a 58 milioni nel 2030 e si reputa che gli incrementi più consistenti si avranno nell'Europa occidentale e settentrionale. Dati estratti da PEW RESEARCH CENTER' S FORUM ON RELIGION & PUBLIC LIFE, *The global muslim population projections for 2010-2030*, 2011.

Dal grafico risulta che la porzione maggiore del campione, il 63 %, è nubile, e solo il 37% dichiara di essere coniugato: di questo, il 70% con un soggetto proveniente da un Paese europeo e solo l'altro 30% proveniente da un Paese extra-comunitario⁴.

Tra questi dati merita particolare attenzione quel 70 % delle donne intervistate sposate con cittadini europei, indicativo della crescita della comunità islamica in Europa, nonché dell'integrazione della cultura islamica nella nostra società⁵. I risultati sopraindicati posso dunque essere letti come una testimonianza del crescente radicamento della popolazione musulmana in Europa⁶ e come una conferma, seppur microscopica, degli studi statistici che prevedono nei prossimi quindici anni una notevole crescita dell'integrazione della cultura islamica in quella predominante europea⁷.

Una volta esaminati i dati di provenienza e *status* sociale, che concernono informazioni strettamente personali, è possibile ora passare in rassegna la durata e i motivi della permanenza in Spagna, circoscrivendo dunque l'ambito territoriale e focalizzandoci maggiormente sulla componente femminile musulmana a Granada.

⁴ Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Unioni di fatto, pluralismo religioso e reazione giuridica*, in AA. VV., *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1-15.

⁵ Cfr. BASSAM TIBI, *Euro-Islam l'integrazione mancata*, Marsilio, Venezia, 2003.

⁶ Sul tema cfr. AA. VV., *El pañuelo islámico en Europa*, a cura di AUGUSTÍN MOTILLA, Marcial Pons, Madrid, 2009; AA. VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, in AA.VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, cit., pp. ; AA. VV., *Tra Europa, e Islam: geopolitica del mediterraneo*, a cura di MARIA GRAZIA MELCHIONNI, GUIDO RAVASI, Edizioni Nagard, Milano, 2008; STEFANO ALLIEVI, *L'Islam in Europa. Una svolta storica*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 361-369; MAURICE BORROMANS, *L'Islam europeo. Antidoto al fondamentalismo?*, in AA.VV., *Il Fondamentalismo islamico*, Istituto italiano per l'Africa e per l'Oriente, Roma, n.3, 2006; MICHEL CAMDESSUS, JEAN DANIEL, UMBERTO ECO, ANDREA RICCARDI, *Islam e occidente, Riflessioni per la convivenza*, Laterza, Bari, 2002; FRANCO CARDINI, *Europa e Islam, storia di un malinteso*, Laterza, Roma-Bari, 1999; JOCELYNE CESARI, A. PACINI, *Giovani musulmani in Europa. Tipologie di appartenenza religiosa e dinamiche socio-culturali*, Edizioni Fondazione Agnelli, Torino, 2005; JOSEF FONTANA, *The Distorted Past: A Reinterpretation of Europe*, Oxford, Blackwell, 1995; TOMAS GERHOLM, YNGVE GEORG LIGHTMAN, *The New Islamic Presence in Western Europe*, Mansell, Londra, 1988.

⁷ Sono stati elaborati diversi modelli di integrazione, di convivenza culturale, sulla base delle dinamiche di interazione ed integrazione delle minoranze rispetto alla cultura prevalente. Per una trattazione completa del tema si rinvia, *ex plurimis*, a VINCENZO CESAREO, *Studi e riflessioni per lo sviluppo del dialogo interculturale*, in AA. VV., *Per una città delle culture. Dialogo interculturale e scuola*, a cura di CLARA DEMARCHI, NELLA PAPA, NUCCIA STORTI, Quaderni ISMU 3, 1998, p. 16; AA. VV., *Indici di integrazione. Un'indagine empirica sulla realtà migratoria italiana*, a cura di VINCENZO CESAREO, GIAN CARLO BLANGIARDO, Franco Angeli, Milano, 2009.



Grafico 3

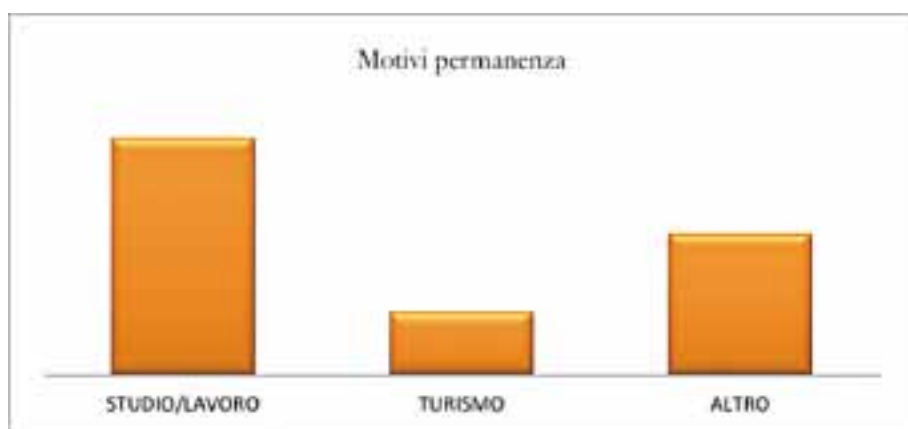


Grafico 4

Il grafico n. 3 rappresenta la durata della permanenza in Spagna del campione intervistato. Il 63% dichiara di vivere all'interno della società spagnola da oltre 10 anni, mentre il restante 36% si trova in Spagna da meno di 5 anni. Questa prima lettura del grafico fa emergere la stabilità della permanenza, quindi il forte radicamento delle donne intervistate nella società spagnola e costituisce la premessa necessaria per la lettura del grafico successivo, nel quale vengono analizzati i motivi della permanenza in Spagna. A tal riguardo il 54% dichiara di dedicarsi stabilmente ad un'at-

tività lavorativa⁸ o di formazione, contribuendo quindi in modo pratico al progresso della stessa società spagnola⁹.

La parte che riguarda le opinioni personali costituisce il centro dello studio, grazie al quale le donne intervistate hanno avuto modo di esprimere giudizi di valore, attraverso un sistema di risposte multiple e griglie di gradimento con una scala da 0 a 10. La prima domanda posta è se la differenza di culto costituisca un ostacolo nella vita sociale. Le risposte raccolte possono essere così sintetizzate:

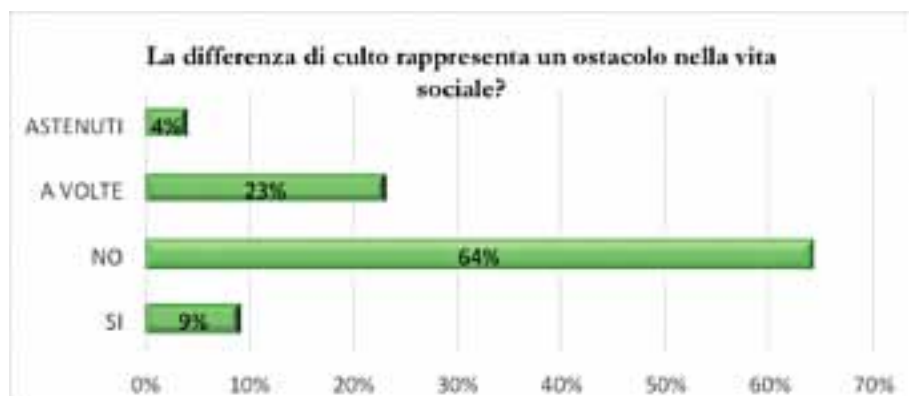


Grafico 5

Il primo dato significativo è costituito dalla risposta data dal 64% del campione intervistato, che dichiara che la differenza di culto non rappresenta un ostacolo nella vita sociale. Questo dato risulta particolarmente interessante poiché dello stesso possono essere fornite due interpretazioni.

Da una lato una percentuale così alta è indiscutibilmente indicativa di un alto grado di integrazione¹⁰ all'interno della società spagnola, e quindi di una piena espressione della libertà religiosa¹¹; tuttavia dall'altro lato la genericità

⁸ SILVIA MESEGUER VELASCO, *La integración de la diversidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales: la cuestión de las prácticas religiosas*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28, 2012, p.28 ss.

⁹ Sul tema dell'integrazione della cultura islamica in Europa si rinvia a GIOVANNI CIMBALO, *Nuovi modelli di relazione per il Diritto Ecclesiastico in Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, II, 2014, pp. 331-345; ANTONIO ANGELUCCI, *Una politica ecclesiastica per l'Islam?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 2014, pp. 141-158.

¹⁰ Cfr. ABU BAKR MORETTA, *Immigrazione e integrazione*, in AA. Vv., *Musulmani d'Occidente*, cit., p. 264 ss.

¹¹ Cfr. ISIDORO MARTIN SANCHEZ, *La libertad religiosa en España*, in *Derecho y Religión*, VII, 2012, p. 6 ss.

della domanda potrebbe aver indotto le donne intervistate a considerare non già l'intero contesto sociale granadino, bensì solo il proprio ambiente culturale di appartenenza, all'interno del quale è ovvio che la scelta di praticare il culto islamico funga da collante.

Tale osservazione sembra doverosa laddove si consideri che molte donne musulmane frequentano prevalentemente la propria comunità religiosa d'appartenenza, soprattutto in una città come Granada, dove, per ragioni storiche, la comunità islamica è particolarmente vasta. Se si considera poi che il 23% del campione intervistato dichiara di incontrare alcune volte ostacoli nella propria vita sociale, e lo si confronta con il dato precedentemente analizzato, risulta evidente che in linea generale una forma di integrazione è possibile, fermo restando che il livello di apertura di un ambiente sociale a nuove culture dipende inscindibilmente dal livello culturale e sociale delle persone che lo compongono.

Interessante risulta anche il 9% delle donne intervistate, che invece considera la pratica del proprio culto un ostacolo alla vita sociale. A tal proposito è bene ricordare che la religione, nella vita di un musulmano, ha una funzione totalizzante¹², pertanto è comprensibile che uno stile di vita imperniato sul rigoroso assolvimento dei precetti coranici, mal si concili con una cultura, come quella occidentale europea, sempre più laica. Nonostante ciò, è sorprendente notare come la percentuale che considera la propria religione un ostacolo alla realizzazione della propria persona all'interno di un contesto sociale sia veramente minima, costituendo solo il 9% dell'intero campione. Da qui la deduzione che a prescindere che si scelga di costruire la propria vita prevalentemente nell'ambiente culturale-

¹² Sulla funzione della religione nella vita di un musulmano cfr. AA. VV., *Compendio di diritto islamico*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2008; ALESSANDRO BAUSANI, *L'Islam*, Garzanti, Milano, 1980; PAOLO BRANCA, *Introduzione all'Islam*, Paoline, Milano, 1995; EMILIO BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Cacucci, Milano, 1943; OLIVIER CARRÉ, *L'Islam laico*, Il Mulino, Bologna 1997; FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007; AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2002; PAOLO FORTUNATO CUZZOLA, *Il diritto islamico*, Primiceri Editore, Pavia, 2013; ALFONSO DI NOLA, *L'Islam*, Newton Compton Editori, Roma 1989; NICOLA FIORITA, *Dispense di diritto islamico*, Firenze University Press, Firenze, 2002; WÆL B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, Il Mulino, Bologna, 2013; S. MURATA, W. C. CHITTICK, *The Vision of Islam*, Paragon House, St. Paul, 1995; CARLO ALFONSO NALLINO, *Diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti*, IV, Istituto per l'Oriente, Roma, 1942; TARIQ RAMADAN, *A proposito dell'Islam*, Edizioni Al Hikma, Imperia, 2006; JULIEN RIES, *I caratteri dell'Islam. Religioni del mondo*, Jaka Book, Milano, 2007; JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995; AGOSTINO SPATARO, *Per conoscere l'Islam. I fondamentalismi, la dottrina, il costume, la donna, gli Stati*, Associate, Roma, 1995; GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996; WILLIAM MONTGOMERY WATT, ALFORD T. WELCH, *Islam, Maometto e il Corano*, Milano, Jaka Book, 1981.

religioso di appartenenza, piuttosto che in un contesto maggiormente occidentalizzato, la forte presenza della cultura islamica a Granada consente, alla maggior parte del campione intervistato, di trovare il proprio spazio nel contesto sociale cittadino.

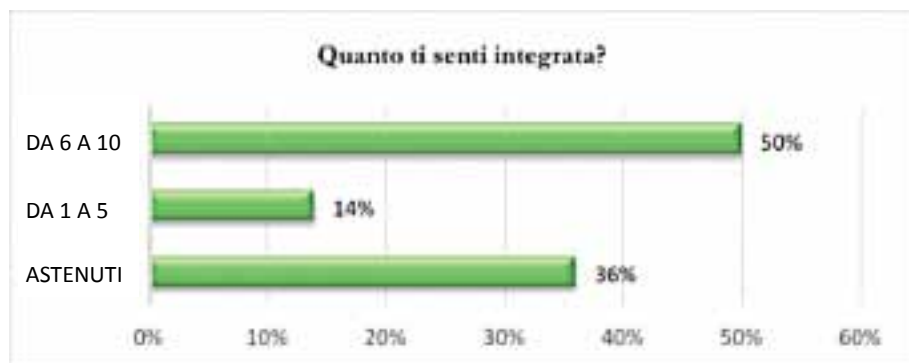


Grafico 6

Dal grafico n. 6 risulta che il 50% delle donne musulmane intervistate ritiene di essere ben integrata nella società spagnola, precisando che suddetta integrazione può essere riferita tanto all'ambiente sociale, quanto al contesto lavorativo o scolastico. Si evince inoltre che il 14% del campione intervistato non si sente sufficientemente integrato, potendo tale dato essere ricondotto, da un lato alla differenza di vedute e tradizioni tra la cultura islamica e quella europea, dall'altro al diffuso atteggiamento di chiusura verso la cultura islamica, che, inevitabilmente, crea delle distanze e degli ostacoli alla realizzazione del processo di integrazione.

Il 36 % del campione si è invece astenuto dal rispondere alla domanda. Tuttavia, sebbene non sia stata fornita una risposta definitiva, tale atteggiamento esprime chiaramente la voglia di non esporsi. Molte delle donne intervistate, infatti, si sono esplicitamente rifiutate di compilare il questionario, ritendendo che tutta l'attenzione rivolta alla condizione della donna islamica sia altamente discriminatoria ed ingiustificata, dal momento in cui non si sentono diverse dalle donne occidentali. La scelta di astenersi dal rispondere è inoltre indicativa del fatto che molte donne musulmane, sebbene siano integrate nella società civile spagnola, svolgendo un'attività lavorativa o formativa (come si legge nel grafico n. 4), non hanno interesse ad integrarsi completamente, cioè ad assimilarsi alla cultura predominante, preferendo vivere nella comunità islamica per conservare la propria identità e preservare le proprie radici. Tale dato conferma che la possibilità, offerta dal proces-

so di globalizzazione, che più culture convivano nella stessa società, non si traduce necessariamente in assimilazione dell'una all'altra¹³.

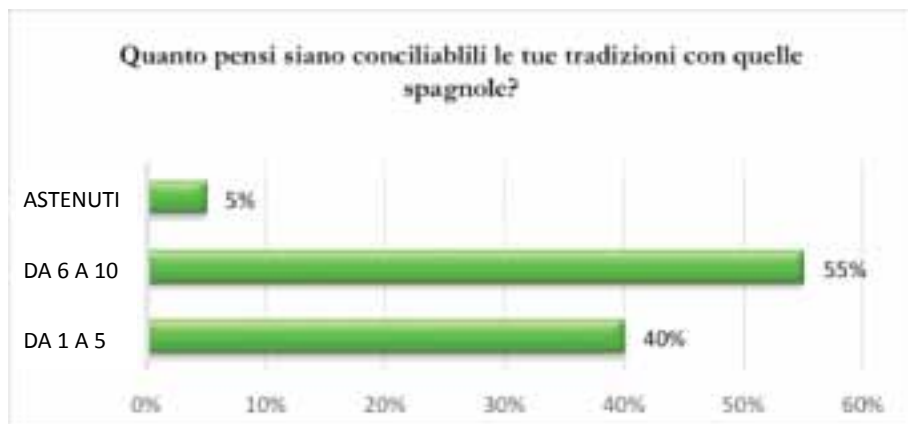


Grafico 7

L'ultimo grafico rappresenta una conferma ed un completamento del precedente, in quanto è stato chiesto alle donne intervistate quanto credono, in una scala da 0 a 10, che le tradizioni spagnole siano conciliabili con quelle islamiche, in altre parole fino a che punto ritengono possibile una convivenza, e per certi versi una commistione, tra le due culture. A parte quel 5% del campione che si è astenuto dal rispondere, il resto si è diviso in maniera abbastanza omogenea. Il 55% ha infatti dato un giudizio decisamente positivo, con un valore che oscilla tra il 6 ed il 10, mentre il restante 45% ha dato un giudizio negativo.

Il tema delle tradizioni è particolarmente delicato, in quanto alle stesse sono attribuite grandi responsabilità, essendo la memoria storica di un popolo, custodi dello spirito di una cultura, delle sue consuetudini più ancestrali e più autentiche.

La possibilità che le stesse vengano perpetuate e mantenute in vita rappresenta la possibilità che una cultura mantenga intatta la propria identità¹⁴.

¹³ Cfr. NEZAR ALSAYYAD, MAUNEL CASTELLS, *El Islam y la identidad cambiante de Europa*, in AA. Vv., *Europa musulmana o euro-Islam? Política cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, cit., p. 21 ss. Per una trattazione completa del tema si rinvia *ex plurimis* a Vincenzo CESAREO, *Studi e riflessioni per lo sviluppo del dialogo interculturale*, in AA. Vv., *Per una città delle culture. Dialogo interculturale e scuola*, a cura di CLARA DEMARCHI, NELLA PAPA, NUCCIA STORTI, Fondazione ISMU, Milano, 1998, p. 16; AA. Vv., *Indici di integrazione. Un'indagine empirica sulla realtà migratoria italiana*, a cura di VINCENZO CESAREO, GIAN CARLO BLANGIARDO, Franco Angeli, Milano, 2009.

¹⁴ Cfr. MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit. pp. 77-92; PIERLUIGI CON-

Tuttavia in un mondo in rapida evoluzione tutto cambia e si trasforma, anche le culture, attraverso influenze reciproche e contaminazioni. Dunque, il 55 % del campione esaminato che ritiene conciliabili le proprie tradizioni con quelle spagnole è espressione di una corrente di pensiero più moderna, probabilmente composta da donne di nuove generazioni che cercano di conciliare la conservazione della propria identità con l'apertura nei confronti delle altre culture, fermo restando il reciproco rispetto, essendo nate e cresciute in un contesto multiculturale e multireligioso. In altre parole alla consapevolezza della diversità tra le due culture corrisponde una elevata possibilità di conciliazione tra le stesse.

Il restante 45% invece testimonia l'esistenza dell'altrettanto presente tendenza conservatrice, che mira a porre dei limiti più definiti alla convivenza tra diverse culture, al fine di evitare che l'abbattimento delle barriere sociali si trasformi in una perdita di identità, in un graduale allontanamento dalle proprie origini e dal bagaglio di valori, tradizioni e consuetudini che caratterizzano una cultura, correndo il rischio che le nuove generazioni siano composte da cittadini di un mondo senza radici.

2. L'Europa contemporanea in bilico tra globalizzazione ed identità

Il punto di partenza del lavoro appena descritto è costituito dall'osservazione della graduale e profonda evoluzione dell'Europa contemporanea in senso multiculturale e multireligioso¹⁵. Tale processo affonda le proprie radici nell'ormai diffuso e consolidato fenomeno della globalizzazione¹⁶, intendendo per globalizzazione non solo l'abbattimento delle barriere economiche nazionali dei singoli Stati, ma, in un'accezione più generale, un

SORTI, *Diritto e religione*, cit., pp. 91-92; GIORGIO PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, I, 2008, pp. 119-151; NATASCIA MARCHEI, *La protezione penale della religione tra tutela del sentimento e tutela dell'identità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, cit., pp. 153-173; NEZAR ALSAYYAD, *Europa musulmana o Euro-Islam: a proposito de los discursos de la identidad y la cultura*, in AA. Vv., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, p. 30-53; NEZAR ALSAYYAD, MANUEL CASTELLS, *El Islam y la identidad cambiante de Europa*, in AA. Vv., *Europa musulmana o euro-Islam? Política cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, cit., pp. 21-25.

¹⁵ Cfr. SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 25-36; MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, pp. 58-70; PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Bari, 2010, pp. 181-193.

¹⁶ BILL ASHCROFT, GARETH GRIFFITHS, HELEN TIFFIN, *Key Concepts in Post-Colonial Studies*, Routledge, Londra, 1998, p. 110, scrivono che «La globalizzazione è quel processo per il quale la vita degli individui e delle comunità locali è influenzata da forze economiche e culturali che operano su scala mondiale. È, di fatto, un processo che ha ridotto il mondo intero ad un unico luogo».

complesso processo di interdipendenze sociali, culturali e giuridiche che investe le società europee attuali nella loro totalità, incidendo sulle relative dinamiche evolutive. Tra i molteplici effetti che la globalizzazione ha prodotto si registra, infatti, un forte arricchimento culturale delle realtà nazionali¹⁷, realizzato attraverso l'incontro, il confronto e talvolta la fusione tra diverse culture, ciascuna con il proprio bagaglio di valori, tradizioni ed istituti giuridici.

In tale dimensione aperta e globalizzata, la multireligiosità costituisce inevitabilmente un connotato intrinseco dell'Europa contemporanea, la quale è quotidianamente chiamata ad affrontare la dura sfida dell'integrazione¹⁸. Diventa dunque necessario, per le istituzioni nazionali e sovranazionali, attrezzarsi giuridicamente per affrontare nel modo migliore suddetta metamorfosi, garantendo a ciascun individuo adeguate forme di protezione dei propri diritti, con particolare attenzione a quelli attinenti la libertà di religione¹⁹.

Uno degli aspetti più interessanti del multiculturalismo proprio delle società contemporanee è rappresentato dal confronto e dall'interazione della cultura europea occidentale con quella islamica che, nell'immaginario collettivo, appaiono tanto diverse quanto inconciliabili, al punto che il politologo statunitense Samuel Huntington ha elaborato, sulla base di tale convinzione, il paradigma del *clash of civilization*²⁰, una teorizzazione dello scontro tra

¹⁷ Cfr. SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, cit., pp. 9-14; EDDY LEE, MARCO VIVARELLI, *Understanding Globalization, Employment and Poverty Reduction*, ILO, Ginevra, 2004.

¹⁸ MARIO RICCA, «Multireligiosità» «multiculturalità» «reazioni dell'ordinamento». Tre segnavia per il diritto interculturale, in ANTONIO FUCCILLO, *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 157.

¹⁹ All'interno del panorama dottrinale *ex plurimis* si rinvia a AA. VV., *La libertà religiosa*, a cura di MARIO TEDESCHI, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002; RINALDI BERTOLINO, *La libertà religiosa e gli altri diritti umani*, in *Il diritto ecclesiastico* I, 1996; GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Cacucci, Bari, 2007; ANTONIO FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005; GAETANO LO CASTRO, *La libertà religiosa e l'idea di diritto*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1996; MARIO TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Arcos de la Frontera, 1989, pp. 213-239; SERGIO FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, p. 19-22, 60-64; ALESSANDRO FERRARI, *Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca deregulation e super-specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, in *Il diritto ecclesiastico*, III, 2010, pp. 673-695; MAURO BARBERIS, *Libertà religiosa*, in *Ragion pratica*, I, 2013, pp. 175-190; AA. VV., *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di GIUSEPPE CASUSCELLI, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 67-82, 91-99; RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 187-233.

²⁰ La teoria del *clash of civilizations* è contenuta in SAMUEL PHILLIPS HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 2000, p. 319 ss. Con specifico riferimento allo scontro tra Occidente ed Islam, SAMUEL PHILLIPS HUNTINGTON scrive che «Il vero problema per l'Occidente non è il fondamentalismo islamico, ma l'Islam in quanto tale, una civiltà diversa le cui

la cultura occidentale e quella islamica: la prima intesa come sinonimo di civiltà e democrazia, la seconda quale sinonimo di fanatismo ed arretratezza, pertanto le stesse antitetiche e destinate allo scontro. Tale teoria ha poi avuto molto successo, soprattutto a seguito dei tragici eventi che si sono verificati a partire dall'11 settembre 2001 e che hanno alimentato la diffusione di istanze xenofobe e razziste nei confronti della popolazione musulmana²¹.

Tale atteggiamento di diffidenza si fonda principalmente sull'erronea identificazione del musulmano con il mondo medio-orientale²², nella convinzione che l'Islam sia assolutamente monolitico²³ e privo di varietà culturale, tralasciando invece che un soggetto, seppur islamico, si caratterizza per molteplici elementi del tutto peculiari alla sua personalità, quali nazionalità, tradizioni, cultura, origini etniche ed educazione, essendo l'identità dei musulmani quella di un insieme di popoli culturalmente molto diversi che condividono la stessa idea religiosa, la quale «non può essere elevata a rango di unico elemento identificativo di un individuo o di una collettività»²⁴. Tra i luoghi comuni più diffusi che ostacolano una sana integrazione della cultura musulmana in quella europea, vi è inoltre l'associazione dell'Islam con l'Islamismo²⁵, che confonde l'Islam inteso come insieme di atti di fede, pratiche rituali e norme comportamentali che caratterizzano la vita di un musulmano,

popolazioni sono convinte della superiorità della propria cultura e ossessionate dallo scarso potere di cui dispongono». E ancora «al crescente antioccidentalismo musulmano ha fatto riscontro da parte occidentale il crescente timore della “minaccia islamica” e in particolare dell'estremismo musulmano. Il mondo islamico è considerato una fonte di proliferazione nucleare, di terrorismo, nonché – in Europa – di immigrazione indesiderata. Questi timori sono condivisi sia dalle classi dirigenti che dall'opinione pubblica in generale [...]».

²¹ Cfr. ANNAMARIA RIVERA, *Islam e Occidente: un tragico gioco di specchi*, in AA.VV., *L'inquietudine dell'Islam*, a cura di ANNAMARIA RIVERA, Edizioni Dedalo, Bari, 2002, p. 18.

²² Hanno contribuito alla diffusione di tale idea una molteplicità di fonti, tra cui ANNAMARIA RIVERA, *Islam e Occidente: un tragico gioco di specchi*, in AA.VV., *L'inquietudine dell'Islam*, cit., p. 21, la quale scrive che «dall'educazione scolastica alla letteratura colta e popolare, dalle più varie espressioni artistiche agli studi specialistici, dalla fiction cinematografica al fumetto, dalla cultura folclorica ai mass media». Si veda anche CLARA GALLINI, *Giochi pericolosi. Frammenti di un immaginario alquanto razzista*, Manifestolibri, Roma, 1996.

²³ Cfr. ANNAMARIA RIVERA, *Islam e Occidente: un tragico gioco di specchi* AA.VV., *L'inquietudine dell'Islam: fra tradizione, modernità e globalizzazione*, cit., pp. 18-28; BASSAM TIBI, *Los inmigrantes musulmanes de Europa: entre el Euro-Islam y el gueto*, in AA.VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, a cura di NEZAR ALSAYYAD, MANUEL CASTELLS, Alianza, Madrid, 2003, pp. 63-65.

²⁴ BASSAM TIBI, *Los inmigrantes musulmanes de Europa: entre el Euro-Islam y el gueto*, in AA.VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, a cura di NEZAR ALSAYYAD, MANUEL CASTELLS, cit., p. 64.

²⁵ Cfr. BURHAN GHALIOUN, *Islam e Islamismo. La modernità tradita*, Editori Riuniti, Roma, 1998, p. 24 ss.

con l'islamismo inteso come corrente politica e trasformazione della fede in ideologia, tradizionalmente ostile alle influenze occidentali²⁶. La differenza tra i due termini, a ben vedere, è evidente: il primo cerca di insegnare agli uomini come vivere in accordo con la volontà divina, in un ordine precostituito, laddove invece il secondo aspira a creare un ordine nuovo. In altre parole l'Islam, essendo un credo personale enfatizza la dimensione individuale, mentre l'islamismo, in quanto ideologia politica, ragiona in una dimensione collettiva.

Sebbene il rapporto con l'Islam abbia avuto grande rilievo mediatico²⁷ negli ultimi anni, la penetrazione della cultura islamica è un fenomeno che risale a decenni fa, frutto di flussi migratori più o meno intensi, che hanno favorito il radicamento di generazioni di musulmani negli stati europei²⁸. L'integrazione della religione e della cultura islamica in Europa risale infatti a secoli fa, basti pensare che in Francia, Germania e Gran Bretagna, più che negli altri paesi europei, vivono generazioni di musulmani arabi, africani, magrebini e turchi²⁹ e tanto basta a farci riflettere su come, nell'Europa contemporanea, la cultura musulmana non sia poi così estranea alla nostra, costituendo essa una religione europea, un tratto fondamentale della nostra società e dell'identità collettiva europea, sebbene, per il momento, non venga ancora riconosciuta come tale.

3. *La donna musulmana in Europa*

Uno degli aspetti più interessanti nella dialettica tra Occidente ed Islam è rappresentato dal ruolo della donna nelle rispettive culture, in quanto il rapporto tra donne musulmane e cultura islamica viene spesso letto come inconciliabile ed antitetico rispetto al modello della donna occidentale³⁰.

²⁶ Cfr. BURHAN GHALIOUN, *Islam e Islamismo. La modernità tradita*, cit., p. 92 ss.

²⁷ YUNUS 'ABD AL-NUR DISTEFANO, *L'informazione sull'Islam nella comunicazione mediatica*, in AA. VV., *Musulmani d'Occidente*, a cura della CO. RE. IS. (Comunità religiosa Islamica Italiana), Milano, CO. RE. IS., 2005, p. 210 ss.

²⁸ Cfr. NEZAR ALSAYYAD, *Europa musulmana o Euro-Islam: a proposito de los discursos de la identidad y la cultura*, in AA. VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, cit., p. 30.

²⁹ NEZAR ALSAYYAD, *Europa musulmana o Euro-Islam: a proposito de los discursos de la identidad y la cultura*, in AA. VV., *¿Europa musulmana o Euro-Islam? Política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización*, a cura di NEZAR ALSAYYAD, MANUEL CASTELLS, cit., p.30.

³⁰ Cfr. MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, IV, 2002, pp. 943-951.

A tal riguardo, nella religione islamica, il Corano, nella sura IV al versetto numero 34, stabilisce esplicitamente la sottomissione della donna all'uomo³¹ all'interno della società, sottomissione che tuttavia non rappresenta una condizione di inferiorità della donna, ma semplicemente un'espressione della naturale diversità all'interno della comunità dei credenti. In altre parole, si tratta di una diversità di funzioni, che rispecchia «non una disuguaglianza, ma una diversità naturale, poiché voluta da Dio, tra i generi maschile e femminile»³². Pertanto non si traduce in mera obbedienza all'autorità maschile, ma in sottomissione a Dio, attraverso la realizzazione del proprio essere donna.

Il diritto islamico, in quanto diritto religioso, riafferma nelle sue prescrizioni suddetta diversità funzionale e naturale dei sessi, prevedendo dei meccanismi di protezione della donna in materia matrimoniale e patrimoniale³³. Tali norme sanciscono «una disparità dal punto di vista strettamente giuridico, ma sono espressioni della differenza specifica e connaturale sul piano sociale tra uomo e donna, in cui si estrinseca la diversità di manifestazione divina nella vita sociale e nei suoi rapporti giuridici»³⁴, rispondendo esclusivamente a finalità spirituali, proprie dell'ambito religioso. Nei moderni ordinamenti europei la produzione di norme giuridiche laiche e svincolate dal piano religioso, offre quindi una tutela giuridica di genere che manca negli ordinamenti islamici, laddove le fonti religiose sono anche fonti giuridiche e dove la mancanza di un legislatore statale impedisce una concreta tutela di genere all'interno della società civile, essendo quella religiosa l'unica dimensione rilevante.

Una delle questioni più annose e dibattute, che ha coinvolto la donna musulmana, e ancor di più la donna musulmana europea, è la c.d. questione del velo islamico, uno dei simboli più evidenti della diversità tra Oriente e Occidente e della presupposta inferiorità ed arretratezza del primo rispetto al secondo³⁵.

Il crescente numero di migranti musulmane stanziato in territorio euro-

³¹ «Gli uomini sono preposti alle donne, perché Dio ha prescelto alcuni esseri sugli altri e perché essi spendono [per esse] i loro beni». Corano, IV, 34.

³² MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 946.

³³ Il tema è ampiamente approfondito in EMILIO BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, ISPI, Milano, 1943.

³⁴ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, cit., pp. 946.

³⁵ Cfr. SIMONA STANO, *Sotto il velo dei media. Semiotica dell'hijab tra Oriente e Occidente*, in «Quaderni di donne e ricerca», cit., p. 1 ss.

peo e le informazioni divulgate dai media³⁶, hanno posto questo oggetto al centro di accesi dibattiti culturali e politici, nonché al centro dell'attenzione mediatica. Tuttavia non sempre ad un alto grado di visibilità corrisponde un altrettanto livello di conoscenza, al contrario spesso il velo islamico è al centro di discussioni che forniscono un'immagine parziale e talvolta distorta del suo significato, assurgendo lo stesso ad emblema di un Islam arretrato, barbaro e violento, irrispettoso dei diritti e della dignità delle donne, private dei diritti fondamentali dell'umanità³⁷. A tal riguardo, più volte è stato denunciato il carattere fortemente riduzionista di simili rappresentazioni, mettendo in evidenza la polisemia di tale simbolo, nonché l'impossibilità di prescindere dal contesto di riferimento, quindi l'inattendibilità di un discorso univoco e generalizzante.

In un contesto dominato dal principio di libertà religiosa, quale quello dell'Europa occidentale contemporanea, il tradizionale velo islamico³⁸ esprime semplicemente la propria vocazione religiosa³⁹. Il rischio determinato dal fraintendimento di questo simbolo proviene forse dalla confusione generata dalle sue molteplici, e il più delle volte mistificanti, versioni ed applicazioni, pertanto è bene chiarire che quando parliamo del velo islamico parliamo dell'*hijab*⁴⁰, cioè quel foulard, di vari colori e grandezze che, nascondendo i capelli, copre il capo e che la religione islamica impone di indossare solo nei momenti legati alla preghiera e nei luoghi sacri. La facoltà di indossarlo anche al di fuori di suddette circostanze risponde all'esigenza di esteriorizzare, attraverso tale simbolo, la propria sottomissione a Dio.

L'uso del velo islamico ha dunque una duplice valenza, essendo allo stesso tempo espressione della libertà religiosa e simbolo di appartenenza culturale-religiosa all'Islam; testimonianza di fede ed elemento di distinzione delle donne islamiche rispetto ai predominanti costumi non musulmani⁴¹.

³⁶ YUNUS 'ABD AL-NUR DISTEFANO, *L'informazione sull'Islam nella comunicazione mediatica*, in AA. VV., *Musulmani d'Occidente*, cit., p. 218 ss.

³⁷ Cfr. SIMONA STANO, *Sotto il velo dei media. Semiotica dell'hijab tra Oriente e Occidente*, in «Quaderni di donne e ricerca», cit., p. 2 ss.

³⁸ Per una trattazione completa dei tipi di velo islamico cfr. *Encyclopédie de l'Islam*.

³⁹ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», Giuffrè, 2002, vol. 31, num. 4, p. 947, la quale scrive: «Lungi dall'essere un segno esteriore di mortificazione della donna, come da parte della cultura occidentale mediatica viene considerato, per le donne musulmane rappresenta la manifestazione di fede alla religione islamica e alle sue norme e tradizioni».

⁴⁰ Nel Corano il termine *hijab* compare sette volte, ma mai in riferimento specifico a capi d'abbigliamento: nella sura XIX, 17- nella sura VII, 46- nella sura XLII, 51- nella sura XLI, 5- nella sura XXXIII, 53- nella sura XXXVIII, 32- nella sura VII, 45.

⁴¹ Occorre specificare che, a seconda dei contesti geografici e sociali, esistono vari tipi di velo,

Il termine *hijab*, infatti, nel Corano è utilizzato con il significato di “tenda che separa” la sfera interiore da quella esteriore, che metaforicamente delimita e protegge il sacro dal profano⁴². Rappresenta dunque l'elemento di separazione tra la sfera privata e quella pubblica, «il limite esteriore che, stemperandone la vanità ed esaltandone la modestia e la riservatezza, simbolicamente protegge la donna che lo indossa dalle possibili contaminazioni derivanti dal mondo esterno»⁴³.

Il velo islamico «preserva, in un certo senso, la purezza spirituale della donna, e dunque, per il suo tramite anche della comunità musulmana, dalle possibili influenze corruttrici esterne»⁴⁴. Da questo punto di vista rappresenta una sorta di rifiuto dei modelli diversi dalla propria tradizione, tipico di ogni affermazione identitaria, divenendo in tal senso uno strumento di controllo dell'integrità dei valori in cui ci si riconosce.

È anche vero però che il velo, al di fuori del contesto europeo, rappresenta un'arma a doppio taglio. Infatti, negli Stati guidati da movimenti fondamentalisti dei militanti radicali musulmani, l'obiettivo politico è costituito dall'instaurazione dell'“ordine islamico”, cioè la regolazione della morale, necessaria a restaurare e garantire la purezza della società islamica, la cui attuazione passa inevitabilmente attraverso il controllo del ruolo della donna e la regolazione della sua vita in tutti gli ambiti sociali⁴⁵. In tali circostanze «l'uso del velo, imposto alle donne per legge, acquista una semantica di spessore non solo più spirituale e di espressione della libertà religiosa, ma essenzialmente politico»⁴⁶, divenendo così, da segno di appartenenza culturale, segno di appartenenza ideologica.

diversi per caratteristiche e forme di utilizzo. «I modi di indossare il velo sono tanti. Uno se si viene dalla città, un altro se si viene dalla campagna, uno se si è anziane, un altro se si è giovani, oltre naturalmente alle variabili individuali». IVANA TREVISANI, *Il velo e lo specchio: pratiche di bellezza come forme di resistenza agli integralismi*, Dalai, Milano, 2003, p. 177. Con queste parole Ivana Trevisani fa riferimento alla sorprendente varietà di veli esistenti e all'incredibile diversità di modi di indossarli.

⁴² Cfr. MIRCEA ELIADE, *Trattato di storia delle religioni*, Boringhieri, Torino, 1972.

⁴³ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in «Diritto di famiglia e delle persone», cit., p. 949.

⁴⁴ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in «Diritto di famiglia e delle persone» cit., p. 949.

⁴⁵ A tal proposito occorre ricordare che all'interno dell'Islam coesistono correnti moderate e integraliste; non potendo trattare più dettagliatamente l'argomento in questa sede si rimanda in particolare a ALESSANDRO BAUSANI, *L'Islam*, Grazanti, Milano, 1980; PAOLO BRANCA, *Introduzione all'Islam*, Paoline, Milano, 1995; FRANCO CARDINI, *Europa e Islam, storia di un malinteso*, Laterza, Roma-Bari, 1999; NASR SEYYED HOSSEIN, *Ideali e realtà dell'Islam*, Rusconi, Milano, 1974.

⁴⁶ MARIA D'ARIENZO, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», cit., p. 949.

In tale prospettiva politico-ideologica di epurazione e moralizzazione, l'imposizione del velo in pubblico, oltre a rendere manifesta l'indisponibilità della donna rispetto ad eventuali molestie maschili, rappresenta uno strumento di protezione del valore del corpo femminile e quindi dell'unità della comunità e della purezza dell'ordine sociale.

Considerato quanto detto, è evidente che l'indossare il velo costituisce esercizio della libertà religiosa quando è frutto di una scelta spontanea, libera ed incondizionata, che risponde ad esigenze spirituali; quando invece viene imposto, limitando la possibilità di scelta e quindi la libertà religiosa, si rivela uno strumento di oppressione della condizione femminile. Volendo utilizzare una classificazione proposta dall'antropologa Annamaria Rivera, bisogna, in definitiva, distinguere tra «il velo liberamente scelto, quello imposto dai poteri in base a strategie politiche o identitarie e il semplice velo come costume tradizionale»⁴⁷, caratterizzandosi quest'ultimo per la mancanza di consapevolezza e di volontà di essere un elemento rappresentativo, distintivo, configurandosi semplicemente come un'abitudine riflessa⁴⁸.

Nella fattispecie, per le donne migrate in Occidente, sempre più spesso il foulard rappresenta uno strumento di rivendicazione della propria identità e allo stesso tempo di difesa nei confronti di una società che spesso le vorrebbe assimilate al resto della popolazione, in un certo senso invisibili nella loro alterità. «Esse ricorrono al velo proprio per acquisire, paradossalmente, la visibilità che si cerca di negar loro»⁴⁹.

La questione poi si complica notevolmente per le nuove generazioni islamiche, nate e cresciute in Europa, orfane di cultura, tradizione e riferimenti autorevoli accettabili e accettati, per le quali il velo «diventa affermazione d'appartenenza e simbolo di identità culturale esibito per chiedere riconoscimento e rispetto»⁵⁰. In un'epoca come la nostra, caratterizzata dal multiculturalismo e dal pluralismo religioso, la convivenza e la commistione di

⁴⁷ ANNAMARIA RIVERA, *La guerra dei simboli. Veli postcoloniali e retoriche sull'alterità*, Dedalo, Bari, 2005, p. 30.

⁴⁸ Concorda con questa visione anche Ivana Trevisani, secondo la quale: «In molti casi per le donne il velo non ha più alcun significato, ma è un'abitudine acquisita proprio negli anni di formazione della personalità e quindi radicata nel profondo, come parte di sé, come rappresentazione di sé nel mondo. Senza quel segno, quel frammento di sé, si sentirebbero a disagio, perse in una sorta di spaesamento, irriconoscibili persino a loro stesse». IVANA TREVISANI, *Il velo e lo specchio: pratiche di bellezza come forme di resistenza agli integralismi*, cit. p. 186.

⁴⁹ SIMONA STANO, *Sotto il velo dei media. Semiotica dell'hijab tra Oriente e Occidente*, in «Quaderni di donne e ricerca», cit., p. 16.

⁵⁰ IVANA TREVISANI, *Il velo e lo specchio: pratiche di bellezza come forme di resistenza agli integralismi*, cit. pp. 193-194.

culture diverse, se da un lato hanno reso le democrazie occidentali meno omogenee dal punto di vista culturale e religioso, dall'altro lato hanno rafforzato il senso d'identità culturale, di appartenenza alle proprie tradizioni, a cui corrisponde una «reviviscenza dei simboli, soprattutto quelli religiosi, che rappresentano gli unici rimedi di fronte al crescente bisogno di coesione sociale e di una forte identità collettiva»⁵¹.

La riflessione sulla donna islamica nell'Europa contemporanea, rappresenta dunque l'angolazione prospettiva ideale per guardare alla multiculturalità⁵² europea nella sua totalità, laddove le identità etniche, culturali e storiche risultano totalmente stravolte rispetto ai canoni delle tradizionali istanze nazionalistiche e dove, tuttavia, la mancata accettazione della diversità come tratto consustanziale della nostra società impedisce il riconoscimento di una identità collettiva europea, generando nei cittadini europei un comprensibile senso di disorientamento, in bilico tra globalizzazione ed affermazione dell'identità.

Al fine, dunque, di favorire una reale integrazione tra culture differenti, sembra necessario un cambio di prospettiva, che consenta di abbandonare la prospettiva multiculturale declinata in chiave assimilazionista, la quale tende ad appiattire le minoranze culturali e ad assimilarle alla cultura predominante, per sposare invece la politica del pluralismo culturale, che, offrendo lo stesso spazio a tutte le culture e garantendo il rispetto e l'effettiva attuazione della libertà religiosa, ne promuove la pacifica convivenza ed integrazione.

Solo in questo modo si potrà superare la tradizionale ed obsoleta idea che vede opposti Occidente ed Islam, in favore di un «paradigma che

⁵¹ FRANCESCA GRANDE, ANTONIO LA BELLA, DOMENICO CAPPADONA, *Il valore del simbolo*, Università degli studi Roma Tre, Facoltà di giurisprudenza, Cattedra di diritto delle istituzioni religiose prof. CARLO CARDIA, Roma, A.A. 2010/2011.

⁵² Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, 2010, pp. 181-193, Per una trattazione completa del tema della multiculturalità e multireligiosità si rimanda, *ex plurimis*, a RAFFAELE BALBI, *Diritto ed esigenze di una società multiculturale e multireligiosa: premesse introduttive*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 29 ss.; GATENAO DAMMACCO, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 81; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Multiculturalismo e aconfessionalità: versioni attenuate dei principi di pluralismo e laicità*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 109; S. FERLITO, *Società multireligiosa e interpretazione normativa*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 143; PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 197; ANTONIO FUCCILLO, *La multireligiosità tra possibile "normazione" ed ipotetica "autonormazione"*, in AA. VV., *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 267.

valorizzi la continuità e la complementarietà fra i due termini»⁵³ e che ci consenta di iscriverli nel comune spazio storico-culturale del Mediterraneo, perché l'Europa oggi non sarebbe ciò che è se non avesse conosciuto la cultura islamica.

⁵³ ANNAMARIA RIVERA, *Islam e Occidente: un tragico gioco di specchi*, in AA.VV., *L'inquietudine dell'Islam*, a cura di ANNAMARIA RIVERA, cit. p. 14.

Il consolidamento dei principi in materia di libertà di religione e tutela delle minoranze nel diritto internazionale: il contributo di Woodrow Wilson e della Conferenza di Parigi

SILVIA ANGIOI

1. Premessa

Nel diritto internazionale contemporaneo – e più in particolare nell’ambito delle norme che il diritto internazionale pone a presidio delle libertà fondamentali – il diritto alla libertà di religione è considerato un caposaldo, tanto da essere annoverato, da alcuni strumenti internazionali, fra i cosiddetti diritti inderogabili¹. Malgrado la sua centralità nel più generale contesto dei diritti inalienabili attribuiti all’individuo – centralità motivata anche dalla stretta interconnessione con il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e con il diritto alla libertà di espressione – è tuttavia indubbio che l’affermazione del diritto alla libertà di religione, per le evidenti implicazioni di carattere politico, sociale e soprattutto culturale che la stessa presenta, è apparsa ed appare tutt’ora assai controversa². Il problema del riconoscimento del diritto di esprimere e professare il credo di appartenenza ha infatti, storicamente e ciclicamente, mostrato un forte potenziale destabilizzante ed ha rappresentato un tradizionale fattore di conflitto. Da questo punto di vista, appare evidente l’esistenza di una diretta correlazione tra il problema della libertà di religione ed il problema della tutela delle minoranze: come

¹ È il caso del Patto sui diritti civili e politici del 1966 (art.4) e della Convenzione americana per i diritti dell’uomo (art.27).

² Sul vasto tema del diritto alla libertà di religione nel diritto internazionale si rimanda, fra i numerosi contributi a ALENKA KUHLEY, *Religious Freedom in European Democracies*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2005, p. 1 ss.; PAUL M. TAYLOR, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2005; JAVAID REHMAN, SUSAN C. BREAU (eds), *Religion, Human Rights and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007; SAMANTHA KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007; JOHN WITTE, M. CHRISTIAN GREEN, *Religious Freedom, Democracy, and International Human Rights*, in *Emory International Law Review*, 2009, p. 583 ss.; ANAT SCOLNICOV, *The Right to Religious Freedom in International Law*, Routledge, London, 2011.

si avrà modo di mettere in evidenza nel prosieguo, la necessità di affermare e garantire i diritti degli appartenenti a gruppi minoritari si è infatti posta, storicamente, innanzitutto sotto il profilo confessionale, prima ancora che sotto il profilo linguistico o culturale.

È noto altresì che sebbene il processo di adozione di norme internazionali in materia di diritti umani abbia preso avvio in maniera definitiva a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, grazie in particolare al ruolo svolto da alcune organizzazioni internazionali – Nazioni Unite *in primis* – è altrettanto vero che già dopo la fine della prima guerra mondiale furono poste le basi per gli sviluppi futuri della materia. Da questo punto di vista la Conferenza di Parigi – durante la quale furono negoziati sia i trattati di pace che chiusero la fase del conflitto, sia il *Covenant* istitutivo della Società delle Nazioni – rappresentò un fondamentale momento di confronto, innanzitutto sul piano ideologico. L'approccio idealista e liberale del Presidente americano Wilson, che si fece promotore di una serie di fondamentali principi che si sarebbero dovuti porre a fondamento di un nuovo sistema di relazioni internazionali, dovette fare i conti con un approccio, diffuso invece tra i paesi europei, che appariva più realista, se non addirittura scettico circa la possibilità di garantire una piena affermazione di quegli stessi principi tramite, innanzitutto, il conferimento alla costituenda Società delle nazioni di un mandato ampio e di un correlativo ruolo decisionale. La definizione di un sistema di regole idoneo a porre le basi di un nuovo ordine mondiale avrebbe dovuto attendere non poco ed avrebbe richiesto l'ulteriore tragico esperimento della seconda guerra mondiale; tuttavia, nel corso dei lavori della Conferenza di Parigi, furono esperiti i tentativi necessari a prefigurare un sistema di norme internazionali fondato su un insieme di principi fra i quali trovarono un proprio *locus standi* anche il principio della libertà di religione e il principio della tutela delle minoranze.

Al problema della tutela della libertà di religione e della tutela dei diritti delle minoranze fu dedicata una particolare attenzione durante il negoziato ed il processo di ridefinizione degli assetti politici e territoriali, esito di quel medesimo negoziato, fu senza dubbio condizionato dalla necessità di adottare a livello internazionale norme che, garantendo la salvaguardia di diritti considerati fondamentali, avrebbero dovuto contribuire, nell'ottica dei negoziatori, ad eliminare un tradizionale fattore di conflitto e di destabilizzazione. Da questo punto di vista, il presidente Wilson svolse un ruolo di primaria importanza: è infatti indubbio che pur restando fermi i limiti che caratterizzarono il sistema degli accordi – sia degli accordi di pace, sia dei cosiddetti *Minority treaties* – adottati a seguito della Conferenza di Parigi, l'affermazione del principio della libertà di religione così come del principio

della tutela delle minoranze, deve molto all'*input* che il pensiero politico e l'azione di Wilson dettero in quella direzione. L'esigenza di tutelare tali libertà non fu infatti, in quella importante fase storica, mera espressione di un orientamento ideologico-politico, ma diede impulso all'avvio di un processo di consolidamento di una serie di norme nell'ambito dell'ordinamento internazionale, che, come si è precisato in apertura, hanno ormai assunto una rilevanza fondamentale.

2. Libertà di religione e tutela delle minoranze nel sistema previgente la prima guerra mondiale

Si è soliti rintracciare i prodromi normativi in materia di libertà di religione nel sistema dei trattati di Westfalia: questi ultimi oltre ad avere assunto un preciso e simbolico significato in quanto spartiacque fondamentale nel processo di evoluzione del moderno diritto internazionale, assumono rilievo anche nello specifico contesto dell'affermazione del principio della libertà di religione. Va tuttavia evidenziato che quei trattati, che posero fine ad una lunga guerra di religione, per un verso contribuiscono all'affermazione del principio della libertà di religione e conferirono ufficialmente eguali diritti a cattolici, luterani e protestanti e per l'altro, individuando quale principio portante il *cuius regio eius religio*, riconobbero tale libertà entro precisi limiti che erano quelli rappresentati dal credo professato dal sovrano ed imposero dunque all'individuo l'obbligo di professare il credo religioso del sovrano ovvero l'obbligo di trasferirsi nei territori nei quali era professato il culto di appartenenza.

Norme destinate a garantire in maniera più specifica, sebbene con modalità diverse la libertà di religione, si ritrovano invece in alcuni trattati stipulati in epoca successiva, dal trattato di Oliva del 1660 tra Svezia e Polonia, al trattato di Utrecht del 1713, al trattato di Parigi del 1763 concluso tra Francia, Spagna, Inghilterra e Portogallo³, ma è soltanto con la rivoluzione francese che il tema della libertà di religione e più in generale quello dei diritti dell'individuo acquista uno spessore totalmente differente: gli eventi ad essa connessi segnano infatti il momento a partire dal quale muta l'ap-

³ Cfr. LUCA DEI SABELLI, *Nazioni e minoranze etniche*, Bologna, Zanichelli, 1929, vol. I p. 232 ss. Per il testo del trattato di Utrecht (artt. XXI del trattato di pace tra Gran Bretagna e Francia; art. XI del trattato di pace tra Gran Bretagna e Spagna) e del trattato di Parigi (art. VIII, XIX, XX), cfr. FRED L. ISRAEL *Major Peace treaties of Modern History*, Chelsea House Publishers, New York, 1967 vol. I, rispettivamente p. 177ss. e p. 305 ss.

proccio degli Stati nei confronti di tale tema e tale mutamento è testimoniato dalla presenza sempre più frequente di norme relative alla libertà di religione nel testo di numerosi accordi. Da questo punto di vista va fatta menzione del trattato di Vienna del 1814, col quale fu proclamata la riunificazione del Belgio e dei Paesi Bassi nel regno d'Olanda⁴ e ancor più all'Atto finale del Congresso di Vienna e al protocollo finale che contengono norme espressamente dedicate alla libertà di religione con riferimento in particolare alle popolazioni abitanti in territorio elvetico, nei cantoni di Berna, Basilea e Ginevra⁵. Ciò che merita sottolineare fin d'ora è che già in occasione del Congresso di Vienna alcune delegazioni avevano avanzato richieste affinché fossero inserite specifiche norme destinate a garantire i diritti delle minoranze di religione ebraica nel territorio degli Stati tedeschi; merita altresì sottolineare come quel tentativo – al di là della circostanza che non sortì il risultato auspicato – abbia rappresentato un importante precedente rispetto poi all'azione che il movimento ebraico avrebbe svolto più tardi, dopo la fine della prima guerra mondiale, proprio in seno alla Conferenza di Parigi.

Sotto questo profilo dunque l'Atto finale del Congresso di Vienna testimonia di una tendenza che si sarebbe più tardi affermata chiaramente e cioè quella di riconnettere il problema della libertà di religione al problema della tutela delle minoranze: a ben guardare infatti l'esigenza di tutelare la libertà di religione si configura in una specifica prospettiva che è quella di tutelare un diritto fondamentale degli individui appartenenti ad una minoranza religiosa: norme concepite in tal senso sono infatti presenti non solo, come si è sopra rilevato, nel protocollo finale del Congresso di Vienna del 1815, ma soprattutto nel testo del trattato di Parigi concluso nel 1856, in cui sono presenti alcune disposizioni in materia di tutela della libertà di culto, con riferimento, in particolare, al trattamento che la Sublime Porta si impegna a riservare alle minoranze di religione cristiana presenti in vari territori dell'impero⁶. Della medesima tendenza offre altresì testimonianza la stipulazione di vari accordi con l'impero ottomano, che avevano, in diversi momenti storici, garantito la libertà di esercizio della religione cristiana e della

⁴ L'art.1 conteneva norme destinate a tutelare la minoranza cattolica di origine belga. Cfr. JACQUES FOUQUES DUPARC, *La protection des minorités de race, de langue et de religion: etude de droit des gens*, Dalloz, Paris, 1922, p. 22.

⁵ Art. 3 dell'atto di cessione di parte della Savoia al Cantone di Ginevra; Art.77 e allegato protocollo 12. Cfr. *Atto finale del Congresso di Vienna del 9 giugno 1815 ed altri trattati che vi si riferiscono e la Convenzione fra Austria e Sardegna del 4 ottobre 1751*, Libreria di F. Sanvito succ. A. Borroni e Scotti, Milano, 1859.

⁶ Cfr. FRED L. ISRAEL, *op. cit.*, vol. II, p. 947 ss. Rilevano, in particolare, l'articolo 9, gli artt. 22 e 23 relativi ai principati di Valacchia e Moldavia, l'art. 28 relativo al Principato di Servia.

religione cattolica, ivi compresa la possibilità di costruire luoghi di culto⁷.

Questioni di carattere religioso, con particolare riferimento all'area balcanica furono oggetto di disposizioni specifiche anche nell'ambito del trattato di Berlino del 1878: in quella circostanza la definizione dei possedimenti ottomani in Europa fu ancorata alla correlativa definizione dei diritti da attribuire alle diverse etnie presenti sul territorio e fu altresì ricollegata all'appartenenza religiosa delle medesime. Per la Sublime Porta ciò si era tradotto nell'assunzione di precisi obblighi non solo al fine "to maintain the principle of religious liberty, and give it the widest scope"⁸, ma altresì al fine di vietare qualsiasi forma di discriminazione su base religiosa, impedendo innanzitutto che l'appartenenza religiosa potesse costituire motivo di esclusione dal godimento dei diritti civili e politici ovvero dall'accesso alle cariche e agli uffici pubblici.

Ad un esame dunque delle disposizioni contenute nei trattati cui si è fatto riferimento, si evince che il problema del riconoscimento della libertà di religione appare strettamente collegato con quello della tutela delle minoranze. Queste ultime infatti sono destinatarie di norme specifiche proprio in considerazione del credo religioso di appartenenza: è il caso per esempio, degli artt. 5,27,35,44, del trattato di Berlino che contengono norme dirette a tutelare le minoranze di religione ebraica e musulmana in Bulgaria, Montenegro, Serbia e Romania⁹, nonché delle norme, contenute nel medesimo trattato, destinate a tutelare la minoranza armena¹⁰. Come è stato rilevato, proprio la confessione religiosa professata assurge ad elemento identitario della mi-

⁷ È il caso del trattato di Carlowitz (art.7) concluso nel 1699 con la Polonia; del trattato di Belgrado (art.9) concluso con l'Austria nel 1739 e dei trattati di Kutschuk-Kainardji (art.VII) e di Adrianopoli (art.V) conclusi con la Russia, rispettivamente nel 1774 e nel 1823. Cfr. FRED L. ISRAEL, *op. cit.*, vol. II, p. 913-945.

⁸ Cfr. art.62.

⁹ L'art. XXXV del trattato prevedeva espressamente che "In Servia the difference of religious creeds and confessions shall not be alleged against any person as a ground for exclusion or incapacity in matters relating to the enjoyment of civil and political rights, admission to public employments, functions, and honours or the exercise of various professions and industries, in any locality whatsoever. The freedom and outward exercise of all forms of worship shall be assured to all persons belonging to Servia, as well as to foreigners, and no hindrance shall be offered either to the hierarchical organization of the different communions, or to their relations with their spiritual chiefs". L'art. XLIV reca disposizioni di identico tenore per quanto concerne la Romania, mentre in senso più generale l'art. LXII, con riferimento alla Sublime Porta ("The Sublime Porte having expressed the intention to maintain the principle of religious liberty, and give it the widest scope, the Contracting parties take note of this spontaneous declaration"), pone a carico della Sublime Porta l'impegno di riconoscere e garantire il principio della libertà di religione in tutti i territori parte dell'impero nonché a garantire la tutela dei luoghi santi e dei monaci, religiosi od ecclesiastici in essi presenti. Cfr. FRED L. ISRAEL, *op. cit.*, vol. II, p. 975 ss.

¹⁰ Cfr. Art.61.

noranza intesa come tale: questa circostanza ha indotto altresì a ritenere che nella sua iniziale configurazione l'affermazione sul piano internazionale dei diritti delle minoranze sia stata concepita avendo quale riferimento proprio il sistema di norme sulla tutela delle minoranze religiose¹¹. Disposizioni analoghe a quelle contenute nel trattato di Berlino furono successivamente inserite anche nel testo del trattato di Costantinopoli del 1913 tra impero ottomano e Regno di Bulgaria (artt. VIII e IX), con cui le parti si impegnavano a garantire sul proprio territorio la libertà di religione, rispettivamente alla minoranza di religione musulmana in Bulgaria e alla minoranza di etnia bulgara e di religione cristiana nei territori dell'impero ottomano¹².

Da questo punto di vista dunque si rinviene una linea di continuità: è quanto dire che allorché si giunse, con la fine della prima guerra mondiale a ridefinire gli assetti politici e geografici del continente europeo – e dunque dei paesi usciti dal conflitto – ancora una volta il problema dell'appartenenza religiosa divenne una componente di cui tenere conto, in quanto fattore, per quanto non unico, di identificazione delle minoranze presenti in varie aree ed in particolare nelle regioni orientali. L'idoneità del problema religioso ad influenzare gli esiti della trattativa e il contenuto dello stesso negoziato possono essere variamente considerati e può rilevarsi come tale elemento abbia diversamente pesato in diretta relazione con le peculiarità del contesto di riferimento. La ridefinizione degli assetti territoriali dell'ex impero austro-ungarico fu ad esempio influenzata dal fattore religioso più ancora che da quello etnico, diversamente da quanto può dirsi con riferimento ad altre aree dell'Europa occidentale¹³: nel caso dell'impero austro-ungarico la

¹¹ Cfr. FRANCESCO CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations Publ., New York, 1991, p. 3.

¹² Cfr. FRED L. ISRAEL, *op. cit.*, Vol. II, pp. 1024-1025.

¹³ Sul punto Cfr. MALCOM D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1997, p. 75 ss. L'A. sottolinea che nel trasferimento di alcuni territori dalla Germania al Belgio (la Germania cedette al Belgio Eupen e Malmedy e riconobbe la sovranità del Belgio su Moresnet), la circostanza che le popolazioni interessate fossero di religione cattolica, non apparve rilevante, mentre la motivazione che determinò la scelta fu di natura eminentemente economica; analogamente, la cessione alla Francia dell'Alsazia-Lorena non fu motivata da ragioni di carattere religioso per quanto queste fossero state comunque tenute in considerazione. L'unica eccezione fu rappresentata dall'art. 28 dell'annesso II al trattato relativo al bacino della Saar che prevedeva che le popolazioni interessate, durante l'esercizio del mandato dal parte della Società delle nazioni, avrebbero continuato ad esercitare il diritto di libertà di religione. Lo stesso autore rileva altresì che anche nella decisione circa l'attribuzione dell'Altestein e del Marienwerder alla Polonia o alla Prussia orientale – rimessa ad un plebiscito, così come previsto dal trattato di Versailles agli articoli 94-97 – nonostante la presenza del fattore religioso, era stata soprattutto la dimensione economica ad assumere rilievo. Anche la decisione di fare di Danzica una città posta sotto mandato della Società delle nazioni era sortita dall'esito del plebiscito: per quanto la scelta di essere annessi alla Germania fosse stata influenzata dalla questione dell'appartenenza etnica – essendo la maggior

componente cattolica risultava tradizionalmente maggioritaria in Austria e Ungheria, così come in Istria, nonché fra i cechi di Boemia e Moravia e gli slovacchi, mentre la componente presbiteriana e luterana era diffusa tra i gruppi di minoranza tedesca in Transilvania e in Slovacchia. A comporre e rendere ancora più complesso il quadro contribuiva inoltre la presenza della minoranza ebraica nell'Est europeo, ma concentrata prevalentemente in Polonia, nonché della minoranza di religione islamica in Bosnia-Erzegovina. Proprio il complesso quadro nazionalistico e religioso condusse alla ricerca di soluzioni specifiche o meglio fu alla base della conclusione dei cosiddetti *Minority treaties*, cioè degli accordi relativi allo *status* delle minoranze, che i paesi sorti dalla ridefinizione dei confini in Europa orientale furono obbligati a concludere con le potenze alleate¹⁴. Il modo in cui il tema della libertà di religione – nella sua strutturale interconnessione con il problema della tutela delle minoranze – irruppe e condizionò il negoziato per la pace durante la Conferenza di Parigi, fu espressione di un'esigenza di cambiamento, della quale il presidente Wilson si fece interprete, nonché principale e convinto sostenitore.

3. Libertà di religione e tutela delle minoranze: l'approccio di Wilson e gli orientamenti emersi in seno alla Conferenza di Parigi

È fatto noto che alcuni principi – diritto all'autodeterminazione *in primis* – assunsero nel pensiero politico di Wilson un ruolo assolutamente centrale e ad essi fu attribuita una collocazione privilegiata anche nel contesto dei ben noti “14 punti”¹⁵. È fatto altrettanto noto che gli orientamenti della politica americana nel periodo immediatamente successivo alla fine della guerra furono condizionati anche dal ruolo svolto da due distinti gruppi – la minoranza irlandese da un lato e quella ebraica dall'altro – che, facendo leva sull'approccio di Wilson al tema dell'autodeterminazione, esercitarono

parte della popolazione di etnia tedesca – la decisione finale fu fortemente motivata anche dalla necessità di garantire al neo-costituito Stato polacco uno sbocco al mare.

¹⁴ Cfr. *infra*, p. 369 ss.

¹⁵ Per il testo dei 14 punti si veda ERIK GOLDSTEIN, *Gli accordi di pace dopo la grande guerra. 1919-1925*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 83-86. Cfr. altresì ALAN SHARP, *The Genie that would not go back into the bottle*, in SEAMUS DUNN, THOMAS G. FRASER (eds.), *Europe and Ethnicity. The First World War and the Contemporary Ethnic Conflict*, Routledge, London, 1996, p. 11 ss.; ALFRED COBBAN, *The National State and National Self-Determination*, Fontana, London, 1969, p. 49 ss.; NAZILA GHANEA, ALEXANDRA XANTHAKI, *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry*, Leiden, M. Nijoff, 2005.

pressioni al fine di ottenere un adeguato supporto alla causa, rispettivamente, dell'indipendenza irlandese e della costituzione di uno Stato ebraico in Palestina¹⁶. Il postulato ideologico di Wilson da un lato coniugava l'idea di autodeterminazione con quella della tutela delle minoranze nell'ambito dello Stato nazionale e dall'altro, nell'affermare l'esigenza di tutela delle minoranze nazionali, ancorava tale concetto a quello di tutela delle minoranze religiose che aveva, come si è sopra rilevato, dei precisi precedenti storici¹⁷. Quel medesimo postulato ideologico appariva inoltre suffragato dal dato storico relativo alle violazioni dei diritti civili e alle persecuzioni di cui diverse minoranze, qualificabili in massima parte come minoranze religiose, erano state vittime fino a tempi recenti.

È indubbio che alla base del disegno di Wilson vi fosse il convincimento che – stante il nesso tra tutela delle minoranze e tutela della libertà di religione – la tutela della libertà di religione rappresentasse un requisito necessario ad eliminare un fattore di destabilizzazione, causa, storicamente, di numerosi conflitti. La correttezza di tale impostazione appariva infatti confermata dal fatto che la violazione dei diritti delle minoranze nel continente europeo aveva sovente, se non addirittura sistematicamente, assunto i tratti della persecuzione religiosa: il diniego di alcuni fondamentali diritti infatti era tradizionalmente riconnesso all'essere l'individuo parte di gruppi la cui natura di "minoranza" rilevava proprio sotto il profilo dell'appartenenza religiosa prima ancora che etnica o linguistica. Nel pensiero di Wilson, che sottende la stesura dei "14 punti", questo dato di carattere storico si fonde con l'idea che una serie di principi – primo fra tutti quello della libertà di religione – che avevano assunto un ruolo fondamentale nel pensiero politico

¹⁶ Sul ruolo della minoranza irlandese e di quella ebraica con riferimento ai lavori della Conferenza di Parigi, si rimanda a ARTHUR WALWORTH, *Wilson and His Peacemakers: American Diplomacy at the Paris Peace Conference, 1919*, Norton, New York, London, 1986, p. 468 ss. Per quanto concerne il ruolo svolto dalla minoranza ebraica, merita ricordare che le pressioni da questa esercitate erano finalizzate a far sì che la questione dei diritti di tale minoranza fosse trattata con attenzione, con particolare riferimento ai casi della Polonia e della Romania. In quel momento storico fu possibile giocare un ruolo preciso sia nella direzione di un riconoscimento di una serie di diritti da sempre negati sia nella direzione di favorire la costituzione di un "focolare ebraico" in Palestina e dunque nei territori che sarebbero stati posti sotto mandato britannico, obiettivo al cui raggiungimento anche il Regno Unito aveva deciso di contribuire, assumendo precisi impegni con la dichiarazione Balfour del 1917. Sul punto cfr. LUCA DEI SABELLI, *op. cit.*, vol. II, p. 19 ss.

¹⁷ MANLEY O. HUDSON, *The Protection of Minorities*, in EDWARD MANDELL HOUSE, CHARLES SEYMOUR (eds.), *What Really Happened at Paris. The Story of the Peace Conference, 1918-1919 by American delegates*, Scribner's sons, New York 1921, p. 210; C. FINK, *The Minorities Question at the Paris Conference: the Polish Minority Treaty, June 28, 1919*, in MANFRED F. BOEMEKE, GERALD D. FELDMAN, ELISABETH GLASER (eds.), *The Treaty of Versailles. A Reassessment after 75 Years*, Cambridge University Press, 1998, Cambridge p. 249 ss.

americano, nonché nel processo di evoluzione dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti, dovessero essere posti a cardine del nuovo ordine post-bellico¹⁸. In tale contesto l'affermazione del diritto all'autodeterminazione che inizialmente, nel maggio 1916, fu declinato da Wilson nella sua versione più ampia e cioè quella del diritto di ogni popolo a scegliere la propria sovranità sotto la quale è chiamato a vivere, subì, l'anno successivo, una sorta di ridimensionamento così da tradursi nel diritto di ogni popolo "alla salvaguardia inviolabile dell'esistenza del culto e dello sviluppo sociale"¹⁹: tale ridimensionamento serviva evidentemente a circoscrivere e contenere il rischio che il principio di autodeterminazione, facendo leva proprio sul concetto di minoranza potesse fungere da detonatore attivando un possibile quanto pericoloso processo di disgregazione della sovranità.

Destinato inevitabilmente a scontrarsi con la tradizionale esigenza degli Stati di mantenere integra la propria sovranità, il principio di autodeterminazione perse in qualche modo terreno, lasciando spazio all'affermarsi non tanto di un generale principio di tutela delle minoranze, quanto piuttosto dell'idea che occorresse garantire la tutela dei diritti dei singoli individui appartenenti a gruppi minoritari: in questo senso dunque il principio della tutela delle minoranze si impose quale correttivo o meglio succedaneo del principio di autodeterminazione²⁰.

Al problema della nazionalità, della tutela delle minoranze e delle minoranze religiose, fu infatti attribuita una particolare rilevanza, per quanto nella peculiare prospettiva rappresentata dalla ridefinizione dei confini territoriali di quegli Stati sorti dal conflitto – territori dell'impero ottomano ed Europa orientale *in primis* – che ponevano specifici problemi e sollevavano la questione della "nazionalità". Ciò che infatti merita fin d'ora rilevare è che nella fase del negoziato la questione delle minoranze dovette essere affrontata proprio perché inevitabilmente legata a quella della ridefinizione dei confini. Far emergere invece – così come fortemente auspicato da Wilson – l'esistenza di un collegamento strutturale tra la questione delle minoranze, quella dell'appartenenza religiosa e quella della libertà di religione, appariva un'operazione ben più complessa, malgrado la connessione fra le diverse componenti non solo fosse storicamente provata, in particolare

¹⁸ Sul ruolo della libertà di religione nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico statunitense cfr. B. SWAIEY, *Religious Freedom*, in *Virginia Law Review*, vol.12, 1925-1926, p. 632 ss.; FRANK SWANCARA, *Thomas Jefferson versus Religious Oppression*, University Books, New York, 1969; MICHEL W. Mc CONNELL, *Why is Religious Liberty the "First Freedom?"*, in *Cardozo Law Review*, 1999-2000, p. 1243 ss.; WILLIAM LEE MILLER, *The First Liberty*, Georgetown University Press, Washington D.C. 2003.

¹⁹ LUCA DEI SABELLI, *op. cit.*, vol. II, p. 39.

²⁰ *Idem*.

per quel che concerneva la violazione del diritto alla libertà di religione e dunque dei diritti delle minoranze religiose, ma fosse emersa in maniera palese anche durante il conflitto, come testimoniato dal genocidio armeno. Proprio la forte capacità di impatto di cui la commistione tra questione delle minoranze, tutela delle minoranze religiose e tutela del diritto alla libertà di religione appariva dotata, è all'origine di alcune fondamentali scelte che furono operate in sede di negoziato e spiega il perché di un approccio, nella fase di redazione innanzitutto del *Covenant* della Società delle nazioni, che potrebbe definirsi pragmatico se non meglio riduttivo. Si decise dunque di trattare con prudenza un problema che, per quanto reale e per quanto causa di secolari conflitti, mostrava di avere preoccupanti implicazioni sul piano della salvaguardia degli interessi degli Stati sovrani.

Da questo punto di vista emerge peraltro una evidente contraddizione, laddove si consideri l'importanza che Wilson attribuiva alla costituenda Società delle nazioni e al ruolo che riteneva dovesse esserle conferito in quanto organizzazione chiamata a garantire la pace internazionale e dunque anche a gestire, in un'ottica di prevenzione, le eventuali cause di conflitto²¹. Merita infatti porre in rilievo fin d'ora – e con riserva di tornare a breve sull'argomento – che Wilson appariva pienamente convinto del fatto che la creazione della Società delle nazioni dovesse rispondere ad esigenze di tipo politico piuttosto che giuridico-normativo; ciononostante, in quello che viene definito il *draft* americano del *Covenant* della Società delle nazioni e che conteneva la *summa* del pensiero di Wilson in merito all'obiettivo fondamentale che con la creazione della Società delle nazioni si intendeva perseguire – prevenzione dei conflitti, fine degli imperi coloniali e riduzione degli armamenti – erano stati inizialmente inseriti alcuni articoli supplementari dedicati specificamente alla tutela delle minoranze e all'affermazione del diritto alla libertà di religione. Era dunque emersa in maniera evidente la dimensione non solo politica ma più specificamente giuridica di tali principi: questi ultimi apparivano infatti destinati ad avere un sicuro impatto sulla sovranità, potendo la stessa essere messa in discussione proprio dalle rivendicazioni nazionali che sul principio di autodeterminazione, come su quello di tutela delle minoranze trovavano evidentemente fondamento.

La portata potenzialmente destabilizzante di tali principi fu chiaramente percepita innanzitutto dalle grandi potenze e sta alla base dell'atteggiamento oltremodo prudentiale con cui si scelse di affrontare certe tematiche. Fu in particolare la Gran Bretagna che si dimostrò propensa a trattare sepa-

²¹ Cfr. JOHN MILTON COOPER, *Breaking the Heart of the World: Woodrow Wilson and the Fight for the League of Nations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

ratamente tali questioni nell'ambito di accordi distinti rispetto al *Covenant* della Società delle nazioni. L'approccio della Gran Bretagna era peraltro motivato dal fatto che la mancata partecipazione sia della Russia sia della Germania alla istituenda Società e dunque la loro estraneità rispetto al trattato istitutivo, avrebbe lasciato aperta la questione della tutela delle minoranze proprio nelle aree in cui tale problema era tradizionalmente presente ed era avvertito con maggiore urgenza. Di un atteggiamento ispirato a logiche di prudenza è prova la scelta, che fu alla fine operata, di assegnare al tema delle minoranze – e dunque delle minoranze religiose – un ruolo quasi residuale nel contesto del *Covenant* della Società delle nazioni e di farne invece oggetto di specifiche disposizioni nell'ambito di quegli accordi – definiti appunto trattati sulle minoranze – che i nuovi Stati sorti dal conflitto, avrebbero dovuto siglare con le potenze alleate. La decisione di scorporare dal testo del *Covenant* la norma sulla libertà di religione, dovette tuttavia fare i conti con le pressioni esercitate dall'opinione pubblica mondiale²²: risultò dunque necessario, quanto inevitabile, collocare altrove tali previsioni secondo una metodica che in qualche modo potrebbe dirsi “trasversale” e che permise di far convergere verso l'obiettivo anche l'azione delle altre grandi potenze²³.

4. *Tutela della libertà di religione e tutela delle minoranze: dal Covenant della Società delle nazioni al sistema dei trattati di pace*

Merita ora entrare più nel dettaglio delle diverse fasi del processo, sopra descritto, che condusse ad estrapolare dal testo del *Covenant* della Società delle nazioni le norme in materia di minoranze e di libertà di religione. È noto infatti che nel corso del negoziato erano stati predisposti vari progetti che con differenti modalità avevano affrontato la questione. La stesura, in particolare, dell'articolo dedicato alla libertà di religione si rivelò particolarmente problematica e diversi fattori contribuirono a complicare il quadro. Accanto alle pressioni che su Wilson erano esercitate perché fosse tenuta in adeguata considerazione sia la questione delle minoranze ebraiche nell'Europa orientale, sia la questione armena, influì non poco anche l'orientamen-

²² Come fu a suo tempo evidenziato, senza l'interessamento dell'opinione pubblica mondiale e l'intensa attività degli organismi ebraici, anche i trattati di pace avrebbero omesso ogni accenno a tale complessa questione. Così LUCA DEI SABELLI, *op. cit.*, vol. II, p. 37.

²³ Cfr. ANNA SU, *Woodrow Wilson and the Origins of the International Law of Religious Freedom*, in *Journal of the History of International Law*, 2013, p. 238.

to inteso a fare emergere in maniera evidente il nesso esistente tra libertà di religione e divieto di discriminazione in generale, al di là della natura delle motivazioni – appartenenza etnica, religiosa, razziale o linguistica – poste alla base di quest'ultima.

Fu in particolare il secondo *draft* ad includere una clausola che prevedeva che i nuovi Stati sorti dal conflitto, quale condizione per poter negoziare la propria indipendenza, avrebbero dovuto assumere l'obbligo di garantire uguaglianza di trattamento alle proprie minoranze razziali o nazionali²⁴. Con riferimento invece al tema della libertà di religione, fu il terzo *draft* predisposto nel febbraio 1919, a prevedere un'apposita disposizione dedicata alla libertà di religione, volta ad imporre sia agli Stati "nuovi", sorti a seguito dell'opera di ridefinizione dei confini, sia agli Stati che avessero fatto richiesta di ammissione alla Società delle nazioni, l'obbligo di non interferire e di non ostacolare l'esercizio di tale diritto²⁵. Il testo della norma fu successivamente sottoposto a modifiche: l'articolo 19 del *draft* conteneva infatti degli emendamenti che erano stati concepiti al fine di imporre che gli Stati membri (le "Alte parti contraenti") – che è quanto dire tutti gli Stati, ivi comprese le potenze vincitrici – assumessero l'impegno di non legiferare in alcun modo suscettibile di proibire o ostacolare l'esercizio della libertà di religione²⁶. Per quanto il dettato della norma fosse piuttosto ampio e generico e per quanto Wilson avesse avuto modo di precisare che il suo intento era quello di predisporre un meccanismo idoneo a prevenire in futuro il fenomeno delle persecuzioni religiose, fu sollevata una serie di obiezioni che

²⁴ In una serie di articoli aggiuntivi che vennero definiti con la locuzione "supplementary agreements", furono trattate alcune specifiche tematiche tra le quali quella relativa alla tutela delle minoranze. In particolare nel testo dell'art. VI si legge: "The League of Nations shall require all new States to bind themselves as a condition precedent to their recognition as independent or autonomous States, to accord to all racial or national minorities within their several jurisdictions exactly the same treatment and security, both in law and in fact, that is accorded the racial or national majority of their people". Cfr. DAVID HUNTER MILLER, *The Drafting of the Covenant*, G.P. Putnam's Sons, New York 1928, vol. II, p. 91.

²⁵ Sempre nell'ambito dei cosiddetti "supplementary agreements", fu inserita una nuova norma (il c.d. VII supplementary agreement) così concepita: "Recognizing religious persecution and intolerance as fertile sources of war, the Power signatory hereto agree, and the League of Nations shall exact from all new States and all States seeking admission to it the promise, that they will make no law prohibiting or interfering with the free exercise of religion, and that they will in no way discriminate either in law or in fact against those who practice any particular creed, religion or belief whose practice are not inconsistent with public order or public morals". *Ibidem*, p. 154.

²⁶ *Ibidem*, p. 237. Il testo, rivisto, della norma recitava: "The High Contracting Parties agree that they will make no law prohibiting or interfering with the free exercise of religion and they resolve that they will not permit the practice of any particular creed, religion or belief whose practices are not inconsistent with public order or with public morals, to interfere with the life, liberty or pursuit of happiness of their people."

avrebbero successivamente condotto ad una ulteriore revisione del testo²⁷. Le perplessità espresse da numerosi delegati (fra i quali i rappresentanti di Francia, Spagna, Portogallo), unitamente alla proposta del barone Mankino, delegato giapponese, di utilizzare una formulazione che servisse ad equiparare il divieto di discriminazione razziale e quello di discriminazione su base religiosa²⁸, indussero ad adottare la decisione finale di estrapolare il testo del cosiddetto “religious article” dal testo del *Covenant*. Quasi paradossalmente, proprio la spinta data dal delegato giapponese che faceva leva sulla consapevolezza diffusa tra i vari delegati, circa l'importanza che doveva essere riconosciuta al problema della libertà di religione, condusse al risultato opposto: come è stato rilevato, “The proposal, however, served a good purpose at the meeting for it hepled to make impossible any article on religious liberty in any form; any such article in the Covenant would have been most dangerous, and perhaps fatal to the League; the subject was never again considered”²⁹.

Il proposito di Wilson di fare del *Covenant* della Società delle nazioni lo strumento attraverso il quale affermare alcuni diritti considerati di basilare importanza, si scontrò dunque con le reticenze originate dall'idea che trattare congiuntamente – come era stato in particolare proposto dal delegato giapponese – la questione della libertà di religione e quella della non discriminazione fosse del tutto inopportuno. Le divergenze emerse condussero infine alla decisione di estrapolare il testo della norma dal *Covenant*. È solo il testo dell'art.22 infatti, dedicato al sistema dei mandati, che conserva un richiamo al tema della libertà di religione: la parte dell'art.22 dedicata all'argomento fu inoltre formulata prima delle analoghe previsioni che sarebbero state poi inserite nel testo dei trattati sulle minoranze e dunque presenta un

²⁷ Nel corso della settima riunione della Commissione, il 10 febbraio 1919, un vivace dibattito fu suscitato dalla presentazione del testo ulteriormente emendato dell'art.19. La proposta prevedeva un nuovo testo così concepito: “recognizing religious persecution as a fertile source of war, the High Contracting Parties solemnly undertake to extirpate such evils from their territories, and they authorize the Executive Council, wherever it is of opinion that the peace of the world is threatened by the existence in any State of evils of this nature, to make such representations or take such other steps as it may consider that the case requires”. La proposta suscitò reazioni decise: lo stesso Miller inviò una nota al Presidente Wilson in cui precisava, con riferimento al passaggio del testo in cui si affermava “or take such other steps”, che i termini adoperati “go very far and, I think, farther than any other provision in the Covenant” (cfr. DAVID HUNTER MILLER, *op. cit.*, vol. I, p. 196).

²⁸ Da questo punto di vista, la proposta inoltrata durante la decima riunione della Commissione dal delegato giapponese suggeriva l'adozione di una formulazione che non solo conferisse analogo rilievo sia alla questione della libertà di religione sia a quella della tutela delle minoranze etniche e razziali, ma che ponesse in evidenza l'interconnessione esistente tra le due problematiche. Cfr. DAVID HUNTER MILLER, *op. cit.*, vol. I, p. 269.

²⁹ Cfr. DAVIS HUNTER MILLER, *op. cit.*, vol. I, p. 296.

contenuto più generico e meno dettagliato³⁰. La scelta di non includere alcuna disposizione dedicata alla questione della libertà di religione, né alla questione delle minoranze è stata interpretata come prova della precisa volontà dei redattori dello Statuto di non affermare principi che si sarebbero posti a fondamento di un sistema di regole che, sebbene inizialmente pensate con riferimento a specifici contesti e ad un ristretto numero di minoranze, si sarebbero prestate più tardi ad una ben più ampia applicazione³¹.

Per quanto marginalizzata, la questione della libertà di religione non fu comunque definitivamente accantonata. Questa era infatti destinata a riproporsi e fu sollevata dalla delegazione ebraica in occasione della stesura degli accordi di pace, allorché si dovette affrontare il problema della tutela delle minoranze all'interno degli Stati i cui confini erano oggetto di negoziato³². In risposta alle richieste avanzate perché fosse predisposto un sistema di garanzie a tutela della minoranza ebraica polacca, Wilson chiese la costituzione di un'apposita commissione incaricata di studiare la questione: non essendovi tuttavia tempo sufficiente perché la commissione potesse portare a termine i suoi lavori prima che il testo del trattato di Versailles fosse sottoposto alla delegazione tedesca, si giunse alla soluzione di compromesso che è quella contenuta negli articoli 86 e 93 del trattato di Versailles, inseriti nelle sezioni VII e VIII relative al riconoscimento da parte della Germania dell'indipendenza, rispettivamente, dello Stato cecoslovacco e dello Stato polacco. La prima norma prevedeva che la Cecoslovacchia avrebbe acconsentito ad inserire nel testo di un trattato stipulato con le potenze alleate le previsioni necessarie a garantire la tutela degli interessi degli abitanti "who differ from the majority of the population in race, language or religion". La seconda norma prevedeva l'assunzione di analoghi impegni da parte della Polonia.

Rispetto alla soluzione offerta dagli articoli summenzionati del trattato di Versailles, gli altri accordi di pace conclusi con l'Austria, l'Ungheria, la Bulgaria e l'impero ottomano³³, contengono un sistema più articolato di

³⁰ Cfr. *Treaty of Versailles. Part I. The Covenant of the League of Nations*, in FRED L. ISRAEL, *op. cit.*, Vol. II, p. 1283. Il testo della norma prevede che "(...) Other peoples, especially those of Central Africa, are at such a stage that the Mandatory must be responsible for the administration of the territory under conditions which will guarantee freedom of conscience and religion, subject only to the maintenance of public order and morals, the prohibition of abuses such as the slave trade, the arms traffic, and the liquor traffic, and the prevention of the establishment of fortifications or military and naval bases and of military training of the natives for other than police purposes and the defense of territory, and will also secure equal opportunities for the trade and commerce of other Members of the League".

³¹ Cfr. FRANCESCO CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 17.

³² Cfr. LUCA DEI SABELLI, *op. cit.*, p. 42.

³³ Trattato di St Germain-en-Laye, concluso con l'Austria il 10 settembre 1919 (d'ora in avanti

norme dirette a tutelare i diritti delle minoranze e dunque delle minoranze religiose; altrettanto può rilevarsi con riferimento ai cosiddetti *Minority treaties*, cioè ai trattati che gli Stati sorti a seguito della ridefinizione dei confini dell'ex impero austro-ungarico e dell'ex impero ottomano, si impegnarono a concludere con le potenze alleate per garantire la tutela delle minoranze³⁴.

Per quanto concerne innanzitutto i trattati di pace, va precisato che nel contesto di tali accordi il problema delle minoranze nazionali assunse un rilievo certamente non secondario: gli spostamenti di popolazioni, così come il problema della minoranza di origine ebraica vittima di sistematici *pogrom*, rendevano improcrastinabile la definizione di un sistema di garanzie e di tutele. A ciò andava ad aggiungersi il fatto che i territori un tempo ricompresi entro i confini dei due imperi si caratterizzavano proprio per la presenza di una congerie di gruppi etnici e di minoranze. La ridefinizione delle frontiere appariva questione quanto mai complessa e ricca di implicazioni sotto vari aspetti, a fronte, innanzitutto, dell'impossibilità di utilizzare la formula "una nazione, uno Stato". La creazione di nuovi Stati doveva dunque essere riconnessa ad un sistema di garanzie che i medesimi erano chiamati a prestare a tutela delle minoranze e delle minoranze religiose presenti sul proprio territorio.

Ad un esame del contenuto delle norme presenti nei trattati si evince la presenza di disposizioni di diverso tipo: si rileva la presenza nel testo degli accordi di pace "principali", di un apposito titolo contenente norme dedicate alla tutela delle minoranze che, tramite il ricorso ad una formulazione che è simile in tutti gli accordi, prevedono a carico rispettivamente di Austria, Bulgaria, Ungheria e Turchia non solo l'obbligo di garantire la tutela dei gruppi minoritari presenti sul territorio³⁵ ma altresì l'obbligo di attribuire alle norme in esame la natura di "fundamental laws" e dunque di norme

trattato di Saint Germain); trattato di Neuilly-sur-Seine (d'ora in avanti trattato di Neuilly), concluso con la Bulgaria il 27 novembre 1919; trattato di Trianon concluso con l'Ungheria il 4 giugno 1920; trattato di Sévres concluso con la Turchia, il 10 agosto 1920; trattato di Losanna concluso sempre con la Turchia il 24 luglio 1923.

³⁴ Si fa riferimento al trattato con la Polonia, stipulato a margine della conclusione del trattato di Versailles il 28 giugno 1919 (CLIVE PERRY, *The Consolidated Treaty Series*, vol.225, Oceana Publications, New York, 1919, p. 412 ss); al trattato con il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni concluso a Saint Germain il 18 settembre 1919 (United Kingdom Treaty Series, 1919, vol. 17, p. 88 ss., HMSO, London); al trattato con la Cecoslovacchia, firmato a Saint-Germain il 10 settembre 1919; al trattato con la Romania concluso a Parigi il 9 dicembre 1919 (League of Nations Treaty Series, vol. V, p. 335 ss.; al trattato con la Grecia concluso a Sévres il 10 agosto 1920 (League of Nations Treaty Series, vol.28, p. 244 ss).

³⁵ Trattato di Saint Germain, titolo V, artt.62-69; trattato di Trianon, titolo VI, artt.54-58; trattato di Neuilly, titolo IV, artt.49-57; trattato di Sévres, titolo IV, artt.140-151.

non derogabili da eventuali disposizioni future³⁶. Va altresì evidenziato che nell'articolato disposto dedicato alla tutela dei diritti di coloro che appartengono a minoranze, il diritto alla libertà di religione riceve una sorta di tutela rafforzata: alla libertà di religione infatti non solo è dedicata una specifica disposizione³⁷, ma tale libertà è altresì oggetto di ulteriori norme che sanciscono sotto profili diversi il divieto di discriminazione³⁸.

Norme di diverso tenore sono state invece inserite nel testo del trattato di Sévres in funzione sia della necessità di disciplinare la questione della tutela delle minoranze religiose di fede assiro-caldea o di altra fede nella regione del Kurdistan³⁹, sia della necessità di perseguire i crimini commessi per ragioni religiose durante il conflitto⁴⁰. L'appartenenza religiosa è infine alla base del disposto delle norme, contenute nel trattato di Losanna concluso nel 1923 tra Grecia e Turchia e destinate a disciplinare lo scambio di sudditi turchi di religione greco-ortodossa e di sudditi greci di religione musulmana⁴¹.

Dall'altro lato si rinvencono invece le norme che prevedono a carico degli Stati nuovi, sorti dallo smembramento dei due imperi, l'obbligo di stipulare specifici accordi con le potenze alleate tramite i quali definire la questione delle minoranze presenti sul proprio territorio, conferendo al contempo alle potenze alleate, il potere di agire a protezione delle stesse⁴². La tutela del diritto alla libertà di religione – in stretta connessione ancora una volta con il tema della tutela delle minoranze – è stata poi posta ad oggetto delle norme dei cosiddetti *Minority treaties* attraverso una formulazione che appare pressoché identica nei vari trattati. Sotto questo profilo va anzi considerato che sebbene il problema della minoranza ebraica avesse rappresentato la ragione primaria che aveva condotto alla stesura del trattato con la Polonia, è però indubbio che quest'ultimo rappresentò il modello di riferimento per la conclusione di analoghi accordi con la Grecia, la Cecoslovacchia e la Ro-

³⁶ Così l'art. 62 del trattato di Saint Germain; l'art.49 del trattato di Neuilly; l'art.54 del trattato di Trianon; l'art.140 del trattato di Sévres e l'art.37 del trattato di Losanna.

³⁷ Trattato di Trianon, art. 55; trattato di Saint Germain, art. 63; trattato di Neuilly, art. 50; trattato di Sévres, art.141.

³⁸ È il caso dell'art. 58 del trattato di Trianon; dell'art.66 del trattato di Saint Germain; dell'art. 53 del trattato di Neuilly.

³⁹ Trattato di Sévres, art.62.

⁴⁰ Trattato di Sévres, art.142.

⁴¹ Trattato di Losanna, artt. 30-36. Cfr. Israel vol. IV 2301 ss.

⁴² Il trattato di pace di Saint Germain prevede tale obbligo a carico dello Stato serbo-croato-sloveno all'art.51; dello Stato cecoslovacco all'art.56 e della Romania all'art.60. Nel medesimo senso l'art. 47 del trattato di Trianon pone obblighi a carico della Romania; l'art.46 del trattato di Neuilly a carico della Grecia e gli artt.86 e 93 del trattato di pace di Sévres rispettivamente a carico della Grecia e dell'Armenia.

mania, nonché con il Regno serbo-croato-sloveno, destinati a disciplinare il problema della tutela delle minoranze – e delle minoranze religiose più in particolare – presenti sul territorio di tali Stati⁴³.

Considerate nell'insieme, le norme contenute nell'accordo con la Polonia – in particolare gli articoli 2,7,8 e 9 – diedero impulso alla successiva definizione di un quadro normativo sulla tutela del diritto alla libertà di religione nell'ambito degli Stati sorti dopo la fine del conflitto, pur nel più ampio contesto della tutela dei diritti delle minoranze. Il contenuto di tali norme, sia di quelle specificamente dedicate all'affermazione del diritto di professare liberamente il proprio credo⁴⁴, sia di quelle che affermano in vario modo il divieto di discriminazione, sia ancora di quelle che attribuiscono alle minoranze il diritto di creare scuole, associazioni ed enti di beneficenza, destinati a promuovere l'uso della lingua ovvero la professione del credo di appartenenza, è riprodotto nel testo degli altri accordi sulle minoranze⁴⁵. Con riferimento alla terminologia utilizzata, va altresì posto in rilievo che il termine minoranza compare nel testo del solo articolo 8, mentre nelle altre norme che sono ugualmente destinate a garantire, sotto vari profili, i diritti degli individui che appartengano a minoranze, tali diritti vengono affermati nella loro più specifica dimensione individuale⁴⁶. Per quanto poi concerne in particolare gli accordi con la Grecia e con il regno serbo-croato-sloveno, va evidenziato che questi contengono norme che sono appositamente concepite al fine di consentire alla minoranza di religione islamica la possibilità di applicare, in materia di diritto di famiglia e di statuto personale, norme conformi alla tradizione islamica⁴⁷.

Un ultimo punto attiene invece alla natura dei poteri di controllo conferiti alla Società delle nazioni; tali poteri dovevano tradursi innanzitutto nel

⁴³ Cfr. *supra*, nota n.33.

⁴⁴ È in particolare nel testo dell'art.2 che si legge: "Poland undertakes to assure full and complete protection of life and liberty to all inhabitants of Poland without distinction of birth, nationality, language, race or religion. All inhabitants of Poland shall be entitled to the free exercise, whether public or private, of any creed, religion or belief, whose practice are not inconsistent with public order or public morals". Questa formulazione è riprodotta, in maniera identica nel testo dell'art.2 degli altri *Minority treaties*.

⁴⁵ Il testo dell'art. 7 recita: "All Polish nationals shall be equal before the law and shall enjoy the same civil and political rights without distinction as to race, language or religion". Differences of religion, creed or confession shall not prejudice any Polish national in matters relating to the enjoyment of civil or political rights, as for instance, admission to public employments, functions and honours, or the exercise of professions and industries (...). Cfr. Altresì il testo dell'art.8 di tutti i *Minority treaties*.

⁴⁶ Il termine solitamente utilizzato è quello di "nationals". Cfr. il testo degli artt. 4,7,9 dei *Minority treaties*.

⁴⁷ Cfr. rispettivamente, art. 14 e art.10.

controllo esercitato al fine di garantire che quelle norme definite dall'articolo 1 dei *Minority treaties* come *fundamental laws*⁴⁸, non fossero sottoposte ad emendamento se non nei casi in cui tali modifiche fossero state autorizzate dal Consiglio della Società delle nazioni tramite un voto a maggioranza.

Ma la questione circa il ruolo da attribuire alla Società delle nazioni si pose in maniera assai più critica allorché si dovettero definire i contenuti di un potere di *enforcement* nelle ipotesi di violazione, ovvero di pericolo di violazione, delle norme dedicate alla tutela delle minoranze. La formulazione cui fu data preferenza, che conferiva tali poteri al solo Consiglio della Società, fu il risultato della scelta operata sulla base di un approccio pragmatico. In fase di lavori preparatori era stata infatti presa in considerazione la possibilità che il potere di investire il Consiglio della Società delle nazioni delle questioni attinenti alla violazione o alla minaccia di violazione delle norme contenute negli articoli 2-8, fosse attribuito anche ai membri delle minoranze e dunque ai singoli individui. La proposta aveva sollevato non poche perplessità motivate dal timore – di cui lo stesso Wilson si fece interprete – che la stabilità e l'efficacia dell'azione della stessa Società delle nazioni avrebbe potuto essere compromessa dal riconoscimento, ai singoli individui, di un *locus standi* dinanzi ad essa⁴⁹.

Altra e correlativa questione era quella che atteneva alla possibilità che tale potere di iniziativa – una volta deciso che poteva essere conferito solo agli Stati – fosse attribuito a tutti i membri della Società delle nazioni, ovvero ai soli Stati facenti parti del Consiglio e dunque alle 4 potenze alleate. Anche in questo caso la scelta operata testimonia di un approccio restrittivo: a questo proposito proprio Wilson manifestò la preoccupazione che nell'ipotesi in cui tale potere fosse stato rimesso nelle mani dei soli 4 Stati membri del Consiglio, ciò avrebbe assunto il significato di un atto d'imperio, esercitato attraverso l'attribuzione del monopolio del potere decisionale ad una cerchia ristretta di Stati più forti. Wilson si trovò tuttavia solo ad esprimere un simile convincimento e questa circostanza favorì dunque l'adozione della formulazione che attribuiva un ruolo decisivo agli Stati più forti⁵⁰: tale scelta, al di là dello scopo precipuo per il quale fu concepita, se considerata in un'ottica più generale e in una visione per così dire retrospettiva, appare essere stata

⁴⁸ L'art.1 inserito nei *Minority treaties* riprende la formulazione delle analoghe norme presenti nei principali trattati di pace (cfr. *supra*, nota 36). Si tratta della disposizione che rende non modificabile da disposizioni future di alcun tipo, il contenuto delle norme contenute negli articoli seguenti (2-8) e dunque delle norme poste a tutela dei diritti delle minoranze e delle minoranze religiose.

⁴⁹ Sul punto cfr. ANNA SU, *op. cit.*, p. 261.

⁵⁰ Cfr. ad esempio art. 11 dell'accordo con il regno serbo-croato-sloveno; art. 16 dell'accordo con la Grecia; art.12 dell'accordo con la Polonia.

prodromica rispetto al consolidarsi di quegli equilibri e di quei meccanismi di funzionamento, che avrebbero più tardi caratterizzato non solo la Società delle nazioni ma la stessa comunità internazionale sorta dal secondo dopoguerra.

5. Conclusioni

Il sistema dei trattati di pace, che pose fine alla prima guerra mondiale, ha rappresentato una tappa significativa nel processo che ha condotto all'affermazione di alcuni fondamentali principi nell'ordinamento internazionale. Il disegno originario voluto da Wilson, che prevedeva l'inserimento di un'apposita norma dedicata alla libertà di religione nel *Covenant* della Società delle nazioni, era motivato dal convincimento che l'impianto che caratterizzava, sotto questo specifico profilo, il trattato di Berlino del 1878, dovesse essere ripreso e sviluppato. L'affermazione del diritto alla libertà di religione doveva, nell'ottica di Wilson, essere posta alla base del nuovo ordine internazionale, in quanto la tutela del diritto alla libertà di religione, sia nella dimensione individuale che in quella collettiva – che è quanto dire in un'ottica di tutela delle minoranze religiose – avrebbe contribuito all'eliminazione di una fondamentale causa di conflitto. La revisione del sistema richiedeva tuttavia che fosse superata la lacuna forse più significativa del trattato di Berlino, rappresentata dall'assenza di un meccanismo di monitoraggio e di applicazione coattiva delle norme poste a tutela della libertà di religione.

Ciò che può constatarsi, al di là dei limiti che caratterizzarono sia il sistema degli accordi di pace, sia il funzionamento della Società delle nazioni – e al di là del fatto che le questioni attinenti alla tutela dei diritti umani furono trattate, in quella fase storica in maniera per così dire embrionale – è che comunque la Conferenza di Parigi fu emblematica testimonianza di un mondo in cambiamento: tale considerazione pare opportuna a prescindere dalle critiche, che più volte sono state mosse nel corso degli anni, circa l'effettiva idoneità del sistema dei trattati e in particolare dei *Minority treaties*, a garantire sia una definitiva affermazione del diritto alla libertà di religione, sia un'effettiva tutela delle minoranze nazionali⁵¹. A ben vedere, il contributo

⁵¹ Cfr. LEMA EKMEKCIOGLU, *Republic of Paradox: The League of Nation's Minority Protection Regime and the New Turkey's Step-Citizens*, in *International Journal of Middle East Studies*, 2014, p. 657 ss.; CAROLE FINK, *Minority Rights as an International question*, in *Contemporary European History*, 2000, p. 385 ss.; ID., *Defending the Rights of Others: the Great Powers, the Jews, and International Minority Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

offerto dalla conferenza di Parigi è stato lungamente sottostimato ed è stato in qualche modo messo in ombra dal ruolo che successivamente sarebbe stato svolto dalla conferenza di San Francisco dopo la fine della seconda guerra mondiale. La storia dei lavori della conferenza di Parigi dimostra che, al di là del fatto che il tentativo di inserire nel testo del *Covenant* della Società delle nazioni una norma specificamente dedicata al tema della libertà di religione non sortì il risultato auspicato, il sistema dei trattati di pace, adottati nel corso della conferenza, contribuì all'avvio di un processo di consolidamento delle norme internazionali in materia di libertà di religione e di tutela delle minoranze. Il merito della conferenza è stato infatti quello di contribuire all'affermarsi di un processo di progressivo consolidamento dei principi in materia di libertà di religione; ma il merito della conferenza è stato altresì quello di far emergere la consapevolezza, a livello internazionale, circa l'esistenza di uno specifico problema – quello della tutela delle minoranze – cui doveva essere riconosciuta una precisa quanto autonoma dimensione giuridica. Tale contributo va evidentemente valutato nel più ampio contesto del processo di progressiva “istituzionalizzazione” dei diritti umani nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Alle due questioni fondamentali – diritto alla libertà di religione e tutela delle minoranze – è stata infatti riconosciuta una precisa autonomia. L'affermazione di tali principi si è tradotta, nei decenni successivi, nella profusione di uno sforzo normativo costante quanto diversificato: è quanto dire dell'adozione di norme destinate a disciplinare i due fenomeni tenuto conto delle peculiarità di ciascuno, pur restando ferma, perché non appare superata né dal punto di vista storico né dal punto di vista fenomenologico, la stretta relazione che ancora oggi è ravvisabile, tra tutela della libertà di religione e tutela delle minoranze.

Il tormentato cammino dei pentecostali verso il godimento della libertà religiosa. Notazioni minime sull'effettività di un diritto fondamentale nel primo dopoguerra

MARCO PARISI

1. *Introduzione*

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana, le vicende che hanno caratterizzato l'effettività dei diritti fondamentali sono state di segno diverso, e, nello specifico, numerose difficoltà hanno riguardato l'attuazione delle garanzie in materia di libertà religiosa dei culti acattolici. Tali criticità rispondevano all'esigenza, avvertita da settori sociali tra loro significativamente differenti, di porre in essere una strategia politica molto precisa: il mantenimento delle pregresse disposizioni di polizia, approvate in epoca fascista (secondo la logica, imperante nel Ventennio della dittatura, della tutela preventiva dell'ordine pubblico) e destinate a segnare in negativo il godimento delle garanzie di libertà da parte delle confessioni religiose di minoranza, nella prospettiva della perpetuazione di uno statuto assolutamente privilegiario per la Chiesa socialmente dominante.

Si può ben dire che, dal 1948 al 1955, si sia svolta in Italia una vera e propria lotta per l'affermazione della piena libertà religiosa, di cui sono state protagoniste alcune attive componenti minoritarie dell'opinione pubblica, del panorama confessionale e della popolazione del nostro Paese. Una contesa per la legittima rivendicazione delle libertà fondamentali nella quale, oltre al mondo protestante italiano, si sono prodigati alcuni settori periferici, ma culturalmente rilevanti, degli ambienti laici, con l'obiettivo di denunciare, specificamente, in quella fase storica, la perdurante applicazione di una prassi amministrativa e la persistente vigenza di disposizioni legislative fortemente penalizzanti per l'esercizio della libertà di culto e di proselitismo delle confessioni acattoliche. Diritti di libertà che, soprattutto nel caso dei pentecostali, venivano dichiaratamente negati¹.

¹ Cfr. STEFANO GAGLIANO, *Lotta per l'Italia laica e protestantesimo (1948-1955)*, Biblion edizioni, Milano, 2014, p. 19.

Sotto questo profilo, va rilevato come, proprio tra la fine della seconda guerra mondiale e la metà degli anni Cinquanta, in Italia, la libertà religiosa delle comunità protestanti abbia subito una significativa limitazione ad opera della pervicace opposizione del clero e dell'episcopato della Chiesa cattolica (preoccupati da un proselitismo ritenuto essere crescente e pericoloso), dell'arroganza preconcepita di parte dei pubblici poteri, a livello centrale e periferico (assuefatti, a causa dell'ideologia antidemocratica della dittatura fascista, ad ogni tipo di consuetudine amministrativa e legale di stampo illiberale), e, in casi assai più limitati, di un'avversione popolare stimolata ad arte.

Questa attitudine ostruzionistica ha interessato buona parte delle organizzazioni confessionali di matrice protestantica, nei confronti delle quali venivano reiteratamente posti in essere impedimenti ed ostacoli al godimento delle guarentigie di libertà, tanto più forti ed efficaci quanto più significativa si rivelava essere la presenza dei movimenti evangelici nel contesto sociale. Come anticipato, nei confronti del gruppo pentecostale l'azione di boicottaggio si è dimostrata essere particolarmente severa, anche a causa della applicazione, fino al 1955, della circolare n. 600/158 del 9 aprile 1935, cd. "Buffarini-Guidi", promossa dall'omonimo Sottosegretario all'Interno. Un provvedimento amministrativo che vietava ai fedeli pentecostali – in costanza del sistema dittatoriale fascista, e contraddittoriamente rispetto a riconoscimenti precedenti intervenuti nel Ventennio² – il libero esercizio del proprio culto su tutto il territorio nazionale, adducendo, a sostegno di tale odiosa misura censoria, giustificazioni razziali ed igienico-sanitarie, costituenti l'esito di analisi e di apprezzamenti contraddistinti da un'ostilità preconcepita e faziosa³, e motivati dalla preoccupazione di salvaguardare l'in-

² Si tratta della circolare 442/74128 del 30 dicembre 1931 della Direzione Generale di Pubblica Sicurezza con la quale si dichiarava esplicitamente che il culto pentecostale era pienamente riconosciuto nello spirito della legge sui "culti ammessi nello Stato" del 1929. In disprezzo di tale orientamento, si determinava, come si è detto, l'approvazione della citata circolare "Buffarini-Guidi", ulteriormente avallata, in data 22 agosto del 1939, da un altro provvedimento, lungo ed accurato, della Direzione Generale di Pubblica sicurezza (la circolare n. 441/027713), che cercava di investire i pentecostali di un attivismo politico anti regime assolutamente infondato. Tale provvedimento, il 13 marzo 1940 veniva seguito dalla circolare n. 441/02977 che, tra l'altro, dimostrava come ormai la polizia fosse in grado di distinguere chiaramente i tratti caratteristici dei pentecostali anche sul piano culturale e teologico, segnalando un certo atteggiamento antimilitarista e pacifista di alcuni aderenti. È veramente curioso che un regime spietato e antidemocratico come quello fascista abbia potuto accanirsi, in modo così aggressivo, verso uno sparuto gruppo di cittadini, colpevoli solo di essere non allineati dal punto di vista religioso, ma non di una qualsiasi attività politicamente sovversiva.

³ Si pensi che, nel Ventennio della dittatura, in applicazione delle direttive della circolare, si determinava la chiusura di numerose sale di preghiera pentecostali, ad iniziare dalla storica sede romana di via Adige, oggetto di reiterate segnalazioni da parte delle gerarchie cattoliche e di interventi cen-

tegrità politica del regime mussoliniano⁴.

Il trascinarsi dell'applicazione delle penalizzanti norme adottate dal Governo Mussolini, tra le quali spiccava anche la nota legislazione sui "culti ammessi nello Stato" (legge n. 1159 del 1929 e Regio Decreto n. 289 del 1930), si riverberava nella forte limitazione del concreto e generalizzato esercizio del diritto di libertà religiosa in Italia, in flagrante violazione delle indicazioni costituzionali⁵, così da determinare, in quello specifico arco temporale, vibranti proteste e reazioni di dissenso da parte di intellettuali, storici e giuristi di estrazione laica, e da attivare un confronto di significativo rilievo culturale e di importanti (ma successivi) riflessi politici e giuridici.

2. Il mondo evangelico italiano e l'impegno per la rivendicazione della piena libertà religiosa

L'interesse per questa fase storica, con il superamento – ad opera del Giudice delle Leggi⁶ – della legislazione repressiva che l'ha caratterizzata, è venuto, purtroppo, progressivamente scemando negli ultimi decenni, ottenendo solo riferimenti (più o meno ampi) nell'ambito delle analisi di carattere storiografico, politico e normativo relative all'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano.

sori delle autorità di polizia. In aggiunta al già significativo *vulnus* per la libertà religiosa, costituito dal sostanziale divieto della pratica del culto, merita attenzione anche l'utilizzo, per il movimento pentecostale, del termine di 'razza', impiegato per giustificare intenti repressivi che, nel breve arco di tre anni, otterranno un'importanza ancora più significativa con l'adozione delle leggi razziali nei confronti degli ebrei. Cfr. MICHELE MADONNA, *Profili storici del diritto di libertà religiosa nell'Italia post-unitaria*, Libellula Edizioni, Tricase (Le), 2012, p. 41.

⁴ GIORGIO PEYROT, *La circolare Buffarini-Guidi e i Pentecostali*, Associazione italiana per la libertà della cultura, Roma, 1955, p. 18.

⁵ Indicazioni affidate ad una Carta, rigida e programmatica, che enuncia ed evolve i principi di libertà, eguaglianza e democrazia, propri delle Costituzioni liberali (come era lo Statuto Albertino del 1848), sia sotto il profilo dell'ampliamento dei soggetti politici coinvolti, che sotto il profilo della forma di governo adottata (non più di nomina regia) e del superamento della mera enunciazione dei diritti fondamentali. Così, con la Costituzione repubblicana si pongono le basi per la concreta attuazione delle libertà proclamate, a mezzo dello strumento dell'interventismo, ovvero dell'impegno dei cittadini e delle istituzioni all'apprestamento di mezzi e beni, utili a rendere effettivi i valori perseguiti. Si veda VALERIO TOZZI, *150 anni di Unità dell'Italia. Breve storia e problemi attuali della libertà religiosa*, in *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 690-691.

⁶ La Corte, con la prima storica sentenza del 1956 (5 giugno 1956, n. 1) fissa il primato implicito, anche se non messo per iscritto, della Costituzione nella gerarchia delle fonti e, quindi, la sua competenza a sindacare anche le leggi anteriori alla Carta Fondamentale. Sulla scia di tale orientamento, successivamente, con sentenza n. 59 del 24 novembre 1958, come vedremo, la Consulta provvede a dichiarare illegittime alcune norme di attuazione (artt. 1 e 2 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289) della antidemocratica 'legge sui culti ammessi'.

Solo di recente, grazie anche all'attualità delle discussioni connesse al riconoscimento dei diritti di libertà in favore degli immigrati, reclamanti l'applicazione delle guarentigie (individuali e collettive) relative alla dimensione spirituale dell'esistenza⁷, il tormentato percorso vissuto dal movimento pentecostale sembra aver ottenuto una rinnovata attenzione, quale testimonianza delle difficoltà incontrate dalle minoranze religiose nel conseguimento della pienezza dei diritti civili e di libertà.

Tuttavia, negli studi più recenti, l'esame delle vicende relative a questo specifico gruppo evangelico ha ricevuto considerazione in forma marginale⁸, considerando i problemi incontrati dai pentecostali quali traversie collaterali da inserirsi in un quadro più generale di difficoltà vissute dalle confessioni acattoliche (si pensi, ad esempio, ai Testimoni di Geova e agli Ebrei⁹) o di complessità delle relazioni diplomatiche ed internazionali con Paesi di forte radicamento dei gruppi protestantici (si pensi, in questo caso, agli Stati Uniti¹⁰).

In realtà, l'attivismo dei pentecostali per la conduzione, in forma decisa ed inesausta, di una vera e propria battaglia per l'affermazione della libertà religiosa, è meritevole di specifica attenzione, nella misura in cui essa ha interessato un intero arco temporale (come si è detto, quello che va dal

⁷ A beneficio dell'immigrato, in una qualsiasi delle diverse fattispecie giuridicamente rilevanti possa venire a trovarsi, vanno riconosciuti i diritti fondamentali della persona e, in questo novero, lo specifico diritto di libertà religiosa. A tale conclusione si giunge non solo facendo riferimento alla legislazione ordinaria, ma soprattutto a mezzo del riferimento alle direttive costituzionali. Com'è ben noto, infatti, l'art. 19 della Costituzione riconosce, con un anticipo – sui tempi attuali – quantomeno lungimirante, il diritto di libertà religiosa a tutti gli individui, e non solo alla ristretta categoria dei cittadini. Ne consegue che tale libertà fondamentale vada garantita, nella sua piena applicazione, in ogni situazione, e, quindi, anche nei centri di permanenza temporanea, creati per ospitare gli stranieri illegalmente entrati nel territorio nazionale. Va da sé, tuttavia, che l'effettività di questo diritto, proprio in riferimento ai suoi fruitori di più recente presenza in Italia, rischia di essere notevolmente compromessa da una prassi amministrativa sostanzialmente negatrice. In merito NICOLA FIORITA, *Immigrazione, diritto e libertà religiosa: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in VALERIO TOZZI e MARCO PARISI (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, Arti Grafiche La Regione, Campobasso, 2007, pp. 285 e ss.

⁸ MARIA D'ARIENZO, *Il ruolo dei Protestanti nell'emancipazione sociale e culturale del Regno d'Italia*, in *Proculus*, 2013, 1-4, p. 34, ricorda come, anche nell'ambito della dottrina ecclesiasticista, il contributo del protestantesimo alle trasformazioni giuridiche e sociali del Paese non sia stato oggetto di attenta considerazione.

⁹ Cfr. CLAUDIO ZAPPALÀ, *La libertà religiosa in Italia nel XX secolo: il caso Sonnino*, Pair, Latina, 2000; PAOLO PICCIOLI, *I testimoni di Geova dopo il 1946: un trentennio di lotta per la libertà religiosa*, in *Studi Storici*, 2002, 1, pp. 167-191.

¹⁰ Cfr. ROMEO ASTORRI, *Il trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Italia e Stati Uniti, la questione della libertà religiosa e i rapporti tra Italia e Santa Sede*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. I, Cedam, Padova, 2000, pp. 55-85.

1948 al 1955), in cui l'impegno per il definitivo consolidamento dei diritti fondamentali delle minoranze religiose si è presentato più problematico, intenso e rilevante. Non va dimenticato come, ad onta dell'approvazione e della successiva entrata in vigore della Carta costituzionale, il forte successo elettorale della Democrazia Cristiana, conseguito dal partito di ispirazione cattolica nell'aprile del 1948, abbia favorito il rin vigorimento delle strategie di influenza clericale sui pubblici poteri, iniziato sin dalla fine del 1945 e lentamente sviluppatosi con la gestione del Ministero degli Interni da parte di Mario Scelba, a partire dal 1947¹¹. In questo senso, un significativo affievolimento delle *chances* di libertà e di attività sociale degli evangelici italiani si è avuto proprio nel 1948, allorquando l'armamentario legislativo adottato in epoca prerespubblicana iniziava a mostrare tutto il suo potenziale antidemocratico ed illiberale, evidenziando la sua inconciliabilità con le esigenze di attuazione del nuovo ordinamento costituzionale¹².

Le azioni concrete di contrasto contro gli abusi subiti dal mondo protestante, resi evidenti dalla tendenza dei primi Governi repubblicani a perseverare nell'applicazione di norme e di prassi amministrative di carattere liberticida, sono state rese manifeste dalla forte reazione rispetto alla messa in opera di una vera e propria attività persecutoria legale nei confronti degli acattolici (in generale) e dei pentecostali (nello specifico). Contestualmente, sullo sfondo, a sostenere la tendenza all'emarginazione sociale dei protestanti italiani, interveniva il subdolo impegno vessatorio del clero cattolico e della Santa Sede, operanti – nella fase storica postcostituzionale – a mezzo di una sottile (e continua) pressione nei confronti delle istituzioni pubbliche

¹¹ Il clima politico a cui si fa riferimento è quello del c.d. 'pieno centrismo', caratterizzato da una considerazione del principio di libertà religiosa nella fisionomia propria di una formula vuota. Ciò appare anche testimoniato dagli editoriali de "La Civiltà cattolica", i quali si contraddistinguevano per l'essere tutt'altro che favorevoli per gli acattolici, orientando in senso conforme la politica ecclesiastica dei Governi dell'epoca. Cfr. GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Costituzione italiana e libertà di coscienza e di culto negli anni del centrismo: il contributo di Giorgio Peyrot*, in ITALO PONS e GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, Genova University Press, Genova, 2013, pp. 64-65.

¹² Sul piano dell'azione di Governo, grazie all'opera del Ministro Scelba, condivisa dall'intero Esecutivo, si assisteva alla piena e completa attuazione delle disposizioni in tema di ordine pubblico adottate in epoca fascista, nonché alla applicazione della legislazione sui "culti ammessi nello Stato" che, proprio durante il periodo della dittatura, aveva limitato e represso le attività di propaganda, di proselitismo, e di culto degli evangelici in tutta Italia. In particolare, nell'arco temporale che va dal 1949 al 1959, queste disposizioni venivano applicate come se le norme costituzionali di libertà non esistessero per nulla, con una durezza raramente riscontrata nello stesso Ventennio fascista. Conformemente a tale tendenza, i precetti costituzionali in materia di libertà religiosa venivano considerati nella fisionomia di mere norme programmatiche, la cui attuazione veniva affidata ad interventi applicativi successivi nel tempo. Per ulteriori approfondimenti GIORGIO PEYROT, *Gli evangelici nel loro rapporto con lo Stato dal fascismo ad oggi*, Società di studi valdese, Torre Pelice, 1977, pp. 21-22.

per la negazione della piena libertà di culto agli acattolici. A fronte di ciò, neanche può essere negata l'importanza – per certi versi controproducente rispetto al perseguimento delle aspettative di libertà degli evangelici – dei dibattiti, delle dispute ideologiche, delle opinioni che sono venute affermandosi nel modo laico e protestantico italiano. Un dinamismo interno che ha assunto i contorni di un confronto continuo – determinatosi tra le varie comunità protestanti e i loro principali protagonisti – per la definizione delle migliori strategie operative da porsi in essere per il superamento della situazione repressiva subita.

In particolare, nel contesto generale di questo dibattito interno all'evangelismo italiano, interesse ed apprezzamento vanno rivolti per l'azione condotta da alcuni studiosi e politici impegnati nella lotta nei confronti dei pregiudizi e degli ostacoli posti a limitazione della piena libertà religiosa. I primi riferimenti sono per Giorgio Peyrot, distintosi non solo per l'essere stato uno dei più dotati studiosi del diritto ecclesiastico, ma anche per aver rivestito (per molti anni) il ruolo di responsabile dell'Ufficio Legale del Consiglio Federale delle Chiese Evangeliche. Un ulteriore cenno va fatto anche a Giorgio Spini, storico e militante socialista¹³, che, insieme a Peyrot, a lungo e tenacemente, è stato tra i principali protagonisti di una decisa opposizione nei confronti delle ritornanti tensioni illiberali dello Stato italiano.

Proprio Peyrot merita una menzione particolare, per l'essersi contraddistinto, durante la prima legislatura repubblicana, insieme ad Arturo Carlo Jemolo, per la denuncia delle numerose violazioni dei principi costituzionali di libertà¹⁴ poste in essere con lo scioglimento di libere adunanze dei fedeli,

¹³ Spini, nella sua lunga attività come studioso del protestantesimo e della storia dell'età moderna, unitamente all'impegno politico come esponente del *Partito d'Azione* e come convinto antifascista, si è molto adoperato in difesa della piena libertà religiosa intesa come specifica garanzia costituzionale fruibile da tutti i consociati e da tutte le formazioni sociali spiritualmente caratterizzate. Ne sono testimonianza l'interesse scientifico per la circolare "Buffarini-Guidi", fortemente condannata dallo storico come uno dei più gravi atti di intolleranza religiosa compiuti dopo l'Unità d'Italia, e l'intensa attività pubblicistica finalizzata alla rimozione del contestato provvedimento mortificante la libertà dei pentecostali. Per una comprensione del pensiero e degli orientamenti ideali dello studioso si veda GIANNI LONG e GIORGIO SPINI, *La libertà religiosa in Italia e Europa*, Claudiana, Torino, 2000.

¹⁴ Jemolo, ad esempio, va ricordato per l'essere stato (insieme a Giacomo Rosapepe e Leopoldo Piccardi) autore del ricorso presentato dalle Assemblee di Dio in Italia al Consiglio di Stato (nel giugno del 1952) per il mancato riscontro positivo alla domanda di riconoscimento giuridico come ente morale presentata dal movimento evangelico. Nel dispositivo di questa istanza, significativamente, il giurista romano evidenziava che il provvedimento del Ministero doveva considerarsi illegittimo perché fondato implicitamente sulle ragioni della circolare "Buffarini-Guidi", da ritenersi illegale in quanto le motivazioni in essa contenute non risultavano conformi con la legislazione ecclesiastica all'epoca vigente e con le indicazioni dell'art. 19 della Costituzione. Riferimenti normativi di principio che, nella visione di Jemolo, richiamavano criteri come l'ordine pubblico e il buon costume diversi da quelli riscontrabili nella stessa circolare e che, comunque, non potevano essere

la chiusura di luoghi di culto e l'interdizione all'esercizio dell'attività pastorale di cui si rendevano artefici le forze dell'ordine sulla base delle disposizioni restrittive della legislazione di epoca fascista¹⁵. Ma il giurista e credente genovese va ricordato, oltre che per la sua convinta azione di supporto alle rivendicazioni dei pentecostali, anche per l'aver contribuito al rinnovamento di una dottrina ecclesiasticistica appiattita sugli schemi concordatari, e arrovellantesi per decenni sul grado di copertura (fino alla stessa costituzionalizzazione) ad essi offerto dalla Carta Fondamentale, contrastando queste letture con l'evidenziazione dell'esistenza delle minoranze religiose¹⁶: distinte le une dalle altre, ciascuna con un proprio patrimonio storico e confessionale, con tratti in grande o piccola parte comuni, ma non comunque il mero "coacervo anonimo degli indistinti". Una specificità spirituale che, per Peyrot, era da affrontare in modo autonomo sul piano giuridico, secondo una metodologia quale mai era stata adottata dai pubblici poteri che, incoraggiati da una dottrina di stampo concordatario, aveva costantemente considerato, impostato e risolto la questione nella scia e in subordinazione delle disposizioni legislative emanate nei riguardi della Chiesa cattolica¹⁷. Laddove, invece, come sosteneva lo studioso valdese, il necessario rinnovamento

rilevati dalla Pubblica Amministrazione, non possedendo essa prerogative discrezionali in materia. Sul punto cfr. STEFANO GAGLIANO, *Cenni storici sulla circolare Buffarini-Guidi (1935-1955)*, Biblion Edizioni, Milano, 2015, pp. 8-9.

¹⁵ Come ebbe a dire GIORGIO PEYROT, *Provvedimenti ostativi dell'autorità di polizia e garanzie costituzionali per il libero esercizio dei culti ammessi*, in *Dir. Eccl.*, 1951, 1 p. 205, «(...) fu questa la fase caratterizzata da una marcata azione del Governo con la quale a mezzo degli organi di polizia si diede luogo ad una serie ininterrotta di atti di intolleranza nell'intendimento manifesto di impedire di fatto agli evangelici di valersi delle nuove libertà sancite anche per essi dalla Costituzione».

¹⁶ L'impegno di Peyrot, quale autorevole giurista ed intellettuale interessato alla tutela delle minoranze religiose, è testimoniato dal continuo attivismo per il conseguimento della piena equiparazione, nei diritti di libertà e di associazione, di tutte le confessioni religiose, compresa quella cattolica. Sul punto cfr. NICOLA COLAIANNI, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze?*, in ITALO PONS e GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, cit., pp. 19-20.

¹⁷ Peyrot era fermamente convinto che, alla base di tale situazione di stallo, vi fosse la tacita accettazione di un preciso orientamento di politica ecclesiastica, contraddistinto dalla sostanziale cattolicizzazione dei rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose, nella finalità di estendere a tutte le organizzazioni spirituali di minoranza buona parte dei privilegi e delle soluzioni normative individuati in favore della Chiesa cattolica. Il pericolo rilevato in questa tendenza, secondo lo studioso genovese, sarebbe consistito nella graduale 'cattolicizzazione istituzionale' di tutte le questioni relative ai rapporti tra i pubblici poteri e i gruppi confessionali, al punto da risolverle non in termini di laicità o di eguale libertà, ma in funzione delle esigenze confessionali cattoliche. Si veda GIORGIO PEYROT, *La politica dello Stato nei riguardi delle minoranze religiose*, in *Il Mulino*, 1971, p. 457. Per una analisi dottrinale di tale linea di pensiero maturata dall'intellettuale valdese, si rinvia a ROBERTO MAZZOLA, *Il concetto di minoranza religiosa nel pensiero giuridico di Giorgio Peyrot*, in ITALO PONS e GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, cit., pp. 32-33.

nel campo della legislazione ecclesiastica non avrebbe potuto prodursi se non nel quadro del dettato costituzionale.

Nello stesso senso, va interpretata anche l'azione di Mario Alberto Rollier, militante socialdemocratico e federalista europeo di fede valdese¹⁸, o, in aggiunta, di personalità non riconducibili direttamente al mondo protestante, ma impegnate nel sostenere la causa della piena libertà religiosa (quali sono, certamente, state Gaetano Salvemini¹⁹ e, su un livello politico-parlamentare, il socialdemocratico Luigi Preti²⁰).

Emerge, così, un affresco abbastanza variegato, che mette in luce come, anche all'interno del mondo evangelico italiano, vi fossero differenze di sen-

¹⁸ L'azione di Rollier, molto attivo nelle organizzazioni giovanili evangeliche e aperto anche alla collaborazione con laici antifascisti come Antonio Banfi e Lelio Basso, si è contraddistinta per la difesa dell'autonomia delle popolazioni valdesi, nella logica della rivendicazione della piena libertà religiosa degli acattolici e della laicità dello Stato. A tale proposito, Rollier è stato tra i firmatari della Dichiarazione dei rappresentanti delle popolazioni alpine, nota come *Carta di Chivasso*, del 1943, in cui si rivendicava l'autonomismo (anche religioso) nella prospettiva della federazione europea. Per ulteriori approfondimenti cfr. CINZIA ROGNONI VERCELLI, *Mario Alberto Rollier. Un valdese federalista*, Editoriale Jaca Book, Milano, 1991, pp. 63 e ss.

¹⁹ Proprio quella di Salvemini può dirsi essere stata una delle voci più autorevoli a difesa della libertà religiosa, anche in ragione del suo incontro con il protestantesimo statunitense, da cui aveva derivato il suo autodefinirsi 'esule cristiano non cattolico' e il convincimento del valore positivo della lezione morale del Vangelo, sganciata da qualsiasi (formale ed informale) professione di fede al Vaticano. Su queste basi ideologiche, l'intellettuale pugliese, aderendo alle battaglie condotte in difesa della laicità dello Stato, definiva, in positivo, i protestanti come le "bestie nere dei clericali", responsabili degli atti di intolleranza ai danni degli evangelici, con la complicità delle autorità governative e nel silenzio sostanziale dei partiti laici (preoccupati di indebolire il fronte dell'anticomunismo e di favorire possibili appiattimenti della Democrazia Cristiana con le formazioni politiche espressive della destra conservatrice). Si veda STEFANO GAGLIANO, *Lotta per l'Italia laica e protestantesimo (1948-1955)*, cit., p. 192; SERGIO LARICIA, *La libertà religiosa nella società italiana*, in PIERO BELLINI (a cura di), in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Il Mulino, Bologna, 1975, pp. 353 e ss.

²⁰ Anche il contributo di Preti – nel suo ruolo di membro dell'Assemblea Costituente, di parlamentare e di Presidente delle Assemblee di Dio in Italia – può dirsi essere stato significativo, soprattutto se si ricordano i discorsi e gli interventi alla Camera dei Deputati a sostegno della piena libertà religiosa degli evangelici e a denuncia dell'atteggiamento fortemente ostruzionistico della Chiesa (e delle forze politico-sociali che ne sostenevano gli orientamenti). In particolare, va ricordata l'insistenza con cui Luigi Preti richiamava, nei suoi discorsi pubblici, la vigenza dell'articolo 15 del Trattato di Pace del 10 febbraio 1947, reso esecutivo con Decreto Legislativo C.P.S. n. 1430 del 28 novembre 1947 («L'Italia prenderà tutte le misure necessarie per assicurare a tutte le persone soggette alla sua giurisdizione, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione, il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ivi compresa la libertà d'espressione, di stampa e di diffusione, di culto, di opinione politica e di pubblica riunione»). Una norma che, secondo lo storico deputato socialdemocratico, nello stabilire l'assoluto rispetto della libertà religiosa di tutti i cittadini, poteva essere ben invocata in sede internazionale, al punto che, nelle ipotesi di una sua mancata osservanza, avrebbe potuto determinare una significativa perdita di credibilità dell'Italia (passibile dell'accusa di porre in essere una politica poco trasparente e discriminatoria nei confronti delle minoranze religiose). In merito SALVATORE ESPOSITO, *Un secolo di pentecostalismo italiano. Cenni sulle origini, le discussioni parlamentari, l'assetto contemporaneo delle Assemblee di Dio in Italia*, The Writer Edizioni, Milano, 2013, pp. 97-100.

sibilità e d'impostazione nella battaglia da intraprendere per la rivendicazione della libertà religiosa, quale comune obiettivo da conseguire nella articolazione delle posizioni ideali e strategiche rilevabili. Sotto questo profilo, si può porre l'accento sulla separazione emergente tra le Chiese protestanti di più risalente presenza e strutturazione nel territorio italiano (quali risultavano essere le comunità battiste, metodiste e, soprattutto, valdesi), da una parte, e i gruppi pentecostali, dall'altra. Proprio il movimento pentecostale si contraddistingueva per l'essere dotato di una minore organizzazione gerarchica interna, per una significativa capacità proselitica, per la partecipazione ad esso delle classi sociali meno abbienti, e per un radicamento territoriale nel Meridione d'Italia: tutti elementi per cui questo specifico culto evangelico si presentava sgradito al conservatorismo di matrice cattolica e si prestava alla realizzazione di forme di controllo autoritario dell'ordine pubblico, proprie dei primi anni di vita della Repubblica, soprattutto ad opera degli organi di polizia.

L'esistenza di gruppi spirituali così differenti tra loro, benché tutti riconducibili alla comune matrice evangelica, si dimostrava tale da rendere difficili i loro vicendevoli rapporti, spesso inaspriti anche dal fastidio, nutrito da alcune delle confessioni cristiane già radicate e strutturate in Italia, proprio per l'attivismo manifestato dal culto pentecostale. Facendo leva su tale clima sociale e sulle reciproche diffidenze interne all'evangelismo italiano, l'episcopato cattolico e i movimenti più immediatamente gravitanti intorno ad esso hanno avuto gioco facile per condurre un'azione di accentuazione dei contrasti e, per tale via, avallare le (più o meno sottili) strategie repressive ai danni dei pentecostali.

3. Conclusioni

Tuttavia, pure a fronte di questo atteggiamento parzialmente autoleisionistico riferibile ai disegni operativi posti in essere dalle comunità confessionali evangeliche, non può giungersi alla conclusione che l'azione del protestantesimo italiano non sia stata – nel suo complesso – tutta finalizzata alla rivendicazione caparbia della piena libertà religiosa. Al netto delle distinzioni e delle inevitabili incomprensioni interne al movimento evangelico, deve – in ogni caso – attribuirsi alla Tavola Valdese il merito di aver svolto un ruolo centrale nella proposizione dei ricorsi legali e nella conduzione della lotta politico-parlamentare con i refrattari pubblici poteri. Una constatazione che consente di non nascondere la capacità della Chiesa valdese sotto questo aspetto (in ragione della sua significativa istituzionalizzazione,

del suo radicamento sociale, della sua ristretta collocazione geografica) di essersi proposta come avanguardia confessionale evangelica delle richieste di compiuta cittadinanza spirituale²¹, nella logica disegnata dalla Carta costituzionale repubblicana.

Oltre a tale interessante analisi dei rapporti sviluppatasi all'interno dell'universo evangelico nazionale, lo studio delle vicende che hanno visto come protagonista il movimento pentecostale consente, indirettamente, anche un'indagine relativa alle inclinazioni politiche manifestate dai protestanti italiani. Si tratta di un aspetto di non secondario rilievo, tenuto conto del fatto che le congetturate affinità e consonanze ideali tra gli evangelici e i comunisti hanno rappresentato parte delle argomentazioni addotte dalle istituzioni pubbliche e dalle gerarchie ecclesiastiche cattoliche per screditare il movimento protestante italiano nella considerazione della politica e dell'opinione pubblica statunitense (sensibili alle dinamiche conseguenti alla contrapposizione politica, ideologica e militare che è venuta a crearsi intorno al 1947 tra due blocchi internazionali, categorizzati come Occidente – gli Stati Uniti d'America, gli alleati della Nato e i Paesi amici – e l'Oriente, o blocco comunista – l'Unione Sovietica, gli alleati del Patto di Varsavia e i Paesi 'satelliti').

In questo clima politico-sociale, si registravano, in continuazione, campagne di stampa, denunce del clero cattolico, rapporti prefettizi e degli organi di polizia attraverso cui si accusavano gli evangelici di una attitudine di favore per le attività ideali perseguite dai comunisti e di strategie operative concrete in sinergia con le amministrazioni comunali di sinistra. In realtà, almeno in parte, tali supposizioni trovavano una conferma empirica soprattutto nell'Italia meridionale, ove i gruppi evangelici minori individuavano come loro referenti politici più immediati le formazioni partitiche di matrice comunista, ricevendo in cambio sostegno per la rivendicazione delle loro legittime aspettative di libertà. Diversamente, nelle regioni del centro e del nord Italia, anche a causa di una più risalente presenza evangelica,

²¹ Da un esame dei documenti custoditi nell'Archivio Storico della Tavola Valdese si può ben cogliere come questa specifica parte delle Chiese evangeliche italiane abbia avvertito, al suo interno, l'esigenza di promuovere un'azione di pressione sociale e di rivendicazione delle istanze di libertà, ponendosi come terminale naturale in grado di accogliere le diverse esigenze rilevate dalle frange più diverse del mondo protestantico nazionale, anche grazie al forte radicamento storico del movimento valdese. Ne è testimonianza il fatto che, già durante i Governi Bonomi e Parri, la Tavola Valdese cercasse di esercitare un'azione presso il Ministero dell'Interno e la Direzione Generale degli Affari dei Culti affinché fosse data una interpretazione più estensiva della legislazione fascista in materia di libertà religiosa, per poi procedere ad una (finora mai intervenuta) riorganizzazione normativa in materia. Cfr. SANDRO PALMIERI, *La battaglia per la libertà religiosa: Ugo La Malfa e i partiti laici nel dopoguerra*, in *Annali della Fondazione Ugo La Malfa. Storia e politica*, XXIV, 2009, pp. 34 e ss.

le simpatie politiche protestantiche si indirizzavano ai partiti di estrazione laica, e, segnatamente, ai repubblicani e ai socialdemocratici. Sulla base di questa sommaria ripartizione delle tensioni politiche, si staglia l'importanza del ruolo svolto dai protagonisti del mondo evangelico italiano per la nascita dell'*Unione Popolare*, un piccolo gruppo politico che va ricordato per aver determinato l'insuccesso del tentativo di quattro partiti di centro (la *Democrazia Cristiana*, il *Partito Repubblicano*, il *Partito Liberale*, il *Partito Socialdemocratico Italiano*) nell'ottenere la maggioranza assoluta (e il conseguente premio di maggioranza) nelle consultazioni elettorali del 1953. Grazie alla costituzione di questa piccola (ma combattiva) formazione partitica, a cui contribuivano personaggi del calibro di Piero Calamandrei e Ferruccio Parri, si riusciva nell'intento di indirizzare una significativa componente dei suffragi espressi dai protestanti italiani, così da contrastare le ambizioni di affermazione elettorale della c.d. "quadruplica"²². Con ciò fornendo un supporto non irrilevante alla causa della piena affermazione della libertà spirituale degli acattolici.

Conclusivamente, nel quadro complessivo della storia della libertà religiosa in Italia, le tormentate vicende interessanti l'affermazione della libertà di fede dei pentecostali si inseriscono nel contesto internazionale dell'epoca. La consapevolezza per cui la prosecuzione delle vessazioni ai danni dei pentecostali avrebbe determinato non pochi danni alla salute delle buone relazioni tra la neonata Repubblica italiana e le Nazioni occidentali (*in primis* Gran Bretagna e Stati Uniti)²³, ove le comunità evangeliche – grazie anche

²² Tra le migliaia di voti ottenuti dall'*Unione Popolare*, che si ispirava idealmente a *Giustizia e Libertà*, vi sarebbero state anche le preferenze espresse da moltissimi valdesi, conquistati dall'intensa campagna politica di rivendicazione della piena libertà religiosa condotta da Giorgio Spini e da Giorgio Peyrot. Questi ultimi, grazie anche al supporto di *Unione Popolare*, avevano convinto alcune formazioni partitiche di sinistra (come *Autonomia Socialista*) ad inserire nel programma elettorale diversi passaggi in favore delle istanze di libertà religiosa delle minoranze acattoliche, pur se non nella forma di un vero e proprio manifesto di denuncia delle vessazioni subite (come pure sarebbe stato positivo fare). Ad ogni modo, tale strategia si rivelava positiva, contribuendo al mancato conseguimento del premio di maggioranza previsto dalla c.d. 'legge truffa'. Cfr. STEFANO GAGLIANO, *Lotta per l'Italia laica e protestantesimo (1948-1955)*, cit., pp. 150-151.

²³ Va rilevato come, sin dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, le potenze occidentali di cultura protestantica hanno supportato le comunità evangeliche italiane nelle loro richieste di completa attuazione del dettato costituzionale in tema di libertà religiosa. In particolare, i contrasti sorti rispetto al godimento delle guarentigie relative alla libertà di culto già nel 1945 avevano determinato vivaci proteste negli ambienti protestanti americani, al punto da coinvolgere la Segreteria di Stato statunitense e il Ministero degli Esteri italiano, interessati dalle denunciate discriminazioni patite dai ministri di culto evangelici e dai loro seguaci. Ciò, al punto che, proprio negli anni successivi al secondo conflitto bellico, si poneva all'attenzione della Presidenza del Consiglio, da parte del Ministro degli Esteri De Gasperi, il suggerimento di una revisione della legislazione fascista relativa alle confessioni acattoliche, che, pur costituendo – nel clima della

al loro peso politico-sociale – hanno sempre ottenuto considerazione nelle loro legittime richieste di visibilità spirituale) è stata tale (insieme ad altri fattori) da indurre la Corte costituzionale a rendere giustizia alle aspettative di libertà degli evangelici.

La concomitanza di tanti elementi (l'attivismo del movimento valdese, la caparbieta del gruppo spirituale dei 'tremolanti', il sostegno alla causa della libertà religiosa dei protestanti da parte delle Nazioni di cultura anglossassone) può dirsi aver cospirato positivamente per il successo delle ambizioni di pieno riconoscimento giuridico dei pentecostali. Si determinava, così, un clima politico-giudiziario utile alla deliberazione del Consiglio di Stato, che, con sentenza n. 733 del 10 novembre 1954, avrebbe confermato una serie di vittorie giudiziarie contro la proscrizione del movimento pentecostale, dichiarando nella fattispecie la legittimità del ricorso delle Assemblee di Dio in Italia per il conseguimento della personalità giuridica. A ciò faceva seguito, nel dicembre dello stesso anno, un incontro tra i responsabili delle Assemblee di Dio in Italia e il Direttore Generale dei Culti, il quale assicurava, sorprendentemente, che il Ministero non considerava più in vigore la circolare "Buffarini-Guidi", anche se il Consiglio Federale delle Chiese Evangeliche rilevava non esservi un formale provvedimento di revoca diretto alle autorità periferiche statuali. Tuttavia, di lì a breve, il Ministero dell'Interno, a fronte degli orientamenti del Consiglio di Stato e delle assoluzioni ottenute dai pentecostali in innumerevoli processi per imputazioni illegittime, il 16 aprile del 1955 diramava a tutti i prefetti e alle autorità regionali l'ordine ufficiale di revoca della circolare n. 600/158 del 1935.

Come si è argomentato, la repressione condotta non aveva arrestato l'azione rivendicatrice di libertà dei pentecostali, che, con tenacia, ottenevano, dopo il ritiro della circolare "Buffarini-Guidi", in un breve lasso di tempo, la caducazione delle norme più penalizzanti contenute nel Testo Unico di Pubblica Sicurezza (artt. 18 e 25 del Regio Decreto n. 773 del 18 giugno 1931²⁴). Poi, la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 24 novembre

dittatura – un limitato progresso per la piena eguaglianza delle organizzazioni confessionali, si dimostrava lacunosa e incapace di garantire una soddisfacente libertà di propaganda e di proselitismo religioso in regime di democrazia e pluralismo postcostituzionale. Una questione che, per De Gasperi, avrebbe dovuto essere esaminata anche alla luce delle ripercussioni internazionali implicate. Cfr. GIOVANNI SALE, *De Gasperi, gli Usa e il Vaticano: all'inizio della guerra fredda*, Editoriale Jaca Book, Milano, 2005, pp. 190-200.

²⁴ Rispetto all'art. 18, la Corte costituzionale, con sentenza n. 27 del 31 marzo 1958, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di questa norma nella parte relativa alle riunioni non tenute in luogo pubblico, in riferimento all'art. 17 Cost. Quindi, la Consulta, con sentenza n. 90 del 10 giugno 1970, ha dichiarato la illegittimità costituzionale del comma III dell'art. 18, nella parte in cui non limita la previsione punitiva a coloro che prendono la parola essendo a conoscenza

1958, nel giudicare illegittime le disposizioni del Regio Decreto 28 febbraio 1930 n. 289, relativamente alla necessità di autorizzazione ministeriale per l'apertura di templi e di oratori acattolici e di riconoscimento statale del ministro di culto ai fini dello svolgimento di funzioni religiose, sanciva il definitivo superamento delle disposizioni illiberali di epoca fascista²⁵. Oltre a ciò, per la prima volta, una legge collegata, sia pure in forma indiretta, alla disciplina concordataria derivata dai Patti Lateranensi, veniva valutata alla luce dei principi costituzionali e, in base a questi ultimi, veniva (almeno parzialmente²⁶) inficiata²⁷.

In questo clima di rinnovata attenzione per l'effettività dei diritti fondamentali, nel primo decennio di giurisprudenza costituzionale si registravano numerose pronunce della Corte relative alle questioni della tutela dei diritti civili, delle libertà costituzionali, dei rapporti tra Stato e confessioni religiose. In coincidenza con l'inizio dell'attività del giudice naturale sulla costituzionalità delle leggi, si ponevano le premesse per una profonda trasformazione della realtà italiana e per un'evoluzione democratica della società civile e dell'ordinamento giuridico, idonee a soddisfare l'esigenza di armonizzazione del sistema rispetto ai valori costituzionalmente garantiti²⁸.

dell'omissione di preavviso prevista dal primo comma. Il Giudice delle Leggi, con altra sentenza, la n. 11 del 10 maggio 1979, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo articolo, secondo periodo, nella parte in cui prevede la incriminazione contravvenzionale di coloro che prendono la parola in riunione in luogo pubblico essendo a conoscenza della omissione di preavviso previsto nel primo comma.

In riferimento all'art. 25, la Consulta, con sentenza n. 45 del 18 marzo 1957, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di questa norma nella parte in cui prescrive l'obbligo del preavviso per le funzioni, cerimonie e pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico, rispetto all'art. 17 Cost.

²⁵ Va anche detto che, con l'avvenuta abrogazione di queste norme della legislazione sui "culti ammessi", si determinava l'attenuazione dei principali punti di contrasto tra lo Stato e le organizzazioni confessionali di minoranza, facendo venir meno in queste ultime l'interesse per una stipulazione immediata degli accordi bilaterali, di cui all'art. 8, comma III, Cost. In questo senso SARA DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987.

²⁶ Solo parzialmente, in quanto la legislazione del 1929 sui culti acattolici, nel suo complesso, fatte salve le parti più evidentemente in contrasto con la legalità costituzionale, viene ritenuta vigente come provvedimento relativo alla libera organizzazione delle confessioni di minoranza, strutturabile a mezzo dell'autodeterminazione statutaria prevista dall'art. 8 della Carta. Sono, invece, colpite da censura tutte le limitazioni e le condizioni apposte all'esercizio del culto religioso, di per sé garantito dall'ampissimo impianto di tutele di cui all'art. 19 Cost.

²⁷ ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *La libertà religiosa individuale e collettiva nelle sentenze della Corte costituzionale*, in RAFFAELE BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 309.

²⁸ Per approfondimenti si veda SERGIO LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci Editore, Roma, 2011, pp. 105-117.

Per tale via, si chiudeva anche il periodo delle vessazioni nei confronti delle comunità protestantiche, del tutto ingiustificabile alla luce della nuova legalità democratica e della centralità del principio pluralista caratterizzanti di sé l'avvento dell'epoca repubblicana e il superamento del triste periodo della dittatura fascista.

*Gli sponsali: alcune riflessioni a partire da un libro di Jean Gaudemet**

LUCIA SCALERA

1. *Premessa*

“Il matrimonio non è più di moda”. Questa espressione, ripresa da un quotidiano francese¹, è riportata da Jean Gaudemet in apertura del volume *Il matrimonio in Occidente*, nella traduzione italiana di Bruno Pistocchi del 1989. È un’espressione “forte”, specie se inserita in un’opera scientifica, un testo di sicuro interesse perché fornisce una raffigurazione del matrimonio canonico che va oltre l’aspetto istituzionale, per presentarlo altresì come «un fatto sociale, legato alle condizioni di vita e allo stato delle persone»². È evidente che, se l’istituzione matrimoniale continua ad essere in crisi, come dimostra il crescente numero delle separazioni, dei divorzi e delle unioni libere, parlare di fidanzamento può sembrare addirittura anacronistico.

Tuttavia Gaudemet vi ha dato rilievo – pur in un libro che non è dedicato specificatamente all’istituto in questione – avendone continuamente sottolineato, in parallelo all’istituzione matrimoniale, l’incidenza nei vari periodi storici e fornendo così lo spunto per queste brevi riflessioni.

2. *Gli sponsali nei codici di diritto canonico latino*

Il Codice di diritto canonico del 1983 nel can. 1062 al par. 1 dispone che l’istituto degli sponsali è regolato dal diritto particolare stabilito dalla Conferenza episcopale, tenendo conto di consuetudini e leggi civili³. Non indica,

* Il presente contributo è destinato agli Studi in onore del Prof. Mario Tedeschi.

¹ Si tratta di *Le Monde* del 2 febbraio 1984, come riferisce lo stesso JEAN GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, traduzione italiana di BRUNO PISTOCCHI, Società Editrice Internazionale, Torino, 1989, p. 361, nt. 1.

² JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 5.

³ Cfr. can. 1062, § 1, C.J.C. del 1983: «*Matrimonii promissio sive unilateralis sive bilateralis, quam*

dunque, particolari requisiti di forma, a differenza del codice previgente, che sanciva la nullità della promessa di matrimonio fatta senza l'osservanza di determinate prescrizioni⁴.

La Conferenza episcopale italiana, cui fa rinvio il can. 1062 del codice vigente, con delibera n. 9 del 23 dicembre 1983, ha disposto che «*non emana normative particolari per la promessa unilaterale o bilaterale di matrimonio (sponsalia) in Italia*»⁵.

Il § 2 del predetto canone riprende poi in gran parte la lettera del §3 del can. 1017 del *c.j.c.* del 1917 quando afferma che dalla promessa di matrimonio non deriva l'azione per esigerne la celebrazione, ma deriva quella per richiedere il risarcimento del danno, se dovuto. Il codice del 1917 conteneva l'ulteriore precisazione che la promessa di matrimonio dovesse essere valida e che non vi fosse alcuna giusta causa che ne giustificasse l'inadempimento.

Dal confronto fra le due disposizioni, l'impressione che si ricava è che nella codificazione attuale – rispetto alla precedente – ci sia stata un'attenzione minore all'istituto in questione.

Un argomento è sicuramente quello letterale: il *Codex* del 1917 al can. 1017 chiariva senza alcun dubbio che il termine *sponsalitia* si riferiva esclusivamente alla promessa bilaterale di matrimonio («...*Matrimonii promissio sive unilateralis, sive bilateralis seu sponsalitia*»)⁶; il codice vigente non è altrettanto preciso: il can. 1062 in senso letterale riferisce l'espressione *sponsalia*, in generale, alla promessa di matrimonio. Quando il predetto canone afferma: «*Matrimonii promissio sive unilateralis sive bilateralis, quam sponsalia vocant,....*», il pronome «*quam*» è sicuramente relativo alla promessa di matrimonio, ma non è chiaro se solo a quella bilaterale o anche a quella unilaterale; quest'ultima in ogni caso – perché possa parlarsi di sponsali – seguita almeno da *repromissio*. Ma, com'è stato autorevolmente osservato, seppur con riferimento al *c.j.c.* del 1917- che, peraltro, specificava come fosse *sponsalitia* solo la promessa bilaterale – «*nel diritto vigente non c'è più luogo*

sponsalia vocant, regitur iure particulari, quod ab Episcoporum conferentia, habita ratione consuetudinum et legum civilium, si quae sint, statutum fuit.

⁴ Cfr. can. 1017 C.J.C. del 1917, § 1: «*Matrimonii promissio sive unilateralis, sive bilateralis seu sponsalitia, irrita est pro utroque foro, nisi facta fuerit per scripturam subsignatam a partibus vel a parrocho aut loci Ordinario, vel a duobus saltem testibus*» e § 2: «*Si utraque vel alterutra pars scribere nesciat vel nequeat, ad validitatem id in ipsa scriptura adnotetur et alius testis addatur qui cum parrocho aut loci Ordinario vel duo bus testibus, de quibus in § 1, scripturam subsignet.*

⁵ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Delibera n. 9 del 23/12/1983, in *Notiziario C.E.I.*, n. 7 del 23/12/1983, p. 210.

⁶ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 97: «...è *sponsalitia* solo la promessa bilaterale, non quella unilaterale».

a sponsali integrati da promessa, sia pure scritta, e da repromissio implicita, come i vecchi canonisti scorgevano nel fatto della donna che si concedeva a chi le aveva promesso le nozze »⁷.

Altro argomento che induce a ritenere una minore considerazione verso gli sponsali da parte del codice vigente è il demandarne la regolamentazione alla Conferenza episcopale, senza precisare – come faceva il codice previgente – i requisiti di forma, che illustrava nel dettaglio⁸.

Infine, è da registrare proprio l'atteggiamento della Conferenza Episcopale Italiana, che, come dicevamo, ha stabilito di non emanare normative particolari al riguardo.

3. Gli sponsali: da fatto sociale a vincolo giuridico

Se “il matrimonio non è più di moda” – per riprendere la citazione di Gaudemet in apertura di queste considerazioni – potremmo allora dire che gli sponsali lo siano ancor meno. E questo – dalla minore attenzione che il *c.j.c.* sembra riservarvi – anche nell'ordinamento della Chiesa.

Eppure questo istituto – che ha conosciuto una importanza massima nel periodo pretridentino⁹ – pare debba proprio all'influenza delle concezioni cristiane¹⁰ la trasformazione della sua rilevanza da quasi esclusivamente sociale – come avveniva nell'epoca classica del diritto romano¹¹ – a giuridica, nel senso che «*la legislazione imperiale postclassica tende sempre più ad attribuire al fidanzamento effetti giuridici*»¹².

Per la verità, non è che il diritto romano classico considerasse gli sponsali assolutamente non rilevanti, ma «*non vi è dubbio che all'epoca fosse sufficiente a liberare da tale vincolo la sola dichiarazione di non volersi più sposare (D., 24, 2, 2, 2) e che ogni stipulazione contenente una penale per il caso di mancata celebrazione delle nozze fosse considerata, secondo un noto passo di Paolo, non secundum bonos mores*»¹³.

⁷ *Ivi*, pp. 97-98.

⁸ Cfr. can. 1017 *c.j.c.* del 1917, § 1 e § 2.

⁹ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰ Cfr., in proposito, EDOARDO VOLTERRA, *Sponsali (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971, p. 34 e JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 42.

¹¹ Cfr. EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 34 e PASQUALE LILLO, *Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 283.

¹² EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 37.

¹³ GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, CEDAM, Padova, 1996, p.

È dunque dal IV secolo che comincia a delinearsi un «nuovo tipo di fidanzamento, che risponde alle concezioni cristiane caratterizzato dal compimento di determinate forme, spesso corrispondenti ad atti del rituale cristiano in uso presso antiche Chiese orientali»¹⁴, in linea cioè con l'atteggiamento della Chiesa che, «ritenendo importante l'impegno del fidanzamento per il rispetto della parola data, incoraggiò tutto ciò che serviva a dargli pubblicità, condannandone la rottura non giustificata da seri motivi»¹⁵.

È pertanto – come dicevamo – la legislazione imperiale postclassica che attribuisce particolare rilievo al fidanzamento cristiano¹⁶, il quale viene via via ad identificarsi con quello arrale¹⁷.

69. L'Autore indica tuttavia una serie di previsioni che «evidenziano un'attenzione tutta particolare al momento costitutivo del vincolo e alla creazione di un vero e proprio status, ad immagine e somiglianza di quello matrimoniale, rilevante a certi effetti anche verso i terzi» (ivi, p. 70). Nel dettaglio, l'A. indica «l'esonerazione dalla testimonianza, la previsione di una serie di impedimenti matrimoniali, l'inclusione dei fidanzati nella *lex Pomponia de parricidiis*, l'equiparazione della fidanzata alla moglie (ma non del fidanzato al marito) agli effetti della *lex Iulia de adulteriis*, l'estensione al fidanzato del divieto di alienazione del fondo dotale, la parificazione del fidanzamento al matrimonio nella *lex Iulia et Papia*, la concessione allo sponsus dell'*actio iniuriarum* per le offese d'ogni genere arrecate alla sponsa» (ivi., pp. 69-70). Anche EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 36, dopo aver precisato che «l'esame delle fonti in tema di sponsali persuade che l'istituto nel diritto classico aveva un'importanza quasi esclusivamente sociale», indica «gli effetti giuridici collegati alla promessa di matrimonio».

¹⁴ EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 36.

¹⁵ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 42. Sottolinea BERTRAND KURTSCHIED, *De effectibus iuridicis sponsalium secundum ius vigens ecclesiasticum et civile*, in *Apollinaris*, 1938, p. 38, come «*Ecclesia ratione habita indolis moralis et religiosae matrimonii etiam sponsalibus valorem maiorem quam ius civile attribuit*».

¹⁶ Cfr. EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 36 e GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da PAOLO ZATTI, vol. I: *Famiglia e matrimonio*, a cura di GILDA FERRANDO, MARCELLA FORTINO, FRANCESCO RUSCELLO, Giuffrè, Milano, 2011, p. 325.

¹⁷ «Confermare sponsalia per arrham ius Romanum posterius permisit, imo ius Byzantinum – contra leges antiquiores – sponsalibus addere poenam conventionalem concessit» (BERTRAND KURTSCHIED, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 37). Sul punto v. anche EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 36 e GIACOMO OBERTO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, p. 326. Precisa inoltre CARLA FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, L'«erma» di Bretschneider, Roma, 2005, pp. 101-102: «Si sostiene in dottrina che il diritto romano accolse il fidanzamento arrale perché era il fidanzamento cristiano in uso presso antiche chiese d'Oriente, fidanzamento che ottenne il riconoscimento della legislazione del tardo Impero attraverso costituzioni di imperatori cristiani. Ma, di contro, pur riconoscendo che il cristianesimo abbia favorito la diffusione in Occidente del fidanzamento arrale si nega che sia stato accolto da Roma, perché di fondamentale importanza nella Chiesa cristiana, e si spiega la sua ricezione nel diritto romano, perché questo aveva già in sé punti di riferimento e di contatto che lo resero capace di accoglierlo, benché espressione di una diversa cultura». Aggiunge altresì l'Autrice che «continua ad esistere, in epoca postclassica e giustiniana, anche il fidanzamento classico, privo di forma, basato su un sistema di completa libertà; infatti, nella compilazione giustiniana, si ritrovano norme che si riferiscono sia al fidanzamento arrale che al fidanzamento classico ... Circa il rapporto tra questi due tipi di fidanzamento si sostengono in dottrina due tesi opposte: secondo l'una costituirebbero due sistemi diversi di fidanzamento; secondo l'altra il fidanzamento arrale sarebbe l'antico fidanzamento classico cui si aggiunge la dazione delle arre» (ivi, pp. 95-96).

Le *arrae sponsaliciae*¹⁸ non erano costituite necessariamente da denaro, ma anche da altro «oggetto di valore dato alla fidanzata come segno di affetto, che assume anche valore giuridico»¹⁹. Nicola I preciserà infatti che «*post sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissa foedera et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei a se annulo insignitum desponderit ambo ad nuptilia foedera perducuntur*»²⁰.

In seguito la tradizione germanica introdurrà due atti e due momenti: la *desponsatio*, ossia la promessa che crea l'obbligo – da parte dello sposo verso il titolare del *mundium* sulla donna – di prenderla in moglie – e la *traditio puellae*, ossia la consegna della ragazza, «atto simbolico perché lo sposo poi riconsegnava la donna al *mundualdo* affinché la custodisse fino al giorno del matrimonio»²¹.

È il caso di sottolineare come il termine *desponsatio*, nuovo per il diritto romano, aveva fatto la sua comparsa già a partire dal III secolo per indicare il matrimonio ebraico, in particolare quello della Vergine Maria, ossia – in genere – «un impegno più forte del fidanzamento romano»²², dunque in un'accezione vicina, ma non sovrapponibile, a quella di *sponsalia*.

4. Gli sponsali nel periodo pre-tridentino

A partire dall'XI secolo, quando si afferma il monopolio giurisdizionale e legislativo della Chiesa in materia matrimoniale a causa della crisi che attraversa l'autorità politica in Europa²³, le riflessioni dei canonisti e dei teologi non trascureranno il fidanzamento.

¹⁸ Nella lingua greca il verbo ἀρραβώνισσαι, da cui deriva il termine “*arra*”, significa – oltre che “dare una garanzia, garantire” – anche “promettere in matrimonio, essere dato come fidanzato” (v. FRANCO MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, Loescher editore, Torino, 2004, p. 343). Sul punto v. anche EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, loc. cit., p. 36, nt. 2.

¹⁹ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 42. Come scriveva IRNERIO, *Summa codicis*, (a cura di Hermann Fitting, Guttentag, Berlino, 1894,) V, 2, p. 137, «*arre quidem sponsaliciae sunt quae a sponso eiusve parte sponse eiusve parti dantur....*» e aggiungeva: «*.... in cuius locum hodie pignora ab utraque parte dantur*».

²⁰ NICOLA I, *Responsio ad consulta Bulgarorum* (v. in GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, t. II: *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 316 – 317). Precisa però JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 42, che «la consegna di un anello alla fidanzata... più che un pegno ... forse è l'affermazione della fede cristiana».

²¹ PIETRO VACCARI, *Sponsali (Diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, UTET, Torino, 1971, p. 38.

²² JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 44.

²³ Cfr., in proposito, GABRIEL LE BRAS, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an Mille*, in *Dictionnaire de théologie catholique*, t. IX-2, Letouzey et Ané, Parigi, 1927, p. 2123 e ADHÉMAR ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Recueil Sirey, Parigi, 1929, p. 27 ss.; JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 105.

Graziano ne parla, ma usa l'espressione *desponsata*²⁴ per indicare la ragazza che si è impegnata alle nozze. Il riferimento è al termine *desponsatio*, non agli *sponsalia* «che, ormai dimenticati da tanto tempo, continuano ad essere ignorati dai canonisti»²⁵.

Intanto un contemporaneo di Graziano, Pietro Lombardo, ricorre ad una terminologia nuova: «*verba de futuro*» e «*verba de praesenti*»²⁶ per distinguere le parole che impegnano per il futuro (ossia il fidanzamento) da quelle che impegnano per il presente (ossia il matrimonio).

Dunque è la scuola francese che riporta l'attenzione sul fidanzamento, utilizzando delle espressioni che si accostano maggiormente alla nozione di *sponsalia*²⁷, di fidanzamento, piuttosto che al «*termine equivoco desponsatio*»²⁸. Infatti coloro che pronunciano *verba de futuro* esprimono una promessa, ma fra loro non c'è un vincolo irrevocabile, «*que si le sponsus per verba de futuro contracte mariage avec une autre personne que sa fiancée, ce mariage tient*»²⁹.

Graziano, invece, sostiene che «*in desponsatione coniugium iniziatur, non perficitur*»³⁰ e la moglie «*a prima fide desponsationis coniunx dicitur appellari quia ex fide, quam ex desponsatione sibi invicem debent, postea efficiuntur coniuges*»³¹: non si tratta di una semplice promessa, ma di un impegno più forte. È la polemica fra la scuola bolognese e quella francese, che si affianca a quella sulla natura reale (sostenuta dalla prima) o consensuale (sostenuta dalla seconda) del contratto matrimoniale e che – come per quest'ultima – vedrà il prevalere della scuola di Parigi su quella di Bologna.

Più propriamente, si giungerà «ad una sorta di compromesso»³², nel

²⁴ Cfr. GRAZIANO, *Decretum*, C. XXVII, q. II.

²⁵ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 123.

²⁶ Cfr. PIETRO LOMBARDO, *Sententiarum Libri*, L. IV, D. XXVII (v. in GIUSEPPE CAPUTO, *op. cit.*, p. 360): «*Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de futuro, sed de praesenti. Si enim consentiunt in futurum, dicentes: Accipiam te in virum, et: Ego te in uxorem, non est iste consensus efficax matrimonii*».

²⁷ Cfr. GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., p. 72, che sottolinea che alle parole *verba de futuro* «cominciò ad essere riservata con sempre maggior frequenza l'espressione *sponsalia*».

²⁸ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 123, il quale si domanda: «Cos'è questa *desponsatio*? Promessa di un futuro matrimonio o conclusione di un accordo matrimoniale?» (*ibidem*).

²⁹ ADHÉMAR ESMEIN, *op. cit.*, p. 135. V. anche PIERRE PETOT, *Histoire du droit privé français: La famille*, Loysel, Parigi, 1992, p. 247: «*Une simple promesse de mariage, qui devrait simplement se réaliser dans l'avenir, n'y suffirait pas*».

³⁰ GRAZIANO, *Decretum*, C.27, q. 2, c. XXXV.

³¹ GRAZIANO, *Decretum*, C.27, q. 2, c. XLV.

³² GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., p. 72.

senso che Rolando Bandinelli, il Papa Alessandro III, allievo di Graziano, accoglierà la distinzione di Pietro Lombardo ma considererà i *verba de futuro* qualcosa in più di una semplice promessa³³, tant'è che affermerà «il principio della assoggettabilità dello sponsus inadempiente alle censure ecclesiastiche»³⁴.

Tale principio si ritroverà nelle *Decretali* di Gregorio IX³⁵.

La nozione di fidanzamento dunque – pur non coincidendo con il “*coniugium initiatum*” di cui parla Graziano – ne esce in qualche modo rafforzata, tant'è che gli *sponsalia de futuro* arriveranno a costituire un impedimento dirimente al matrimonio fra uno dei fidanzati e i parenti dell'altro: l'impedimento di pubblica onestà³⁶. Non solo: ostacoleranno il matrimonio tra i fidanzati anche i rapporti sessuali intercorsi tra il fidanzato ed una parente della fidanzata e viceversa, configurandosi in questo caso un'ipotesi di impedimento di “*affinitas superveniens*”³⁷. Ancor di più, ove vi fosse stata unione carnale, gli sponsali si sarebbero trasformati in “*matrimonium praesumptum*”, «perché l'incontro sessuale faceva appunto presumere il consenso de praesenti dell'uomo e della donna, mutando ipso facto la promessa in matrimonio»³⁸.

³³ Cfr. JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 125 e GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., pp. 72-73.

³⁴ GIUSEPPE DOSSETTI, *La figura del contratto preliminare* (Cod. Civ. ital. art. 1351) e il contratto matrimoniale, in *Questioni attuali di diritto canonico*, vol. II, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1955, p. 302. Cfr. ALESSANDRO III, Wigorn. Episcopo, *Compilatio I, liber IV, tit. I: De sponsalibus et matrimonio*, 3: «*Consuluit nos tua fraternitas, quid tibi faciendum sit de Willelmo parochiano tuo, qui licet in manu tua fidem dederit, quod mulierem quandam duceret in uxorem, spreta tamen religione fidei ipse sibi aliam copulare praesumpsit. Super hoc itaque consultationi tuae taliter respondemus ei de lesione fidei penitentia est indicenda*». (V. in GIUSEPPE CAPUTO, *op. cit.*, pp. 366-367).

³⁵ «*Si inter ipsos non accessit consensus mutuus de praesenti, sed promissio de futuro si alius mulierem illam desponsaverit et traduxerit, etiam si inter primos iuramentum fuerit, sicut diximus, de futuro ... eis de violazione fidei poenitentia iniungerada*» (GREGORIO IX, *Decretales, liber IV, tit. IV, c. IV: Alexander III Genuensi Archiepiscopo*) (V. in GIUSEPPE CAPUTO, *op. cit.*, pp. 372-373).

³⁶ Cfr. ADHÉMAR ESMEIN, *op. cit.*, p. 159 e GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., pp. 72-73, nt. 27.

³⁷ Cfr. ADHÉMAR ESMEIN, *op. cit.*, pp. 146-147 e JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 160-161.

³⁸ GIUSEPPE MAZZANTI, *Dopo il Tridentino. Una querelle dottrinale intorno al matrimonio presunto*, in *Historia et ius*, www.historiaetius.eu, 2/2012, p. 2, nt. 4. Cfr., inoltre, ADHÉMAR ESMEIN, *op. cit.*, pp. 134-135 e GABRIEL LE BRAS, *op. cit.*, loc. cit., c. 2185 che, al riguardo, precisa come «*le droit classique continue d'accorder une importance décisive à la commixtio sexus: ... admettant les mariages présumés.... Mais si la notion du mariage présumé est adoptée par les théologiens, c'est parce que la consommation postérieure aux fiançailles n'est autre chose que la réalisation d'une promesse, la manifestation d'une volonté actuelle La preuve de cette consommation est fort difficile à faire.... Le plus souvent, semble-t-il, c'est la preuve des fiançailles qui ne peut être fournie*» e cita «*le Registre des causes civiles de l'officialité de Paris, édit. Petit, 1919*», ove «*il arrive souvent qu'une femme invoque l'application de la théorie du mariage présumé. L'homme ne nie point l'avoir connue, mais il nie les fiançailles et il est absous*» (*ibidem*).

5. Gli sponsali dal periodo tridentino al Codice del 1983

La Riforma protestante, nel mettere in discussione la dottrina canonistica sul matrimonio, non risparmia neanche gli sponsali e Lutero denuncia la difficoltà di «una distinzione soddisfacente tra impegno per il futuro e impegno per il presente»³⁹, auspicando «una certa solennità al fidanzamento»⁴⁰, del quale afferma con forza la validità anche nell'ipotesi in cui il fidanzato avesse avuto rapporti sessuali con un'altra donna, perché «colui che si promette a una (donna) non è più padrone di sé e ... è debitore di se stesso alla sua prima (fidanzata), pur avendo avuto rapporti»⁴¹ con un'altra donna.

Conseguentemente il «protestantesimo per secoli continuò a considerare il fidanzamento come l'aspetto più rilevante del matrimonio, degradando quest'ultimo a semplice elemento di completamento del primo»⁴².

Il Concilio di Trento non si sofferma particolarmente sugli sponsali, se non per confermare l'impedimento di pubblica onestà⁴³, che sussiste se essi sono validi e opera solo sino al primo grado, perché negli altri gradi avrebbe potuto causare dei danni⁴⁴. Il Concilio tuttavia, nel condannare i matrimoni clandestini ed esigere una particolare forma per la celebrazione delle nozze, pone termine alla «vicenda plurisecolare – e non sempre edificante, in realtà – del matrimonio presunto. Nessun documento ufficiale della Chiesa riconoscerà più valore di matrimonio agli sponsalia per verba de futuro e alla copula carnales»⁴⁵ e la Sacra Congregazione del Concilio, con una *resolutio* del 15 luglio 1593, preciserà che «sponsalia de futuro per copulam carnalem subsecutam minime hodie transire in matrimonium»⁴⁶.

Se, dunque, «dopo il Concilio di Trento la distinzione tra sponsali e ma-

³⁹ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁰ JEAN GAUDEMET, *ibidem*.

⁴¹ MARTIN LUTERO, *Opere scelte. La cattività babilonese della chiesa (1520)* a cura di FULVIO FERRARIO e GIACOMO QUARTINO, Claudiana, Torino, 2005, p. 285. Dunque «per Martin Lutero Il fidanzato (considerato "ein rechter Ehemann") non può toccare una donna diversa dalla fidanzata senza commettere adulterio» (GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., p. 72, nt. 41).

⁴² GIACOMO OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., p. 76.

⁴³ Cfr. JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁴ Cfr. CONCILIO DI TRENTO, *Sessio XXIV, Decretum de reformatione matrimoni*, cap. III: «Iustitiae publicae honestatis impedimentum ubi sponsalia valida fuerint, primum gradum non excedant: quoniam in ulterioribus gradibus iam non potest huiusmodi prohibitio absque dispendio observari».

⁴⁵ GIUSEPPE MAZZANTI, *op. cit.*, loc. cit., p. 4.

⁴⁶ La citazione è riportata in GIUSEPPE MAZZANTI, *ibidem*.

trimonio è ben netta»⁴⁷ poiché «i riti ... prescritti dal Concilio non consentivano più di giocare, come nel Medioevo, sull'imprecisione dei gesti e delle parole»⁴⁸, non c'è possibilità che gli sponsali si trasformino in matrimonio presunto. Ne consegue una minore rilevanza del fidanzamento, la cui conclusione si tende a rimandare «agli ultimi giorni prima del matrimonio per paura di eventuali rapporti prematrimoniali che tale impegno potrebbe autorizzare»⁴⁹. Anzi, proprio il timore che ciò possa avvenire spiega un orientamento più rigoroso tendente ad evitare la conclusione stessa degli sponsali⁵⁰.

Si dovrà però arrivare al 1892 per vedere dichiarata l'abrogazione del matrimonio presunto ad opera del decreto *Consensus mutuus* di Leone XIII⁵¹.

Nel 1907, poi, con il decreto *Ne temere*, nel presupposto che «docuit... experientia satis, quae secum pericula ferant eiusmodi sponsalia: primum quidem incitamenta peccandi causamque cur inexpertae puellae decipiantur; postea dissidia ac lites inextricabiles»⁵², si stabilirà che siano validi solo quegli sponsali contratti per iscritto e sottoscritti dalle parti e dal parroco o dall'ordinario del luogo, o almeno da due testimoni. Se una o entrambe le parti non avessero saputo scrivere, ciò avrebbe dovuto essere annotato ed un altro teste avrebbe dovuto firmare l'atto, insieme con il parroco (o con l'ordinario del luogo) ed i due testi di cui in precedenza.

Il codice del 1917, nei primi due paragrafi del can. 1017, ricalca l'espressione del Decreto *Ne temere*, ripetendo quanto stabilito da questo per quel che concerne la forma richiesta; al terzo paragrafo aggiunge, come abbiamo visto, che dalla promessa non deriva l'azione per esigere la celebrazione del matrimonio, ma solo quella per richiedere il risarcimento dei danni, se dovuti.

È una progressiva perdita di importanza degli sponsali: se il Concilio di Trento ed il decreto *Consensus mutuus* avevano l'uno di fatto, l'altro esplicitamente escluso la possibilità che il fidanzamento si trasformasse in matri-

⁴⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁸ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 277.

⁴⁹ *Ivi*, p. 226.

⁵⁰ Cfr. JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 227, che aggiunge, a proposito del fidanzamento, che «alcuni prelati giansenisti, come Caulet e Pavillon, lo proibiscono.... Si ritrova in questo una certa confusione, forse inconsapevole, tra promessa per il futuro e promessa per il presente e la tentazione di considerare la prima già come realizzata dalla seconda» (*ibidem*).

⁵¹ Cfr. LEONE XIII, *Decr. Consensus mutuus*, in A.S.S., 1892, p. 442: «.... copula carnalis sponsalibus superveniens non amplius ex iuris praesumptione coniugalibus contractus censeatur, nec pro legitimo matrimonio agnoscatur seu declaretur ...».

⁵² S. CONGREGAZIONE DEL CONCILIO, *Decr. Ne temere*, 2 agosto 1907, in *Acta Sanctae Sedis*, 1907, p. 526.

monio ed il decreto *Ne temere* si era limitato a disciplinarne la forma senza toccare «il valore e gli effetti degli sponsali»⁵³, il codice del 1917 afferma esplicitamente che dall'istituto in questione non può derivare l'azione per esigere la celebrazione del matrimonio e lo stesso «*fidanzamento solenne, con documento scritto, rimase un fatto eccezionale*»⁵⁴.

È la “frattura” di cui parla Dossetti, nel senso che «*chi richiama le ben note vicende tra sponsali e matrimonio nel diritto canonico preclassico, classico e tridentino, e poi si mette a considerare la norma del can. 1017 non può non avere la sensazione di una frattura ossia non può non avvertire una decisa ed effettiva volontà innovatrice del Codificatoreenucleando nel can. 1017 § 3 le estreme conseguenze del principio della libertà matrimoniale*»⁵⁵.

Il codice del 1983, come abbiamo visto, nel can. 1062 ribadisce la preclusione ad esigere la celebrazione delle nozze ma, a differenza della precedente codificazione, non indica neanche i requisiti di forma degli sponsali e ne demanda la regolamentazione alla Conferenza episcopale, “tenendo conto delle eventuali consuetudini e leggi civili”. La Conferenza episcopale italiana, come abbiamo detto, non ha emanato normative particolari al riguardo.

Ci sembra allora di poter affermare – con lo Jemolo – che «*la storia degli sponsali ha tre periodi: quello anteriore al Tridentino; quello fra il Tridentino ed il Codex, il più recente, instauratosi con il Codex. Nel primo l'importanza è massima. Essa va tuttavia scemando*»⁵⁶.

E la perdita d'importanza ci pare acuirsi con il Codice del 1983⁵⁷, il cui can. 1062 risulta meno dettagliato del can. 1017 del Codice previgente. Entrambi, però, prevedono la possibilità del risarcimento del danno, in caso di mancata celebrazione del matrimonio. D'altro canto, «*la promessa di matrimonio vincola in coscienza chi l'ha fatta Giuridicamente egli non*

⁵³ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁴ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 322.

⁵⁵ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 301-302.

⁵⁶ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷ È appena il caso di evidenziare che, quando si parla di progressiva perdita d'importanza dell'istituto degli sponsali, ci si riferisce alla dimensione nel suo nucleo più strettamente giuridico. Va, su altro versante, sottolineato che «*sia il Codice latino sia quello orientale contengono una serie di norme (cann. 1063 ss. C.i.c.; cann. 783 ss. C.c.e.o.) sulle iniziative da prendere per preparare i fedeli ad adeguatamente assumere lo stato di vita matrimoniale*» (SALVATORE BERLINGÒ, *Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 311). In particolare, il codice del 1983, al can. 1063, stabilisce che «*i pastori d'anima hanno l'obbligo di curare che la propria comunità ecclesiastica presti ai fedeli quell'assistenza che valga a conservare lo stato matrimoniale nello spirito cristiano e a farlo progredire nella perfezione. Tale assistenza va prestata principalmente : 2° con la preparazione personale alla celebrazione del matrimonio, sì che i fidanzati si dispongano alla santità e agli obblighi del loro nuovo stato*».

può essere costretto ad osservare la sua promessa. È tenuto solo a riparare i danni...»⁵⁸.

E a proposito di risarcimento dei danni, in ambito civilistico, ambito che – pure – è richiamato dal can. 1062, ma al § 1, del *c.j.c.*, la Corte di Cassazione ha specificato che *«la rottura della promessa di matrimonio ... non può considerarsi comportamento lecito allorché avvenga senza giustificato motivo Tale comportamento ... configura pur sempre il venir meno alla parola data ed all'affidamento creato nel promissario, quindi la violazione di regole di correttezza e di autoreponsabilità, che non si possono considerare giuridicamente lecite o irrilevanti Tuttavia la legge vuol salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze Il componimento fra le due opposte esigenze ha comportato la previsione a carico del recedente ingiustificato non di una piena responsabilità per danni, ma di un'obbligazione ex lege a rimborsare alla controparte quanto meno l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio»⁵⁹.*

Per concludere, la rilevanza dell'istituto canonistico degli sponsali pare ormai ristretta al profilo risarcitorio, com'è per l'analogo istituto civilistico. D'altro canto, non può essere diversamente. Il “cammino” dell'istituto in questione è – come dire – inverso rispetto a quello del matrimonio: il primo s'indebolisce nel momento in cui si rafforza il secondo. La *«teoria del “matrimonio presunto” dopo il decreto Tametsi non aveva più motivo di essere»⁶⁰*: il Concilio di Trento – prescrivendo la forma canonica – escludeva che gli sponsali potessero trasformarsi in matrimonio, cosa che aveva reso massima la loro importanza in epoca pretridentina. A questo riguardo, Codice del 1917 e Codice del 1983 costituiscono, in qualche modo, la conseguenza delle lontane premesse poste dal Concilio della Controriforma.

⁵⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, II, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1988, p. 176.

⁵⁹ Cass. civ., sez. III, ord. 2 gennaio 2012, n. 9, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 329, con nota di GIACOMO OBERTO, *Il matrimonio è morto: evviva la promessa di matrimonio!*

⁶⁰ JEAN GAUDEMET, *op. cit.*, p. 277.

*Circoncisioni rituali maschili e femminili nell'ordinamento penale italiano**

ANTONIO AMALFITANO

1. *Introduzione*

Mai come in questi anni marchiati dal segno del terrorismo internazionale il legame tra pace, sicurezza e tutela dei diritti umani aveva accentuato in modo tanto forte la natura conflittuale tra libertà religiosa e poteri pubblici. L'ordinamento internazionale della libertà religiosa, quale espressione della più generale autodeterminazione dell'uomo, mira alla valorizzazione della persona umana nella sua *integralità e della sua nativa dignità quale valore centrale degli ordinamenti giuridici*¹.

Eppure proprio in questa fondamentale interpretazione di libertà religiosa esiste una profonda tensione tra tutela delle confessioni religiose nel loro rapporto con l'autorità normativa dello Stato e quella dell'individuo inteso nella sua dignità e libertà, secondo la tradizione del giusnaturalismo illuministico europeo². La questione che qui si pone è quella di sapere se la possibilità dell'individuo di scegliere a quale "comunità" appartenere – e se appartenere a qualcuna di esse – specialmente in ambito religioso, si traduce nella necessità di proteggere l'infante dal marchio religioso fisicamente indelebile finanche a limitare l'autorità parentale e quella della comunità (religiosa, etnica, ecc..) di appartenenza.

D'altro canto, *la libertà religiosa, nel reclamare l'integrale protezione delle libertà individuali, segna il passo all'intangibile indipendenza istituziona-*

* Il presente contributo è tratto da un mio intervento alla conferenza internazionale *Droit pénal, culture et religion*, organizzata dall'*Institut de Sciences Criminelles et de la Justice (ISCJ)* a Bordeaux il 12 e 13 maggio 2015.

¹ MARIA D'ARIENZO, *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e Magistero ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2009, p. 3.

² PASQUALE LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 43.

le dei gruppi confessionali³. Ma proprio per questa indipendenza, l'alterità tra ordine sociale e ordine confessionale, non esime le comunità religiose dall'obbligo di rapportarsi con lo Stato nel rispetto dei limiti posti a presidio della sovranità dello Stato e a difesa dei valori concernenti i diritti fondamentali dell'individuo da una parte e del pluralismo religioso dall'altro⁴. In altri termini, l'autogoverno delle comunità religiose all'interno di uno Stato votato al pluralismo piuttosto che al laicismo richiede, come contropartita alla libertà, l'assunzione di responsabilità da parte delle comunità confessionali volta all'autolimitazione razionale delle autorità religiose, sino a quelle parentali, nel rispetto dei limiti posti dalle leggi dello Stato.

Giacché la Costituzione protegge sia la libertà religiosa sia l'autodeterminazione dell'individuo, si tenterà di ricostruire il problema specifico delle circoncisioni e infibulazioni rituali in ambito penalistico e di valutare la possibilità di proteggere l'integrità fisica e l'autodeterminazione del minore senza causare un conflitto tra (le) comunità e l'autorità pubblica⁵. Tutto ciò partendo dal principio che (anche) quando si tratta di mutilazioni sessuali rituali non si dovrebbe discriminare in base al sesso della vittima. Tali argomenti acquistano maggior interesse non solo rispetto alla questione della sicurezza internazionale la quale, proprio a causa del delicato quadro politico, demanda una certa prudenza, evitando di inasprire i rapporti tra le varie comunità religiose, ma anche nello sforzo d'integrazione che le istituzioni democratiche europee sono chiamate a operare rispetto al fenomeno dell'immigrazione.

L'Europa dovrà rassegnarsi all'ingresso di un numero inedito d'immigrati e con essi a una penetrazione ancor più profonda di usi e costumi non contemplati dagli ordinamenti nazionali e che sono, perciò, suscettibili di confondere l'interprete in sede giudiziale, il quale si trova spesso disarmato di fronte alle nuove fattispecie che si vanno formando sulla scorta della non sempre facile integrazione culturale. È necessario adoperarsi per far fronte a inediti bilanciamenti dei rapporti tra Stato, diritto, culti e culture in una società, "*bien gré, mal gré*", sempre più multietnica.

Il problema della circoncisione, maschile e femminile, nelle loro varie e articolate forme, costituisce uno dei possibili banchi di prova del rapporto

³ TIZIANA DI IORIO, *La salute del civis-fidelis nei distinti ordini dello Stato e della Chiesa cattolica. Le aspettative ascetiche della persona nella connotazione del bene salute*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 23, giugno 2015, p. 1.

⁴ Sul tema v. CARLO CARDIA, *Libertà religiosa e autonomia confessionale*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, Pisa, febbraio 2008, pp. 367-396.

⁵ GIUSEPPE DALLA TORRE, *Libertà di coscienza e di religione*, in *Stato, in Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2008, p. 13.

dello Stato con i culti di recente insediamento sul territorio italiano, rispetto ai quali, a causa della loro assenza nelle tradizioni del Paese, è più arduo comprendere quali debbano essere i limiti di compatibilità tra pratica rituale e paradigma della *persona*⁶. La presente trattazione si limiterà a definire i limiti posti dal diritto penale italiano alle mutilazioni genitali rituali – femminili e maschili – intese come reati culturalmente motivati, ricordando che secondo l'OMS in Italia si contano circa 40.000 vittime di mutilazioni praticate sugli organi genitali femminili. Si tratta del dato più elevato d'Europa, che in totale conta 500.000⁷ casi e che, perciò, deve richiamare l'attenzione del giurista⁸.

2. *Cultural defense*

Al fine di inquadrare le caratteristiche della circoncisione rituale che contribuiscono a configurarla come penalmente rimproverabile, bisognerà determinare quale rapporto si possa ipotizzare tra questo fenomeno, interpretato come “*species*” del “*genus*” reato culturalmente motivato⁹ e il valore

⁶ La citazione è tratta da RAFFAELE BOTTA, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, p. 403; per un'analisi più approfondita si veda specialmente GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2007, pp. 179-200.

⁷ Le stime sono estratte dal rapporto dell'Assemblea parlamentare dell'UE (Doc.13042, *Renvoi N° 3912 du 5 octobre 2012*) nel documento ufficiale *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, del giugno 2013, testo completo in <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=20174&lang=FR>; si veda anche *Organizzazione Mondiale della Salute* (OMS) – Centro media, *Mutilations sexuelles féminines*, promemoria n. 241, febbraio 2012, www.who.int.

⁸ Si pensi al fenomeno del “salto generazionale” dei nuovi immigrati. Tra qualche anno i genitori immigrati degli italiani di prima generazione si troveranno probabilmente in aperto conflitto morale – che da noi si connoterà come prima etico, poi giuridico – con i propri figli, che avranno assorbito lo “stile di vita” occidentale e che, in virtù di ciò, si sentiranno portatori di diritti rivendicabili eventualmente anche nei confronti dell'autorità genitoriale, segnando il passaggio, anche in tal caso, dal carattere sacrale-patriarcale a quello biologico-contrattuale del rapporto di filiazione; per più ampi sviluppi su tale tema si permetta il rinvio al nostro *Protection pénale des droits de l'enfant et respect de la liberté de religion des parents : le cas-limite de la circoncision rituelle*, atti della Conferenza internazionale svoltasi nel 2014 all'Università Alexandru Ioan Cuza sul tema della difesa dei diritti umani attraverso il diritto penale, in *Travaux de l'ISJC*, CUJAS, 2016 (in corso di pubblicazione, settembre 2016); CARLO SOTIS - PAOLO PALCHETTI - MASSIMO MECCARELLI (a cura di), *Ius peregrinandi* : il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e regimi dell'esclusione, Macerata, 2012.

⁹ Sui reati culturalmente motivati la letteratura scientifica è ormai copiosa, si veda in particolare FABIO BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2010; CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, N. 2, 2005, p. 173; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, marzo 2006, p. 215 ss.; BALDASSARRE PASTORE,

attribuito alla *c.d.* “motivazione religiosa” intesa come strumento su cui poter fondare un discorso di “*cultural defense*”¹⁰ all’interno del procedimento penale italiano.

In altre parole, sarà necessario stabilire il valore attribuito dall’interprete alla connotazione culturale e/o religiosa della circoncisione perché possibile fondamento di una strategia difensiva utilizzata nel processo penale, fondata sull’appartenenza dell’imputato a una minoranza culturale. Tale pratica, potrà giustificare un giudizio di assoluzione o un trattamento sanzionatorio più mite, sulla base delle valutazioni svolte dall’interprete il quale, al di là della sua intima convinzione sulla colpevolezza, è tenuto a vagliare tutte le possibili varianti che abbiano potuto incidere sulla responsabilità soggettiva della persona sottoposta a giudizio, tenendo conto pure di una serie di variabili soggettive inerenti alla sfera personale e *biografica* dell’imputato, di cui il dato culturale è uno degli elementi più significativi.

Tutte queste variabili soggettive dovranno essere sottoposte a un’attenta analisi oggettiva corroborata dall’ausilio della “migliore scienza ed esperienza”¹¹, come esige la migliore pratica giurisprudenziale. La difesa potrebbe far leva sull’esistenza di una “prova culturale” (“*cultural evidence*”)¹², ovvero su una prova attraverso la quale si vuole fornire un’illustrazione della cultura d’origine dell’imputato e dell’influenza che essa ha esercitato, più o meno deterministicamente, sulla sua condotta. Ormai è ampia la letteratu-

LUIGI LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008; CIRO GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. Pen.*, Febbraio 2007, 245 ss.; ALESSANDRO BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; ID., *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2006; ID. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, febbraio 2007, p. 1323 ss.; STEFANO CANESTRARI, LUIGI STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009; GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 393 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088 ss.; CIRO GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008; P. PAROLARI, *Reati culturalmente motivati. Una nuova sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2/2008, pp. 529-558.

¹⁰ Sulla teoria del “*cultural defense*” la bibliografia ormai è sterminata, qui ci limiteremo a citare solo alcune tra le opere americane fondamentali; ALISON-DUNDEN RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford, 2004; LINDA-FRIEDMAN RAMIREZ (a cura di), *Cultural Issues in Criminal Defense*, II ed., New York, 2007; SAT MATSUMOTO, *A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case*, in *Journal of International Law & Prac.*, 1995 (vol. 4), p. 507; RICHARD DELGADO, *Shadowboxing: An Essay on Power*, in *Cornell Law Review*, 1992 (vol. 77), p. 813.

¹¹ *v. Colpa*, in *Tesaurus del Nuovo soggettario*, BNCf, 2013.

¹² *v. FABIO BASILE, Immigrazione e reati “culturalmente motivati”. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, op. cit., p. 83.

ra italiana in tema di reati culturalmente motivati¹³, i quali hanno dato vita all'uso da parte dell'imputato della "prova culturale" ("*cultural evidence*") per supportare una causa esonerativa o limitativa della responsabilità ("*criminal defense*"), o al fine di mitigare l'accusa ("*charge*") o la pena inflitta ("*sentence*")¹⁴.

Eppure, di fronte ai prevedibili casi di collisione tra precetto religioso e norma penale, dubbi e incertezze sulla qualificazione delle fattispecie criminali sottoposte al vaglio dell'interprete sono tutt'altro che rari. Il rilievo attribuibile alla motivazione religiosa della condotta di reato è piuttosto incerto, nessuna norma penale potrebbe realmente definire i limiti precisi entro i quali la natura religiosa della circoscrizione potrebbe effettivamente scusare o influire sulla rimproverabilità dell'autore del reato, se di reato può parlarsi¹⁵. Del resto, una definizione "ufficiale" di cultura non esiste — come non esiste una definizione ufficiale di "vizio di mente", di "causalità", di "pericolo", di "malattia", di "rischio" e di tanti altri concetti che sono tuttavia entrati nel vocabolario del penalista¹⁶.

La giurisprudenza italiana si è espressa a vari livelli quanto al valore della motivazione culturale, e nel loro complesso le decisioni in parola non sempre hanno determinato una coerenza complessiva del sistema. Si prenda, ad esempio, il caso controverso delle omissioni contestate ai testimoni di

¹³ Ivi, p. 66 : *Raccogliendo l'insegnamento di attenta dottrina, si fornisce la seguente definizione di "reato culturalmente motivato"; è tale un comportamento realizzato da un membro appartenente ad una cultura di minoranza, che è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante. Questo stesso comportamento, tuttavia, all'interno del gruppo culturale dell'agente è condonato, o accettato come comportamento normale, o approvato, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni.*

¹⁴ CYNTHIA LEE, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory meets the Cultural Defense*, in *Arizona Law Review*, 2007 (vol. 49), p. 912.

¹⁵ ALBERTO GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Dir. eccl.*, gennaio 2003, p. 1011; si veda anche DAVID BRUNELLI e STEFANIA SARTARELLI, *Tutela della religione e tutela del corpo: rapporti penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, STEFANO RODOTÀ (a cura di), T. I, 2005, pp. 231 e ss., v. spec. pp. 239, 240 e 241; si veda anche FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio 2010, p. 15, l'autore auspica un *diritto penale nelle società multiculturali giurisdizione sensibile alla cultura che, interpretando ed applicando norme ed istituti già esistenti, ricerchi una risposta sanzionatoria equa ed adeguata per ogni reato culturalmente motivato, prendendo in attenta considerazione le tante variabili del caso concreto (tra le più significative: il livello di offensività del fatto commesso; la natura della norma culturale osservata; il grado di integrazione del soggetto agente nella cultura del Paese d'arrivo).*

¹⁶ In tal senso, può essere utile richiamare il Preambolo della *Dichiarazione universale sulla diversità culturale* (adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO a Parigi il 2 novembre 2000; per il testo in lingua italiana, cfr. www.unesco.it/documenti/documenti/testi/dich_diversita.doc: *la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita.*

Geova quanto al rifiuto del consenso all'emotrasfusione su minore¹⁷, che ha scatenato dibattiti accesi sui limiti giuridici ed etici della responsabilità genitoriale e sulla responsabilità medica raffrontata a delicati equilibri costituzionali concernenti il bilanciamento di principi fondamentali, nonché il valore penalmente rilevante o costituzionalmente protetto del comportamento dei genitori. In linea di massima, da tali casi giurisprudenziali si potrebbe dedurre che nell'ordinamento italiano l'efficacia scriminante della prova culturale come esercizio della libertà religiosa dei genitori resta marginale e che essa possa essere riconosciuta solo in via residuale¹⁸.

Nel caso qui richiamato, concernente le pratiche di mutilazione sessuale di natura rituale operate su minori, l'art. 5 c.c., consente gli atti di disposizione del proprio corpo – quale giusto postulato della libertà personale¹⁹ e non di un potere dispositivo sul proprio corpo o sulla propria persona²⁰ –, ma vieta tutti quegli atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica ovvero siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. In questi casi, anche laddove vi fosse consenso, esso non produrrebbe effetti, perché nullo, poiché agente in violazione del divieto ex art. 5 c.c. e di quell'imprescindibile esigenza di carattere morale e sociale (espressa anch'essa dalla norma) secondo la quale, *a parere di un orienta-*

¹⁷ Nell'ambito dei comportamenti omissivi connotati dalla disobbedienza al precetto penale motivata dalla necessità di conformarsi a un obbligo di natura confessionale, il rilievo penale delle omissioni contestate ai testimoni di Geova è un esempio puntuale. Se dal rifiuto di cure o assistenza derivano la morte o la lesione del minore, il genitore potrà, infatti, rispondere in forma di reato omissivo improprio, ex art. 40, comma 2, Codice penale. Un'emotrasfusione eseguita coartando la volontà del paziente configurerebbe un atto lesivo dell'art. 32, comma 2, della *Costituzione italiana*, ovvero in quanto atto lesivo della libertà e della dignità dell'individuo. Questa regola deriva dal principio fondamentale secondo cui nessuna autorità può imporre un trattamento terapeutico a fronte del rifiuto manifestato direttamente dal soggetto. Il problema si pone piuttosto laddove il soggetto che rifiuta la trasfusione non sia lo stesso che ne dovrebbe beneficiare in quanto minore o incapace. In tal caso sulla libertà di religione e di coscienza del genitore prevalgono la salute e la vita dei figli minori (art. 30 cost. e 147 cod. civ.). v. ALBERTO GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, op. cit., p. 1023; v. Anche, FERRANDO MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, pp. 1506-1508; si vedano anche le argomentazioni di AMEDEO SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2002, p. 64 e ss.

¹⁸ ALBERTO GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, op. cit., p. 750-753.

¹⁹ Così Cort. cost. 22 ottobre 1990 n. 471, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 2818 e ss., ed ivi, 1991, pp. 626 e ss. con nota di ANGELA MUSUMECI, *Dal "potere" alla "libertà" di disporre del proprio corpo*, in *Foro.it*, 1991, I, cc., pp. 14 e ss; ROBERTO ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 10 ss.; v. in *Cons. Stato*, 1990, II, 1450 ss.; in *Giur. it.* 1991, I, 1, 622 ss. con nota di G. Basile, *Accertamenti tecnici e ispezione giudiziale sulla persona*, v. in particolare GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, op. cit., p. 187.

²⁰ v. GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, op. cit., p. 187.

mento dottrinario, nessun diritto soggettivo può riconoscersi se non nei limiti dell'utilità sociale ed in quanto giovi (pure) agli altri²¹, o quando l'atto tenda a perseguire interessi o beni meritevoli di tutela²². La normativa si completava, a livello penale, almeno sino al 2006, con gli artt. 582 e 583 del *Codice Rocco*. Tuttavia si avvertiva la mancanza di una disciplina "ad hoc". Secondo un autorevole autore, *I riti di determinate religioni, in quanto queste siano ammesse nello Stato, possono legittimare quelle lesioni personali che siano compatibili col nostro ordinamento giuridico generale e che i riti medesimi impongano, come, ad es., la circoncisione degli Ebrei*²³. Lasciamo al costituzionalista il compito di sviluppare il richiamo ai culti ammessi e il discorso sulla discriminazione giuridica tra culti. Qui diciamo invece che la circoncisione

²¹ *Ibidem*.

²² Detta convinzione risale ad una nota decisione della Cassazione degli anni '30, vera e propria "*occasio legis*" per l'approvazione dell'art. 5 c.c. La vicenda su cui i Supremi giudici furono chiamati a pronunciarsi ruotava principalmente sulla valutazione, secondo canoni di liceità, di un accordo con il quale un giovane studente aveva ceduto, dietro corrispettivo, ad un anziano e facoltoso uomo cittadino brasiliano, una propria ghiandola sessuale maschile (testicolo), facendo così riacquistare a quest'ultimo la perduta vitalità sessuale e riproduttiva (Cass. pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, pp. 146 e ss., con nota di GAETANO ARANGIO RUIZ, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*. Su tale vicenda cfr., tra i tanti, JUAN ESPINOZA, *Nuove frontiere degli atti di disposizione del corpo*, in *Vita not.*, giugno 1993, pp. 1166 e ss.). La fattispecie all'epoca suscitò un vasto interesse nella dottrina, ponendo diversi problemi sulla responsabilità penale dei medici per l'operazione di trapianto effettuata e al valore scriminante del consenso prestato dallo studente. In quell'occasione, la Corte di Cassazione statui che, ai fini della valutazione della liceità di una siffatta pattuizione, dovesse verificarsi se l'atto dispositivo del proprio corpo, ancorché comportante una diminuzione permanente dell'integrità fisica del soggetto e non contrastante con norme imperative e buon costume, fosse pur sempre *volto a realizzare un risultato vantaggioso per la collettività* (ritroviamo anche qui il concetto di utilità, seppur adesso estesa alla sfera più ampia della società o della collettività). Nel caso di specie, si ritenne che l'operazione, da un lato, non aveva limitato in maniera sensibile la capacità procreativa e sessuale del donatore e, dall'altro lato, aveva rinvigorito l'organismo della persona ricevente. Per questo, gli imputati furono assolti sulla base della scriminante del consenso dell'avente diritto. Eppure qui è il caso di chiedersi se anche la circoncisione e l'infibulazione non possano essere considerate come utili all'interno del gruppo sociale di riferimento e dunque lecite. In tal caso, il criterio dell'utilità non fungerebbe da scriminante rispetto alle pratiche rituali lesive. Infatti, la mutilazione rituale come c.d. "rito di passaggio" secondo la formula coniata dall'antropologo van Gennep (*v. les rites de passages*). È stato, al riguardo, osservato che *il rituale iniziatico (...) ha il compito fondamentale di trasformare un essere proveniente dal mondo marginale e potenzialmente pericoloso della natura (considerato come un mostro o una quasi-bestia), ossia il bambino, in un individuo sociale, attraverso una complessa preparazione fatta di pratiche e insegnamenti che spesso riguardano ogni aspetto della vita, dalla religione alla sessualità. Entrare a far parte della società, attraverso il rito iniziatico che sottolinea il momento del passaggio dall'età infantile a quella adulta, significherebbe allora dividerne ogni aspetto e questa condivisione è inscritta, in maniera perenne e indelebile, nella memoria e, soprattutto, sul corpo. Perché l'identità individuale possa divenire sociale, la soggettività deve essere mutata in oggettività e il corpo, individualmente differente, deve divenire corpo socialmente riconoscibile. Resta comunque il dubbio quanto alle soglie di accettabilità di tali giustificazioni di fronte al pregiudizio concreto che essi potenzialmente possono produrre ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti nel nostro ordinamento.*

²³ v. GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, op. cit., p. 188.

rituale dell'organo genitale femminile o maschile poteva già prima della legge in parola integrare il reato di lesioni personali, gravi o gravissime secondo il tipo di mutilazione e del tempo occorrente per la guarigione²⁴; reato procedibile d'ufficio nel caso in cui la malattia susseguente la lesione – avvenuta in Italia – avesse avuto una durata superiore a venti giorni (art. 582, comma 2). Il reato non aveva una connotazione punitiva autonoma.

A proposito dell'elemento religioso e/o culturale, non poteva punirsi la circoncisione rituale poiché considerata lesione «inutile» (qui nel senso di lesione ingiustificata sul piano medico), si poteva tuttavia sanzionare l'autore della lesione esclusivamente sul fondamento della gravità del danno fatto subire alla vittima. Tuttavia, secondo certi autori, il giudice doveva tener conto dei motivi religiosi graduando la pena, mediante l'applicazione delle circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p.. Altri autori sostenevano che in dette fattispecie mancherebbe addirittura la consapevolezza dell'offensività del proprio agire (elemento soggettivo), con la conseguenza di rendere l'agente non imputabile penalmente per la condotta in questione a causa di una ignoranza inevitabile²⁵. Valutazioni, queste, che attingevano fin troppo facilmente da una matrice di relativismo culturale che spinge all'inazione verso determinate condotte, giustificate dall'interprete attraverso un non corretto atteggiamento di rispetto incondizionato delle tradizioni e culture diverse²⁶. In tal modo, la rilevanza penale del motivo culturale delle lesioni provocate dalle mutilazioni genitali poteva costituire una sorta di *passee-par-tout* a carattere esclusivamente scriminante e difensivo.

3. Le mutilazioni genitali femminili

In Italia, sul piano prettamente normativo, il discorso deve necessariamente divaricarsi in funzione del genere, maschile o femminile, del soggetto che subisce la mutilazione. Infatti, l'ordinamento italiano, dopo la legge del 9 gennaio 2006, n. 7 (Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile), contempla una specifica norma

²⁴ CESARE CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione: fra diritti umani ed identità culturale*, in *Minori giustizia*, febbraio 1999, n. 3, p. 89 e ss.

²⁵ v. GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, op. cit., p. 188.

²⁶ Anche sul piano civile il tribunale per i minorenni ha considerato la lesione all'integrità psicofisica della minore come un fatto *storicamente compiuto* e non sintomatico di un atteggiamento dei genitori ulteriormente pregiudizievole verso la figlia. Perché quest'ultima se non fosse stata circondata sarebbe stata considerata come una “*igbon*” dalla comunità nigeriana d'origine e ovvero alla stregua di un animale.

per tali pratiche mutilatorie, quando esse siano attuate nei confronti delle donne, norma specifica che al contrario irragionevolmente manca per la circoscisione dei minori di sesso maschile. In attuazione dell'art. 32 della Costituzione, è stata emanata la legge n. 7/2006, con lo scopo di *prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazioni genitali femminili quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona ed alla salute delle donne e delle bambine*. In particolare la legge ha introdotto una specifica fattispecie criminosa che punisce tali pratiche ovvero l'art. 583-bis del Codice penale (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), il quale stabilisce: *Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni*. Con la legge 1 ottobre 2012, n. 172 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote del 2007, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), è stato poi aggiunto un ulteriore comma in base al quale *qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore*» ne deriva «la decadenza dall'esercizio della potestà del genitore o l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno».

Entrando più nello specifico del carattere repressivo della nuova norma penale bisogna dire che essa rinuncia a qualificare la specificità delle varie tipologie di mutilazioni genitali, preferendo una disposizione omnicomprensiva²⁷. La condotta materiale, peraltro, è qualificata con riguardo all'effetto distruttivo prodotto sugli organi. La norma incrimina anche le pratiche c.d. "atipiche" ovvero *qualsiasi pratica che cagioni effetti dello stesso tipo* di quelle previste dalla legge. Quanto all'elemento soggettivo del reato, la fattispecie richiede il dolo specifico, che è escluso alla presenza di una esigenza terapeutica che l'agente ha inteso perseguire, la cui prova ricade sull'agente. Il comma successivo statuisce: *Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provochi, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità*. La norma inoltre sanziona anche le condotte che pur non implicando la rimozione totale o parziale degli organi genitali femminili, provocano lesioni a questi. In merito al tentativo, esso è punibile in via autonoma ai sensi dell'art. 56 c.p. *solo se ed in quanto, nella ricorrenza dell'univocità e idoneità della condotta, questa non abbia in concreto provocato lesioni agli organi genitali femminili da cui sia derivata una malattia nel corpo o nella mente e che il tentativo del reato di cui al comma*

²⁷ v. GIUSEPPE CASSANO e FRANCESCO PATRUNO, *Mutilazioni genitali femminili*, op. cit., p. 192.

2 dell'art. 583 bis c.p. potrebbe ammettersi solo relativamente alle condotte rimaste incompiute e univocamente volte (con valutazione ovviamente *ex ante*) a provocare solo lesioni non importanti²⁸. Quanto alle circostanze aggravanti, va precisato che il comma 3 dell'art. 583 bis contempla due circostanze aggravanti speciali: *La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro*. Il sistema è completato dalla pena accessoria di cui all'art. 583 ter: *La condanna contro l'esercente una professione sanitaria per taluno dei delitti previsti dall'articolo 583-bis importa la pena accessoria dell'interdizione dalla professione da tre a dieci anni. Della sentenza di condanna è data comunicazione all'Ordine dei medici*. Tra le sanzioni interdittive previste dalla legge per l'ente nella cui struttura sia commesso il fatto di reato di cui agli artt. 583 bis e ter, va segnalata la revoca dell'accreditamento quando l'ente privato accreditato opera nell'ambito del servizio sanitario nazionale.

La prova giurisprudenziale arriva con il primo e finora unico caso d'applicazione dell'art. 583 bis: la sentenza della Corte d'appello di Venezia²⁹ – che ha ribaltato l'esito processuale al quale era pervenuta la sentenza di condanna di primo grado del Tribunale di Verona del 14 aprile 2010³⁰. Oggetto della sentenza in esame sono due casi simili verificatisi a Verona nel 2006. I tre imputati, cittadini nigeriani, facevano tutti parte dell'etnia degli “edobini”: un'ostetrica nigeriana priva di titoli per operare in Italia; la madre della minore X (quest'ultima aveva appena due mesi all'epoca dei fatti); e un uomo nigeriano padre della minore Y (di due settimane). Nel primo caso, la sedicente ostetrica praticava, a scopo di lucro, la c.d. “*aruè*”³¹ sulla minore X. Si trattava di un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride, della lunghezza di circa 4 mm e della profondità di circa 2 mm.

Nel secondo episodio, l'ostetrica non abilitata in Italia, sempre dietro

²⁸ *Ivi*, p. 193.

²⁹ Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012 (dep. 21 febbraio 2013), n. 1485; v. FABIO BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 24/2013, p. 11.

³⁰ La sentenza del Tribunale di Verona può leggersi in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 209, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 838; per un commento, v. LORENZO MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, febbraio 2010, pp. 103 e ss.; v. anche CLAUDIA PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, luglio 2011, pp. 853 e ss.

³¹ v. FABIO BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, op. cit., pp. 12 e ss.

compenso, era bloccata mentre varcava l'uscio di casa del padre di Y, con la borsa degli strumenti per eseguire l'operazione che, secondo le intercettazioni telefoniche degli inquirenti, aveva accettato di eseguire dietro un compenso di 300 euro. All'esito delle indagini e del processo di primo grado, a proposito del primo episodio l'imputata veniva ritenuta responsabile del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'art. 583 *bis* co. 2, con l'attenuante della lesione di lieve entità (art. 583 *bis* co. 2 II pt.). In concorso con l'ostetrica veniva ritenuta responsabile del medesimo delitto anche la madre della minore X. In relazione al secondo episodio (quello della "aruè" concordata, ma non eseguita), l'ostetrica veniva ritenuta responsabile del tentativo del delitto di lesione degli organi genitali femminili di cui all'art. 583 *bis* co. 2. In concorso con la falsa ostetrica veniva altresì ritenuto responsabile del medesimo delitto tentato il padre della minore Y. L'ostetrica, veniva, inoltre, ritenuta responsabile del delitto di esercizio abusivo della professione sanitaria ai sensi dell'art. 348. In definitiva, l'ostetrica, ritenuto il vincolo della continuazione tra i vari delitti, veniva condannata alla un anno e otto mesi di reclusione; la madre della minore X veniva condannata alla pena di otto mesi di reclusione; il padre della minore Y alla pena di quattro mesi di reclusione. A tutti gli imputati in parola venivano infine concessi i benefici della sospensione condizionale della pena (artt. 163 e ss.) e della non menzione della condanna (art. 175).

Quello che maggiormente appare interessante per una specifica valutazione sull'applicazione dell'art. 583 *bis* quale reato culturalmente motivato – e in virtù delle considerazioni evocate nella parte introduttiva della presente trattazione – è la considerevole incidenza della cultura d'origine sulla valutazione della sussistenza del dolo specifico quanto alla ricorrenza dell'“*ignorantia legis*”³² inevitabile. Per quanto riguarda, in primo luogo, la tipologia della fattispecie di reato, bisogna precisare che nella pratica di mutilazioni genitali femminili, rientra una molteplicità di pratiche differenti, le quali risultano tra loro molto eterogenee quanto a gravità e modalità di esecuzione³³. Rispetto a tale classificazione il caso di specie – il cui intervento

³² Si rinvia alle dettagliate delucidazioni contenute nelle motivazioni della sentenza Cass. 22 giugno 2011; Sulla nozione in dottrina di reato culturalmente motivato, v. ALESSANDRO BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 3 ss.; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, pp. 30 e ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, op. cit., pp. 41 e ss.

³³ v. Cfr. WHO, *Female Genital Mutilation*, in *Report of a WHO Technical Working Group in Geneva* 1995, July 17-19, 1995, pp. 1 e ss.: al fine di monitorare e meglio individuare, almeno dal punto di vista sanitario, un fenomeno così composito e variegato, nel 1995 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS-WHO) ha elaborato una classificazione in quattro tipi delle MGF: 1) I tipo: escissione del prepuzio, con o senza escissione parziale o totale del clitoride; 2) II tipo: escissione del prepuzio

è consistito in una superficiale e limitata incisione della faccia antero-superiore del clitoride – si lascia, quindi, ricondurre al tipo d'interventi meno invasivi. Inoltre, l'art. 583 *bis* co. 2 richiede il perseguimento, a titolo di dolo specifico, di una determinata finalità: il soggetto deve agire con lo specifico scopo di *menomare le funzioni sessuali* della persona offesa, vale a dire deve praticare la lesione degli organi genitali femminili al fine di *alterare, sotto un profilo fisico, le funzioni sessuali della donna (...), compromettendo il desiderio o la praticabilità dell'atto sessuale*.

Secondo la Corte d'Appello, infatti, una lettura integrata e integrale di quelle stesse dichiarazioni degli imputati sulla cui base il giudice di primo grado aveva affermato la presenza del dolo specifico, in realtà *non consente di ritenere che questi abbiano agito allo scopo di menomare le funzioni sessuali delle figlie*³⁴. L'assenza di una tale finalità emergerebbe, del resto, dalle deposizioni degli esperti (due docenti universitari e un sacerdote cristiano), che avevano illustrato le motivazioni per cui gli edobini sottopongono le figlie alla *c.d. "aruè"*. Tali motivazioni andavano individuate nella finalità di realizzare una pratica simbolica diretta a soddisfare al contempo una *funzione di umanizzazione* (riconoscimento di un individuo come uomo o come donna all'interno della comunità degli umani), una *funzione identitaria* (sancire il vincolo di appartenenza alla specifica comunità degli edobini, garantendo la possibilità di vivere in libertà all'interno di tale gruppo) e, infine, una *funzione di purificazione* (garantita dalla fuoriuscita di qualche goccia di sangue). Insomma, secondo la Corte veneziana il giudice di primo grado è incorso in un errore nell'accertare il dolo specifico richiesto dall'art. 583 *bis* co. 2, poiché ha attribuito *valori simbolici allo scopo dell'azione che sono propri della rappresentazione dell'interprete, e non dell'agente*.

e del clitoride, con escissione parziale o totale delle piccole labbra; 3) III tipo: escissione di parte o della totalità dei genitali esterni con cucitura o restringimento del canale vaginale (si tratta della *c.d. infibulazione*, indubbiamente la pratica più invasiva e devastante sotto l'aspetto fisico e psico-sessuale); 4) IV tipo: non classificato, ricomprensivo di pratiche consistenti nel forare, trapassare o incidere il clitoride e/o le labbra; nel produrre una tensione del clitoride e/o delle labbra; nel cauterizzare mediante ustione il clitoride e i tessuti circostanti; nel raschiare i tessuti attorno all'orifizio vaginale, o nell'incidere la vagina; nell'introdurre sostanze corrosive o erbe in vagina per causare emorragia o allo scopo di serrarla o restringerla, e in altre pratiche analoghe.

³⁴ Secondo FABIO BASILE (FABIO BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p., op. cit., p. 12*): La Corte d'Appello critica, in particolare, la decontestualizzazione delle dichiarazioni degli imputati, cui il giudice di primo grado avrebbe proceduto, così fraintendendo il significato della dichiarazione della madre (*"le donne devono accontentare il loro uomo"* significa, in realtà, che l'imputata, per accontentare suo marito, ha deciso di far sottoporre la figlia ad *"aruè"*, nonostante la propria iniziale contrarietà), e disgiungendo le parole del padre dal significato che ad esse doveva essere attribuito in base alla sua cultura d'origine.

In secondo luogo, come la sentenza d'appello, sia pur laconicamente, segnala, in capo agli imputati non può riscontrarsi il dolo specifico giacché *nessun riferimento all'aver agito allo scopo di menomare le funzioni sessuali è desumibile (...) dalla natura dell'intervento richiesto e concordato, assolutamente inidoneo, per la sua consistenza, a palesare una intenzione in tal senso*³⁵. Insomma le lesioni erano – anche sul piano del risultato materiale – non sufficientemente pericolose per le minori tali da poter mettere in pericolo la loro integrità sessuale.

Dalla motivazione culturale si poteva indirettamente dedurre la sussistenza dell'“*ignorantia legis*”, anch'essa invocata in appello : 1) per quanto riguarda la madre della minore X, la difesa sottolinea che trattasi di persona immigrata in Italia da breve tempo, priva di istruzione, con un bassissimo livello di comprensione della lingua italiana, e versante in uno stato di particolare emarginazione e scarsa – o quasi nulla – integrazione nella società italiana, con la quale, al momento dei fatti, non aveva ancora avuto alcuna significativa occasione di incontro; la donna, inoltre, viveva in Italia senza il marito, e aveva subito pressioni dai parenti residenti in Africa per far sottoporre la piccola figlia alla “*aruè*”; 2) per quanto riguarda il padre della minore Y, la difesa segnala che questi era legato alla comunità degli edobini da un profondo senso di appartenenza sociale e di identità culturale, che si manifestava anche nel rispetto e nella condivisione delle relative tradizioni; presso la comunità degli edobini – nel cui contesto culturale gli imputati, di fatto, continuavano a vivere nonostante il loro arrivo in Italia – la “*aruè*” era vista come una pratica assolutamente lecita ed anzi necessaria. Inoltre, un precedente della Cassazione afferma che *il fondamento costituzionale della “scusa” della inevitabile ignoranza della legge penale vale prima di tutto per chi versa in condizioni soggettive di sicura inferiorità (...)*³⁶. Ebbene, a parere della difesa nel caso di specie ricorrerebbe proprio la seconda ipotesi

³⁵ Corte d'Appello di Venezia, 23 novembre 2012, *cit.*, p. 47.

³⁶ Cass. Sez. III, 9 maggio 1996 (dep. 12 giugno 1996), Falsini, n. 2149, CED 205513 (*cit.* in FABIO BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p., op. cit.*, p. 16): *L'ipotesi di un soggetto sano e maturo di mente che commetta fatti criminosi ignorandone la anti giuridicità è concepibile soltanto quando si tratti di reati che, sebbene presentino un generico disvalore sociale, non siano sempre e dovunque previsti come illeciti penali (...). Riguardo a tali reati possono essere prospettate due ipotesi: quella in cui il soggetto si rappresenti effettivamente la possibilità che il suo fatto sia anti giuridico, e quella in cui tale possibilità non si rappresenti neppure (...). Nella seconda ipotesi è riservato al giudice il compito di una valutazione attenta delle ragioni per le quali l'agente, che ignora la legge penale, non si è neppure prospettato un dubbio sull'illiceità del fatto e, se l'assenza di simile dubbio risulti discendere – in via principale – da personale ed incolpevole mancanza di socializzazione dello stesso, la ignoranza della legge penale va, di regola, ritenuta inevitabile.*

configurata da questo precedente di legittimità, siccome gli imputati non si sarebbero neppure rappresentati la possibilità che la “*aruè*” costituisse reato, e tale mancata rappresentazione sarebbe discesa dalla loro situazione di personale ed incolpevole mancanza di socializzazione.

4. *Le mutilazioni rituali maschili*

A differenza delle mutilazioni genitali femminili, non è prevista una figura di reato autonomo per la circoncisione rituale maschile³⁷ che, pur essendo stata presa in considerazione inizialmente nel progetto che ha portato all'approvazione della legge n. 7 del 2006, il legislatore ne ha successivamente trascurato la previsione normativa. Secondo il parere del “Comitato Nazionale di Bioetica” (CNB), per quanto riguardava la circoncisione maschile si devono distinguere la circoncisione estetica, che secondo il Comitato sarebbe priva di *adequate ragioni*³⁸ che la giustifichino e quella terapeutica, da considerarsi eticamente ammissibile, da quella rituale. Ammessa la validità in gran parte condivisa di una tale suddivisione, si può osservare come quantomeno limitativamente al piano teorico sussista un rapporto pressappoco identico della circoncisione maschile a quello stabilito tra mutilazioni sessuali femminili e utilità-necessità medico-scientifica dell'intervento, al punto tale che solamente la sussistenza di quest'utilità può effettivamente giustificare – sul piano legale – il detto intervento, sottraendolo di conseguenza alla repressione penale.

Oltre la mancanza di una norma “*ad hoc*” concernente la circoncisione rituale maschile, bisogna costatare che una discriminazione delle pratiche circoncisorie, basata sul sesso (l'una maschile e l'altra femminile) o, peggio, sulla fede di appartenenza (l'una ebraica, tollerata e ammessa, e l'altra islamica, vietata), appare poco giustificabile, in special modo in un ordinamento come quello italiano, ispirato al principio di uguaglianza e non discriminazione (art. 3 Cost.)³⁹. Ad ogni modo, “*de iure condito*”, non resta che pren-

³⁷ v. LORENZO MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero: dai reati culturali ai reati coloniali*, op. cit., pp. 103 ss.; nonché CLAUDIA PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, op. cit., pp. 853 e ss; si veda ancora FABIO BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, op. cit., p. 17.

³⁸ Il testo integrale del Parere è consultabile sul sito del *Governo italiano*, all'indirizzo www.governo.it, doc. 19, pp. 21-22.

³⁹ In tal senso, NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose – Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 183 e ss.

dere atto della persistenza di una tal situazione. Eppure, alcune disposizioni dell'ordinamento italiano, seppur non specifiche, sembrano adatte all'applicazione in termini repressivi. La Costituzione italiana sancisce il principio del *rispetto della persona* (art. 2 Cost.) e tutela la sua *integrità psico-fisica* (art. 32 Cost.). Proprio in nome di questi principi fondamentali, si riconosce, nelle attività sanitarie, l'obbligo del *c.d. consenso informato* dell'interessato, soprattutto laddove gli interventi medici potenzialmente lesivi non rispondano al carattere della necessità e dell'urgenza.

Tale dovere informativo, che in altri ordinamenti, ancor prima di quello italiano, ha assunto una notevole importanza, nascerebbe dal fatto che, a differenza del passato, ora il medico, grazie anche ad una maggiore consapevolezza ed informazioni scientifiche acquisite di pubblico dominio, non dovrebbe più scegliere al posto dell'interessato, ma dovrebbe fornirgli le informazioni necessarie affinché sia questi a decidere autonomamente⁴⁰. Nel nostro caso però appare evidente che il consenso informato del minore non può avere alcuna validità giuridica. Sono i genitori o i tutori, in veste di rappresentanti legali del minore, a dover consentire. Escludendo a priori, allo stato legislativo attuale, la punibilità per la fattispecie autonoma di *circoncisione rituale maschile*, bisogna verificare se, dal punto di vista normativo, possa ravvisarsi la punibilità del medico e dei genitori-tutori per la violazione più generica dell'integrità fisica del minore, del suo diritto all'"autodeterminazione", e soprattutto delle lesioni derivanti dall'esecuzione di una circoncisione rituale.

Il "Comitato nazionale di bioetica" sostiene che la circoncisione *sembra rientrare entro i margini di "disponibilità" riconosciuti ai genitori dall'art. 30 Cost. in ambito educativo*⁴¹; rientra, infatti, nel dovere-diritto di educare anche la possibilità, per i genitori, *di seguire e conseguentemente di tramandare una linea educativa di natura religiosa, avviando i propri figli verso una determinata credenza religiosa e alle connesse pratiche*. Per quanto il Comitato ammetta che la circoncisione *lasci tracce indelebili e irreversibili, tut-*

⁴⁰ , *Ibidem*, p. 195: *Fondamento giuridico di detto dovere sarebbe nello stesso codice deontologico medico del 2006 (artt. 30-35), così come il previgente del 1998, ed ancor prima in quello del 1995, in cui si è ampliata la portata del principio del consenso (artt. 29-31), valorizzandosi maggiormente il consenso informato come radice della relazione medico-paziente (in assenza del quale potrebbe configurarsi l'atto terapeutico, addirittura, quale violenza privata). Questo, peraltro, sempre più di frequente è preso in considerazione dal legislatore, già dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale n. 833 del 1978 e, più recentemente, dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, adottata dal Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996 ed aperta alla firma degli Stati membri di tale organizzazione il 4 aprile 1997 ad Oviedo, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001 n. 145, e che trova fondamento, in ultima analisi, nel combinato disposto di cui agli artt. 13 e 32 Cost..*

⁴¹ v. GILDA FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 3 e ss.

tavia non produce, ove correttamente effettuata, menomazioni o alterazioni nella funzionalità sessuale e riproduttiva maschile e quindi non rientri fra gli atti di disposizione del corpo umano dannosi per la persona e, dunque, giuridicamente illeciti⁴². Insomma, pur trattandosi d'interventi irreversibili potenzialmente lesivi, essi possono essere leciti e espressione della libertà educativa dei genitori entro certi limiti, in quanto la circoncisione rituale maschile non mira di per sé ad una diminuzione della capacità sessuale e non sottende, secondo il comitato, alcun attentato alla dignità del minore; verrebbe in tal modo a mancare il dolo specifico previsto per il reato di mutilazioni sessuali femminili nella legge n. 7 del 2006. Escludendosi in tal modo la punibilità della circoncisione rituale maschile quando essa rientri in certi *standard* di accettabilità, ossia quando essa sia legittimata dal consenso dei genitori, effettuata in condizioni medico-sanitarie conformi alla normativa vigente e quando essa non comporti rischi anormali o lesioni degli organi sessuali del minore. Bisogna ricordare, seppur sinteticamente, che una tendenza opportunamente opposta a quella del Comitato, si è sviluppata attraverso l'azione del "Consiglio d'Europa" in un rapporto in cui si suggeriva ai governi di costituire dei reati riguardanti la criminalizzazione delle pratiche religiose che violino l'integrità fisica e il diritto all'autodeterminazione dei minori⁴³; un'altra tendenza opposta è stata adottata dalla "Corte d'appello di Colonia", il 7 maggio 2012⁴⁴, sulla base di un opportuno bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti, secondo cui il diritto all'integrità fisica ed alla libera autodeterminazione del minore prevale sia sulla libertà religio-

⁴² Così in ALESSANDRO CESERANI, *Note in tema di circoncisione "rituale" maschile*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4, 2008, pp. 771 e ss.

⁴³ v. *Consiglio d'Europa, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable*, rapporteur : MARLENE RUPPRECHT, juin 2013, v. specialmente pp. 13 e ss; Secondo il Consiglio era necessario ergere i pregiudizi "maggiori" a reati, al fine di affermare una protezione concreta e una presa di coscienza dei diritti umani del minore, in tal senso, v. FRANÇOIS VIALLA, *Intégrité corporelle des enfants (circoncision) : résolution du Conseil de l'Europe*, in *Recueil Dalloz*, 2013, pp. 2702 e ss.

⁴⁴ Rammentiamo che la tematica della rilevanza penale della circoncisione rituale maschile è stata oggetto di un acceso dibattito in Germania a seguito di una importante sentenza della *Corte d'appello di Colonia* (*Landgericht Köln*, 1. kleine Strafkammer, 7 maggio 2012, Az. 151 Ns 169/11), originata da una controversa decisione del Tribunale di Colonia proprio in merito a un caso di circoncisione rituale maschile, si v. ad esempio : cfr. VERENA PUSATERI, *Uno sguardo oltralpe: la Corte d'Appello di Colonia ritiene che la pratica di circoncisione maschile cd. rituale integri reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 settembre 2012; v. WERNER BEULKE e ANNINA DIESSNER, *Ein Kleinder Schnitt für einen Menschen, aber ein grosses Thema für die Menschheit, Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt*, in *ZIS*, 7/2012, S. 338-345; l'affare ha aperto un dibattito dottrinario anche in Francia, per esempio, v. CAROLINE GROSSHOLZ, *La circoncision infantile en cause*, in *Actes des XIXèmes journées d'étude de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, Cujas, 2013, pp. 201-216.

sa che sulla potestà genitoriale, la Corte d'appello di Colonia ritiene appunto che, dal punto di vista oggettivo, la condotta del medico-circoncisore integri, almeno potenzialmente, il contestato reato di lesioni se l'intervento non è giustificato da una ragione medico-terapeutica.

Ritornando al nostro ordinamento, secondo una recente giurisprudenza italiana la circoncisione rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica⁴⁵. Tuttavia se eseguita nonostante il dissenso di uno dei genitori integra il delitto di lesioni personali dolose⁴⁶. Secondo tale giurisprudenza la permanente mutilazione conseguente a un intervento di circoncisione rituale maschile costituisce alterazione anatomica e funzionale del pene, che integra in sé una malattia ai sensi dei delitti di lesioni personali. Tale pratica, fondata su precetti di matrice culturale e come tale svincolata da esigenze di natura terapeutica – a differenza dei trattamenti sanitari obbligatori urgenti, o anche solo necessari, finalizzati a migliorare le condizioni di salute del malato – trova quale unico ed imprescindibile presupposto di liceità il consenso dell'avente diritto, e pertanto non può mai essere eseguita contro il volere di colui che vi si sottoponga, ovvero di chi eserciti la potestà dei genitori nei suoi confronti. Integra pertanto il delitto di lesioni volontarie la condotta del genitore non affidatario e quella del medico che, in concorso tra loro, sottopongano un bimbo a un intervento di circoncisione rituale, essendo ben consapevoli del dissenso espressamente manifestato dal genitore esercente la potestà in via esclusiva. (art. 582 c.p.). Inoltre, integra il delitto di cui all'art. 481, commi 1 e 2, c.p., e non quello di cui agli artt. 476 e 479 c.p., la condotta del medico regolarmente iscritto all'ordine professionale che, operando al di fuori di un ospedale pubblico ovvero di una clinica convenzionata col servizio sanitario nazionale, fornì un certificato attestante falsamente l'insorgenza di una malattia in realtà mai riscontrata, dietro il corrispettivo di un pagamento in denaro⁴⁷.

Quanto al valore attenuante della motivazione culturale – in partico-

⁴⁵ v. VERENA PUSATERI, *Escluso il reato di esercizio abusivo della professione medica se la circoncisione maschile, cd. rituale è stata eseguita per motivi culturali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, XIV, 1-2012, pp. 94-103; ID., *La circoncisione maschile cd. rituale non integra – se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale – il reato di esercizio abusivo della professione medica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 marzo 2012, n. 1, p. 69 e ss.

⁴⁶ Qui si fa riferimento in particolare alla sentenza del Trib. Como, 13 dicembre 2012 (dep. 14 gennaio 2013), che costituisce a livello europeo uno dei pochi precedenti giurisprudenziali concernenti la pratica della circoncisione rituale si veda in particolare la rassegna di documenti disponibili sul sito dell'OLIR – *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, testo scaricabile in www.olir.it.

⁴⁷ v. artt. 479, 481 c.p.

lare con riferimento alla mancanza di una sufficiente socializzazione degli imputati potenzialmente integrativa di interventi di “*cultural defense*” – la giurisprudenza della Corte di cassazione⁴⁸, anche stavolta, ha rivelato la presenza dell’“*ignorantia legis*”⁴⁹, così come riformulata dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, secondo cui è possibile muovere un rimprovero di colpevolezza all’agente soltanto nel caso in cui questi abbia conosciuto, o almeno, abbia potuto conoscere l’illiceità penale del fatto; in caso di ignoranza o errore inevitabili, la colpevolezza, quindi la responsabilità penale dell’autore del reato, dovrà essere esclusa. Ebbene, nel caso di specie – sostiene la Corte – *non può essere in alcun modo disatteso il processo di formazione culturalmente condizionato della volontà dell’imputata che l’ha indotta a sottoporre il proprio figlio minore alla circoncisione, ignorando che tale pratica costituisse un atto medico che poteva essere eseguito solo da persone fornite di specifica abilitazione*⁵⁰. La Corte di Cassazione, al fine di stabilire la sussistenza dell’“*ignorantia legis*”, entra nel vivo del *cd.* “giudizio di inevitabilità”, operando un’interpretazione *in concreto*, ossia avvalendosi delle analisi delle caratteristiche soggettive e personali dell’imputata (i *cd.* “parametri soggettivi puri”, secondo la terminologia della Corte cost., n. 364/1988) che possono aver ingenerato una situazione di ignoranza inevitabile, ed in quanto tale scusabile. Occorreva considerare la condizione di marginalità e di oggettiva difficoltà, da parte della donna nigeriana, che le impediva di accogliere una socializzazione culturale, giuridica ed etnica adeguata agli standards europei. I giudici di legittimità, pertanto, applicano l’art. 5 cod. pen., poiché riconoscono sussistente una *incolpevole carenza di socializzazione* dell’imputata che le ha impedito una normale accessibilità – e quindi conoscibilità – della norma penale violata.

⁴⁸ v. FABIO BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoecheie.it, Febbraio 2008, pp. 62 e ss.

⁴⁹ ex art. 5 c.p.

⁵⁰ Ritornando alla già richiamata sentenza del Tribunale di Colonia per una nozione d’adeguazione sociale, v. HANS WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, Vol. 58, 1939, p. 491. Al fine di giustificare la legalità dei fatti incriminati, Welzel ha invocato la teoria del comportamento socialmente adeguato (*Sozialadäquanz*). Secondo questa teoria, del resto molto criticata (CLAUS ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, in *Festschrift für Ulrich Klug*, Deubner Verlag, 1983, p. 303; MEI KORTE, *Münchener Kommentar*, in *StGB*, § 331, n. 126), il diritto penale non sarebbe legittimato a sanzionare dei comportamenti quand’essi siano socialmente accettati. Quest’argomento è stato rigettato dalla Corte la quale ricorda che *tale teoria non può in alcun caso giustificare la commissione di un fatto costituente reato, poiché il carattere socialmente adeguato d’un comportamento è l’inverso dell’assenza del carattere di repressibilità del reato. La teoria dell’adeguazione sociale non ha, dunque, la funzione di giustificare un fatto penalmente repressibile*.

6. Conclusioni

Il trattamento sanzionatorio della circoncisione rituale è differente da quello riferibile ai casi di mutilazioni genitali femminili: nel primo caso la normativa di riferimento applicabile va ricercata al di fuori della specifica fattispecie criminosa, la quale non presenta alcuna disciplina specifica autonoma nel sistema penale italiano; nel secondo caso, ovvero la disciplina sanzionatoria riguardante le mutilazioni genitali femminili, esiste invece una specifica e autonoma normativa penale di riferimento, emanata sulla scorta dei numerosi richiami internazionali a una severa repressione. Si è visto che, al di là della distinzione, e benché si sia lontani dalla severità sanzionatoria prevista per le mutilazioni sessuali femminili, anche la circoncisione rituale, grazie all'intervento della giurisprudenza italiana, assurge, a determinate condizioni, a materia degna di repressione.

D'altro canto, nei – per ora pochi – casi di applicazione giurisprudenziale della normativa repressiva in materia, in entrambe le fattispecie penali è stata adottata un'interpretazione di “motivazione” culturale particolarmente favorevole agli imputati, al fine di attenuare la sanzione o addirittura di proclamare la sussistenza dell'ignoranza inevitabile dell'autore quanto all'illegittimità delle suddette pratiche, ignoranza che verrebbe ad annullarne la rimproverabilità penale. Sembra legittimo domandarsi, non senza muovere una critica all'interprete se, alla luce delle questioni richiamate in via introduttiva, riguardanti il crescente, e ad ogni modo necessario, allargamento della *c.d.* “società multiculturale” e di conseguenza di fronte alla prospettiva del rischio di un aumento dei detti casi di mutilazioni genitali rituali, e di altre pratiche di questo genere, non si alimenti il pericolo di una normalizzazione in Europa delle mutilazioni genitali a carattere rituale o culturale.

Sebbene il diritto penale debba sempre agire come diritto d’*“extrema ratio”* e entro i limiti delle garanzie procedurali poste a presidio della presunzione d'innocenza in special modo nei casi di scarsa socializzazione dell'imputato, esso dovrebbe tuttavia fungere anche da argine alle nuove pratiche potenzialmente lesive dei valori fondamentali di libertà sulla base dei quali si dovrebbe fondare l'educazione delle nuove generazioni di figli di immigrati, proprio nel momento in cui tali pratiche rischiano di diventare, da fenomeno sociale isolato e marginale a fenomeno diffuso in ragione della “ri-costituzione” di una società europea fondata su una inedita pluralità di comunità sempre più ingombranti al crocevia dell'incontro tra istituzioni politiche, società e comunità etnico-religiose. In questa prospettiva, sarebbe auspicabile non solo trovare il giusto equilibrio tra autorità laica e

libertà religiosa, ma anche tra responsabilità dello Stato nel progettare spazi di libertà capaci al contempo di sedimentare la società pluralista intorno a un nucleo di valori condivisi e un autogoverno delle comunità rispettoso del diritto all'autodeterminazione individuale.

L'interesse a problematiche di law & religion nelle ultime opere saggistiche di Umberto Eco (1932-2016)

DOMENICO BILOTTI

1. *Un'intuizione condivisa negli studi e confermata nei fatti: la rilevanza degli ordinamenti religiosi nell'interazione tra le culture*

La scomparsa dello scrittore Umberto Eco ha sollecitato la riflessione dottrinale negli ambiti di studio più vicini all'attività letteraria dell'Autore: la narrativa, la critica, il giornalismo, la semiologia¹. Non risultano ancora pervenute riflessioni nell'ambito degli studi di *law & religion*, nonostante l'interpretazione giuridico-civile, negli ultimi decenni, sia non occasionalmente entrata in contatto tanto con la letteratura, quanto con la semiologia e gli studi di linguistica generale². Al di là dello specifico riconoscimento letterario dell'Autore o del giudizio estetico sulle sue maggiori opere, i temi per una rilettura nell'ambito ecclesiasticistico non mancano. Vi sono ragioni contingenti (il contesto italiano, l'incerta attuazione di un riformismo ecclesiastico nell'ultimo trentennio), ma anche opzioni sistematiche. Umberto Eco aveva specifiche competenze nel settore degli studi sul Medioevo: la rilettura degli studi di Eco potrebbe, in questi ambiti, far riflettere ulteriormente sulla genesi e sulla conclusione del processo politico-giuridico della *res publica christianorum*, apportandovi il preciso riscontro delle fonti lette-

¹ Una riflessione, invero, copiosa, anche prima della scomparsa dell'A.; vedasi, in proposito, la valida rassegna bibliografica proposta in FRANCISCU SEDDA, *L'essere e l'enciclopedia. Forme del realismo e della cultura nell'opera semiotica di Umberto Eco*, in <http://www.ec-aiss.it>, Rivista on-line dell'AISS, Associazione Italiana Studi Semiotici.

² Tra le fonti dottrinali che confermerebbero questo passaggio, vedansi RUMEE AHMED, *Narrative of Islamic Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1-2; MARCO COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, EUT, Trieste, 2011; KENT GREENAWALT, *Legal Interpretation. Perspectives from Other Disciplines and Private Texts*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 96 e ss.

rarie³. Non solo: le opere narrative di Eco, anche quelle di ambientazione sostanzialmente contemporanea, non omettono mai del tutto il riferimento alle appartenenze etniche, culturali e religiose dei personaggi principali. In ciò avvalorando l'utilità ermeneutica di un incontro tra il diritto e la letteratura, almeno per comprendere quali siano, volta per volta, le caratteristiche peculiari di un ordinamento giuridico e, soprattutto, le modalità attraverso cui il diritto viene generalmente applicato in un sistema giuridico dato.

Le presenti riflessioni intendono procedere in una direzione ancora diversa, ma fondamentalmente legata (e conseguente) alle prime due. Si cercherà, cioè, di segnalare, nell'ultima parte dell'opera saggistica di Eco, la frequentissima ricorrenza di considerazioni e proposte d'analisi riguardanti la presenza delle religioni nella sfera pubblica. Nel far ciò, i primi elementi individuati saranno ovviamente necessari. In due direzioni: nel registrare il cambiamento della rappresentazione del fatto religioso presso l'opinione pubblica – ormai distante dall'uniformità ed omogeneità culturale del confessionismo, nonché nel verificare la pluralità dei mezzi di informazione che danno oggi conto del fenomeno religioso – modificando tanto il proselitismo, quanto la conformazione interna degli ordinamenti giuridici confessionali.

Si può, altresì, anticipare come le analisi e gli studi di Umberto Eco risultino di interesse nel ribadire la capacità orientante del fatto religioso, rispetto alle culture e alla comunicazione nelle relazioni inter-soggettive⁴. Il sentire religioso, implicando le pratiche culturali, l'assunzione in positivo di alcuni valori, oltre che la loro rappresentazione iconografica, è tradizionalmente coesistente alla struttura di una comunità politica. Non è casuale, inoltre, che proprio la diversità culturale e confessionale sia stata e ancora oggi sia ragione di elevata conflittualità sociale, in ordinamenti che non si prestino a regolamentare quelle conflittualità secondo due fondamentali direttrici. In primo luogo, l'appello a un fondamento comune e condiviso dell'agire civile, che possa individuare dei principi sottratti all'alterazione operata dalle parti sociali. E, conseguentemente, la puntuale predisposizione di istituti che favoriscano, più che censurare, il dialogo, il mutuo riconoscimento delle differenze, la qualità, e non la condizione problematica, dell'eguale libertà.

³ Al riguardo, esaustivo, certamente ai fini di un primo orientamento, il volume UMBERTO ECO, *Scritti sul pensiero medievale*, Bompiani, Milano, 2012.

⁴ Due importanti volumi collettanei, tra loro separati da quasi due decenni, sono specificamente legati al tema. Frank Cranmer, Mark Hill QC, Celia Kenny, Russell Sandberg, eds., *The Confluence of Law and Religion. Interdisciplinary Reflections on the Work of Norman Doe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; Stephen M. Feldman, ed., *Law and Religion. A Critical Anthology*, New York University Press, London-New York, 2000.

Nella applicazione contingente, tuttavia, l'uno o l'altro polo del ragionamento hanno finito per prevalere, inibendo ogni ipotesi di coordinamento e bilanciamento equilibrato.

O sono risultate preponderanti valutazioni ideologiche che, in nome di una pretesa astrattezza e universalità, si sono coattivamente imposte a danno delle altre, riducendo gli spazi di libertà, ma asserendo di star difendendoli⁵. O sono emerse proposte teoriche, invero, incerte che hanno diffusamente elogiato le virtù del dialogo, fino a renderne il risultato del tutto indifferente ai fini e ai principi di un ordinamento giuridico⁶.

Singularmente, Eco riesce ad individuare con puntualità alcune ipotesi del genere⁷. La sua analisi si dimostra fondata nella critica ai movimenti neotradizionalisti negli Stati Uniti, nella contestazione delle più recenti legislazioni emergenziali, nella superficiale a-criticità di chi elogerebbe la Rete in modo unidirezionale e, quasi, salvifico. Eppure, rispetto a questi orientamenti invalsi, non si propone mai di offrire soluzioni radicalmente avversative, né più costruttive proposte di critica, ulteriori alla delegittimazione delle posizioni stigmatizzate. Un limite di approccio che, nell'ambito giuridico-religioso, certamente corrobora l'utilità della rilettura di Eco – anche al fine di trarre utili insegnamenti pure dalle omissioni o dalle prospettive troppo esemplificative e meno argomentate. E che, d'altra parte, ne segnala, quanto al settore *de quo*, la limitata originalità e la soltanto occasionale adattabilità ai temi e ai problemi davvero emersi nel contenzioso civile in materia religiosa.

La suesposta considerazione non vuole affatto escludere la rilevanza degli studi di Eco, anche per l'ambito giuridico-religioso, nelle questioni di carattere linguistico e semiologico. L'interpretazione e, in special modo, l'interpretazione del "segno" non sono per nulla irrilevanti nella fase nomogenetica dei diritti confessionali. Ciò sembrerebbe in particolar modo fondato negli ordinamenti religiosi basati sulla rivelazione. In essi, infatti, non solo si pone la rilevante problematica cognitiva di esplicitare il contenuto della rivelazione, a causa della fallibilità dell'intelletto umano, ma soprattutto acqui-

⁵ La tesi è approfondita, tra gli altri, in PARTHA CHATTERJEE, *Oltre la cittadinanza* (2004), trad. it. Meltemi, Roma, 2006, pp. 39 e ss.

⁶ Creando dei paradigmi, perciò, difficilmente corrispondenti alle norme percepite come realmente cogenti da parte dei consociati. Sui risvolti etico-sociali di questo processo, MASSIMO ROSATI, *Solidarietà e sacro. Secolarizzazione e persistenza della religione nel discorso sociologico della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

⁷ L'opera in cui questa sintesi appare meglio riuscita sembra essere costituita dalla recente pubblicazione postuma UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppo. Cronache di una società liquida*, La nave di Teseo, Milano, 2016. Trattandosi di un'antologia di articoli di varia datazione, solo marginalmente rivisti rispetto all'originale, almeno nei contenuti, è bene precisare che essa verrà ritenuta, nella prosecuzione del lavoro, un buon prontuario per vagliare le posizioni espresse da Eco nell'ultimo decennio.

sisce rilievo, nella stratificazione normativa del sistema, il senso da attribuire alle scritture consacrate. A dispetto di orientamenti un tempo in voga, e oggi progressivamente residuali⁸, le religioni e l'interpretazione non occupano spazi radicalmente contrapposti dell'agire umano. Al contrario, sono costantemente costrette ad interagire, soprattutto nel caso di un dissenso interno alla comunità dei fedeli⁹.

Anche nelle esperienze religiose, misticistiche e spirituali non fondate sulla rivelazione, per altro verso, l'interpretazione appare per nulla marginale: è possibile attribuire al fatto naturale un significato di carattere cosmologico? Chi sarà il garante della più compiuta interpretazione possibile di quel fatto naturale? Numerosi studi di prospettive interconfessionali, del resto, mirano a sottolineare nella rappresentazione iconografica l'immagine della divinità come entità che fornisce al genere umano un "segno" (o insieme di segni: scritture) e quella dell'uomo come soggetto senziente che è deputato a ricevere, rispettare e interpretare quel segno¹⁰. Il trattamento ricevuto dai profeti, nelle chiese di ascendenza giudaico-cristiana ma anche nella preponderante esegesi coranica¹¹, corrisponde proprio alla superficialità dell'animo umano che ha avuto la possibilità di "intelligere" i segni, ma che non si è autenticamente disposto ad accoglierli e a farli propri.

Per queste ragioni, si seguiranno due prospettive di ricerche nell'opera di Eco. Per quanto riguarda gli studi in ambito semiologico, si cercherà di dare preferenza agli orientamenti emersi nelle prime opere dell'Autore¹², espressione di una più continuativa analisi sulle implicazioni semiotiche delle comunicazioni simboliche. Quanto all'ultima parte della produzione saggistica di Umberto Eco¹³, si preferiranno gli interventi riguardan-

⁸ Contro questi orientamenti ermeneutici, ormai superati, possono leggersi, per tutti, RUSSELL SANDBERG, *Religion, Law and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 11-24; IVAN STRENSKI, *The Spiritual Dimension*, in Henrika Kuklick, ed., *A New History of Anthropology*, Blackwell, Malden-Oxford-Victoria, 2008, pp. 113 e ss.

⁹ Una specifica visione di questo orientamento, in realtà più generale, in SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, pp. 146-147.

¹⁰ Lo stesso UMBERTO ECO torna sul punto in *Pape Satàn Aleppe*, cit., p. 274.

¹¹ Sulle implicazioni moderne della questione, v., per tutti, MAURICE-RUBEN HAYOUN, *La filosofia ebraica. Dal Medioevo all'Età Contemporanea* (2009), trad. it. Jaca Book, Milano, 2009, pp. 13 e ss.; per un commento sull'esegesi coranica, SAMUELA PAGANI, *Il rinnovamento mistico dell'Islam. Un commento di Abd al-Gani al-Nabulusi a Ahmad Sirhindi*, Istituto Universitario Orientale, Napoli, 2003, pp. 78-79.

¹² Punto di contatto tra gli studi sull'ermeneutica letteraria e quelli di critica sociale potrebbe essere considerato, comunque sia, UMBERTO ECO, *La struttura assente* (1968), Bompiani, Milano, 1980.

¹³ Pur non volendo aderire a eccessive semplificazioni, circa il pensiero dell'A., potrebbe ritenersi opera introduttiva dell'ultimo scorcio del suo itinerario concettuale UMBERTO ECO, *Il secondo diario minimo*, Bompiani, Milano, 1992.

ti l'attualità, la politica e il dibattito culturale ed intellettuale. Essi, che pure non integrano l'ipotesi di scritti minori o non meritevoli di studio, non sempre si dispongono ad attuare, anche nella sfera politica, le intuizioni ermeneutiche espresse nelle opere di contenuto teorico. Nonostante questa latente e, a volte, omessa lettura d'insieme, proprio per il fatto di essere scritti costantemente legati alle dinamiche dell'attualità nazionale ed internazionale, è giusto ritenerli espressione di posizioni meritevoli di essere rilette e commentate. Non fosse che per notare come la religione e il diritto delle religioni abbiano assunto, se mai lo avevano smarrito, un ruolo preponderante nella discussione pubblica e nelle problematiche di interesse generale¹⁴.

Ad Eco, in sostanza, potrebbe obiettarsi di non avere sufficientemente indagato i rapporti tra le religioni e le convenzioni, tra il mutamento dei linguaggi e la conferma in essi, però, di codici di carattere evidentemente religioso. Un approccio del genere, del resto, rischia pure di prodursi in una forma di consapevole esclusione dell'alterità dalla cittadinanza politica. Se non c'è elaborazione critica della propria appartenenza e si percepisce la propria cultura come piattaforma ideale della neutralità e dell'imparzialità, ogni condotta non astrattamente riconducibile a quei canoni ne risulta estromessa. Come proprio la semiotica e il diritto, ciascuno per parti diverse, hanno contribuito a dimostrare, il punto è che la posizione di una cultura dominante, maggioritaria, istituzionalizzata, non è quella di una neutralità asettica e distante dalla materialità dei rapporti sociali e delle relazioni giuridiche. Semmai, l'omogeneità culturale, ideologica e religiosa di un dato ordinamento giuridico o di un dato orientamento negli studi implica la previa affermazione di una visione del mondo che, in origine, era essa stessa di parte e priva di connotazioni realmente universalistiche.

In assenza di una seria riflessione sulle implicazioni giuridiche delle appartenenze religiose, qualificare dal punto di vista normativo l'interazione tra le culture risulta sostanzialmente impossibile. Come stabilire le coordinate di un dialogo tra due sensibilità diverse, se non si riconoscono le componenti che ciascuna di essa associa alla cogenza, alla precettività e alla normatività? Questa opzione, per altro verso, è destinata a non potere operare in assenza di un riferimento alla sfera religiosa, individuale e collettiva, perché i sistemi giuridico-religiosi, proprio perché densamente simbolici, costringono inevitabilmente a misurarsi col riconoscimento (o

¹⁴ LENN H. GOODMAN, *Religious Pluralism and Values in Public Sphere*, Cambridge University Press, New York, 2014 pp. 11 e ss.

col disconoscimento) dell'obbligo religioso nella sfera pubblica¹⁵. O, come è stato variamente affermato, con la natura inevitabilmente iconica della giuridicità¹⁶.

2. L'avvento di Internet nella trasmissione intergenerazionale del Sapere e il rischio di contraffazione delle convinzioni religiose

Sarebbe fuorviante slegare queste riflessioni dall'evoluzione delle concrete condizioni di vita. E in esse senz'altro meritano di rientrare le modalità della comunicazione intersoggettiva¹⁷, nonché l'avanzamento degli strumenti materiali che la consentono e riproducono. Si è soliti interpretare il progresso tecnico come un processo di carattere ascensionale, fondato su un costante miglioramento rispetto alle condizioni di partenza di una data comunità. E, in effetti, riflessi di questo tipo si rinvencono, più o meno apertamente, anche negli studi giuridici, dove si è portati a ritenere gli strumenti ermeneutici destinati ad un progressivo affinamento. Gli studiosi del diritto, a riprova di ciò, lamentano i casi in cui questo affinamento metodologico si presenti in ritardo rispetto all'evoluzione delle condizioni sociali e ai costanti processi di produzione e trasformazione del diritto vivente.

Umberto Eco ha tenacemente difeso un'idea che, in prima battuta, poteva sembrare tendenzialmente provocatoria. A dispetto di un sentire diffuso, per cui il progresso tecnologico segue la ricordata direzione ascensionale, per Eco era più pertinente sottolineare le fasi in cui quella stessa idea di progresso segnava delle fasi di arresto, non apportando nuovi ritrovati, né determinando miglioramenti nelle condizioni di vita¹⁸. L'intuizione generale è sostanzialmente condivisa: a fasi storiche di grande sviluppo tecnico-scientifico possono senz'altro seguire periodi in cui le condizioni di vita tornano ad un livello meno agiato, inferiore persino al momento in cui quei partico-

¹⁵ LENN H. GOODMAN, *Religious Pluralism*, cit., pp. 54 e ss.

¹⁶ Di recente, v. PAOLO HERITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, EDB, Bologna, 2014.

¹⁷ Sull'evoluzione del linguaggio come indice della qualità della vita, in un contesto dato, cfr., tra i molti, UPENDRA BAXI, *Epilogue. Whom May We Speak for, With and After? Re-silencing Human Rights*, in Gurinder Bhambra, Robbie Shilliam, eds., *Silencing Human Rights. Critical Engagements with a Contested Project*, Palgrave Macmillan, Basingstoke-New York, 2009, p. 258; sulle implicazioni linguistiche della partecipazione politica, v. anche JAMES TULLY, *Reimagining Belonging in Circumstances of Cultural Diversity. A Citizen Approach*, in Ulf Hedetoft, Mette Hjort, eds., *The Postnational Self. Belonging and Identity*, University of Minnesota Press, Minneapolis-London, 2002, p. 174.

¹⁸ UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 21-23.

lari ritrovati tecnici o tecnologici erano stati inventati o diffusi su larga scala. Data l'elevata condivisione di questi punti di partenza, nella maggior parte degli ambiti di studio, sembra opportuno misurarsi direttamente con l'ambito nel quale Eco individuava le più palesi contraddizioni e discontinuità: le comunicazioni digitali attraverso il *world wide web*.

Il lavoro procederà nel senso di segnalare in che misura possa verificarsi questo cambiamento, in rapporto al proselitismo religioso e alla stessa evidenziazione pubblica del fatto religioso, comunque considerato. Appare più che plausibile che Internet, avendo modificato la fruizione dei servizi culturali e avendo reso inevitabile la diffusione planetaria di un circuito di informazioni sempre meno "garantito", abbia pure modificato quella parte dell'agire umano che si riferisce alla dimensione religiosa del vivere e del credere. Ad esempio, dando luogo, non senza imbarazzi e crescenti preoccupazioni, anche ai fini dell'ordine pubblico *interno*, a forme oggettivamente inadeguate e strumentali di proselitismo religioso, a mezzo di comunicazioni digitali.

Eco imputava alla crescente diffusione delle tecnologie telematiche il rischio di un'eccessiva falsificazione delle informazioni veicolate¹⁹. La nozione di falsificazione non era quella popperiana, rigidamente teorica e di chiaro rilievo metodologico²⁰. Era ancor più direttamente quella del senso comune: la diffusione su larghissima scala di notizie infondate e di dati sbagliati. E in ciò si riesce a riscontrare agevolmente la formazione semiologica di Eco. Il problema, infatti, non è solo che in un dato tempo e in un dato luogo vi sia un'eccessiva e smodata diffusione di informazioni tendenziose, ma anche che esse, per il solo fatto di essere propagate e propagandate, capillarmente accolte, si sostituiscano allo sforzo e alla tentata veridicità di ogni ricerca scientificamente fondata.

Internet avrebbe, cioè, moltiplicato un rischio insito nel linguaggio umano e da tempo al centro del dibattito sulle teorie del significato: come garantire che un uso linguistico convenzionalmente accettato non comporti l'evidente e acritica accettazione di dettami falsi? E come evitare che di questi fraintendimenti invalsi si avvantaggino i detentori del potere politico o, in ipotesi, i loro pretesi usurpatori?

In ambito religioso, il rischio si fa elevatissimo. La propensione univer-

¹⁹ UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 91-94.

²⁰ Nell'ampia letteratura sul punto, cfr., almeno, MASSIMO BALDINI, *Introduzione a Karl R. Popper*, Armando, Roma, 2002, pp. 45-46; ANTONINO FALLONE, *Il processo aperto: il principio di falsificazione oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 60 e ss. Una lettura più vicina a quella, quivi, proposta trovasi in LUDOVICO GEYMONAT, *Riflessioni critiche su Kuhn e Popper*, Dedalo, Bari, 1983, pp. 53-56.

salistica delle religioni si è dimostrata, anche nella modernità liquida così efficacemente tratteggiata negli studi di Bauman²¹ e richiamata, pur con temi e sviluppi diversi, anche nell'opera di Autori come Ulrich Beck²², molto più coesiva e aggregante di altre categorie del discorso politico e giuridico. Più dell'idea novecentesca della nazione, più del diritto di cittadinanza e delle sue implicazioni costituzionali, più delle dinamiche secolari che hanno interessato le normative civilistiche. E, proprio per questo, la componente culturale delle religioni è contemporaneamente uno dei fattori maggiormente divisivi nel rapporto tra le culture. Un contadino indonesiano e un magnate saudita residente negli Stati Uniti probabilmente adorano lo stesso Dio, come un fedele cristiano alle prese con la repressione religiosa in corso in alcuni Stati africani ed un rinomato accademico scandinavo. E, pur adorando lo stesso Dio, possono essere in radicale e permanente contrapposizione – sia pure con l'utilizzo di mezzi più o meno pacifici – un miliziano iracheno e uno studioso del Corano che lavora al Cairo, il presidente di un comitato elettorale in Tennessee e un manovale afroamericano a Brooklyn. Eco ben intuisce che ciò avviene perché le religioni e, soprattutto, gli orientamenti etico-culturali che si forgiavano nel loro alveo rappresentano per chi, più o meno consapevolmente, le segue questioni della massima importanza. Idonee a sviluppare un vincolo profondo e radicato nei confronti di adepti dello stesso culto o di esponenti della medesima cultura. E parimenti in grado di dar luogo a frazionismi molto gravi tra chi, pur nell'ambito dello stesso culto o dello stesso orizzonte di senso, manifesti orientamenti e sensibilità anche solo parzialmente diversi²³.

²¹ Benché l'opera principale, oltre che quella di maggior successo, sia ritenuta ZYGMUNT BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity, Cambridge, 2000, appare, invece, meglio indicativa delle tesi, poi, al centro dei volumi successivi, *Globalization: The Human Consequences*, Columbia University Press, New York, 1998. Più recentemente, conviene ricordare, anche per profili riguardanti la rappresentazione delle religioni nella sfera pubblica, ID, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, Polity, Cambridge, 2006.

²² Un confronto tra i due Autori appare, perciò, particolarmente utile. Tra le opere che hanno preso espressamente in considerazione questa pista di ricerca, v. CHARLES LEMERT, MAKENNA GOODMAN, *Liquid Waste, Being Human and Bodily Death*, in Anthony Elliott, ed., *The Contemporary Bauman*, Routledge, London-New York, 2007, pp. 198-214; RUGGERO D'ALESSANDRO, *La società smarrita. Quattro letture del presente fra paure, crisi e migrazioni*, Franco Angeli, Milano, 2010, pp. 116 e ss.

²³ Per alcune conferme in ordine alle diverse prospettive confessionali: PIERANGELA FLORIS, *Il pluralismo in materia religiosa nelle prospettive di attuazione del federalismo*, in Sara Domianello, a cura di, *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 51; MARIA IMMACOLATA MACIOTTI, *Per troppo successo. Ascesa e declino della Soka Gakkai in Italia*, in Marta Sernesi, Federico Squarcini, a cura di, *Il buddhismo contemporaneo. Rappresentazioni, istituzioni, modernità*, SEF, Firenze, 2006, pp. 172-173 (nel medesimo volume, più propenso a valorizzare la pluralità del buddhismo contemporaneo, ENZO PACE, *Dalla contemplazione all'azione. Forme di modernizzazione nel monachesimo buddhista theravada*, pp. 97 e ss.); ERIC J. HOBSBAWM, *La fine della cultura. Saggio*

La medesima prospettiva riguarda, beninteso, lo stesso ateismo organizzato²⁴, soprattutto quello spesso descritto come ateismo “militante”. In quel caso, l’orientamento ideologico, chiaramente avversativo rispetto all’esistenza di un Dio o di una religione convenzionale, pone identicamente, a base della propria differenza dagli altri, ancora una volta, un giudizio di carattere religioso (che sia l’infondatezza o, addirittura, la pericolosità delle religioni).

A ben vedere, persino lo scetticismo, l’agnosticismo e l’indifferenza non riescono a sottrarsi alla caratteristica dialettica tra fedeltà ed infedeltà, comunità di uguali e necessità della differenza, tipicamente propria del fatto religioso. Le più documentate analisi (giuridiche, demografiche, sociologiche) dimostrano, infatti, che pure gli agnostici e gli indifferenti, in base ai diversi contesti di afferenza, hanno in qualche modo assimilato una matrice culturale comune, non del tutto estranea alla rilevanza delle religioni nella sfera pubblica. Le letture, le argomentazioni, le preclusioni civili e le aspettative di vita di un ateo a Parigi non sono le stesse di quelle di un ateo a Baghdad.

La contraffazione dei precetti religiosi che quotidianamente Internet rischia di aggravare e potenziare è un elemento che merita una riflessione autonoma e circostanziata. Senza alcuna pretesa di esaustività, si avvaloreranno quegli spunti che è possibile rinvenire anche a partire dalla recente saggistica di Umberto Eco e che sembrano di maggiore interesse per le prospettive di studio ecclesiasticistiche.

In primo luogo, Internet è uno strumento di comunicazione realmente universale, ma una quota ancora preponderante di siti, blog e chat viene scritta nella lingua del Paese di provenienza dei diversi fruitori. Eco nota come, in realtà, anche le lingue nazionali abbiano avuto un deterioramento delle proprie strutture comunicative e grammaticali attraverso la Rete, che ha favorito forme grafiche grammaticalmente inesatte, anglicismi impropri e una generale riduzione delle aspettative di approfondimento e articolazione associate al linguaggio. Ciononostante, un blog redatto in una lingua parlata da poche migliaia di persone (o da milioni, ma sostanzialmente sconosciuta fuori dalla propria area regionale di riferimento) risulta, sì, visibile in ogni parte del mondo, ma effettivamente comprensibile a un numero di utenti nient’affatto universale.

su un secolo in crisi d’identità (2013), trad. it. Rizzoli, Milano, 2014; ENZO TRAVERSO, *La fine della modernità ebraica: dalla critica al potere* (2013), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2013; GLAUCO D’AGOSTINO, *Sulle vie dell’Islam. Percorsi storici orientati tra dottrina, movimentismo politico-religioso e architetture sacre* (2010), Gangemi, Roma, 2016, pp. 62 e ss.

²⁴ Alcuni profili giuridico-teorici, a sostegno di questa tesi, in NICOLA COLAIANNI, *Religioni e ateismi: una complexio oppositorum alla base del neo-separatismo europeo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Giugno 2011.

Di questo problema, stanno iniziando a farsi carico le legislazioni statuali di riforma, in materia di terrorismo internazionale, non per ultima quella italiana²⁵. Se la condotta sanzionata dalla norma incriminatrice è concordata sul web, sembrerebbe che essa possa essere contrastata in modo più immediato ed efficace. Ma come realizzare questo obiettivo, se la lingua in cui è espresso il disegno criminoso è sconosciuta all'autorità che deve impedirlo o, peggio, se, attraverso competenze tecniche qualificate, i concorrenti nel reato adoperano sistemi di videocomunicazione non ordinariamente tracciabili?

Inoltre, il proselitismo religioso realizzato su Internet, che intenda o meno conseguire effetti giuridicamente illeciti (qui, ancora, non rilevando se sotto il profilo penalistico, civilistico o amministrativistico), ha potenzialità diffusive *ex ante* imponderabili. Soltanto le modalità espressive, sin dalla radice, appaiono assai più ampie di quelle del proselitismo tradizionale, condotto attraverso la vendita e la distribuzione di opuscoli, lo svolgimento di particolari liturgie collettive o forme, più o meno invasive, di avvicinamento di nuovi adepti, attraverso pubblicità "porta a porta". Il proselitismo religioso telematico è, cioè, più vario, meno controllato e per sua stessa natura potenzialmente più attrattivo: video-filmati, forum tematici, distribuzione pressoché illimitata di materiale audio. Nella società di Internet, stigmatizzata da Eco²⁶, la frequenza della trasmissione (della quantità) di informazioni ha largamente superato ogni previo giudizio e ogni riscontro successivo, circa il contenuto dell'informazione trasmessa. E ciò ha spinto la dottrina a ritenere persino le appartenenze religiose – in realtà, più coese e apparentemente meno mobili di quelle politiche e culturali – non più risolvibili attraverso precise *affiliazioni* confessionali²⁷. È singolare, infatti, che, quanto a nuovi movimenti religiosi o a forme organizzative rinnovate di movimenti religiosi molto risalenti, stia sempre più avendo corso l'accorgimento lessicale di parlare di movimenti (o chiese, o sette, o istituti) di *ispirazione* buddhista, cristiano-ortodossa, protestante ... più che di movimenti e chiese (e sette, e istituti) buddhisti, cristiano-ortodossi, protestanti.

La grande quantità di informazioni religiose inesatte che circolano sulla Rete ha moltiplicato tanto l'approssimazione, quanto la frammentazio-

²⁵ SERGIO COLAIOCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Archivio Penale*, 2015, 1, pp. 1-12.

²⁶ Ad esempio, UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 85-86.

²⁷ JLIA PASQUALI CEROLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose: contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 100 e ss.; SILVIO FERRARI, *Diritto e religione tra multiculturalità e identità. La questione dello statuto giuridico dell'Islam in Europa*, in Carmelo Vigna, Stefano Zamagni, a cura di, *Multiculturalismo e identità*, Vita & Pensiero, Milano, 2002, pp. 273 e ss.

ne, all'interno dei gruppi religiosi più attivi, anche quando minoritari, in un dato territorio. I due fattori stanno inevitabilmente uniti, poiché, come da tempo segnala l'antropologia religiosa (e così pure le scienze giuridiche e la storia degli ordinamenti confessionali), ogni forma di settarismo all'interno di un gruppo religioso ha bisogno di legittimarsi sul piano di un più coerente adeguamento ai veri dettami confessionali²⁸. Ma la ricerca sul fondamento di quei dettami è condotta attraverso fonti, mano a mano, più resultative e meno autentiche, lasciando spazio a manipolazioni, corrosioni e alterazioni. Il fenomeno, oggi più visibile nei gruppi religiosi minoritari, è in realtà ben noto anche nelle esperienze religiose maggioritarie, dove l'integrità dottrina-ria convenzionalmente accettata non occasionalmente ha fatto leva su interpretazioni, invero opinabili, delle comuni convinzioni religiose.

Eco, al contrario, non rileva un ulteriore aspetto specifico dei rapporti tra Internet e fenomeno religioso, inteso in questo caso sia nella valenza organizzata-associativa, sia nella dimensione individuale e coscienziale. L'aumento delle informazioni inesatte determina pure un aumento delle commistioni improprie tra la religione e fattori sociali da essa teoricamente distinti e distinguibili – ad esempio: aspetti commerciali, propaganda armata, speculazioni su nuove, presunte, taumaturgie.

Proprio nella materia più significativa e preoccupante, emersa negli ultimi anni, queste inappropriate commistioni stanno causando i problemi più gravi. Basti pensare alla divulgazione online di opuscoli di rivendicazione terroristica, di filmati documentanti violenze molto crude, ma riprese in modo gratuitamente scenico e spettacolare, o di malintesi sermoni dove, in realtà, la riflessione teologico-religiosa è del tutto inesistente. E, invece, l'apparente sfondo religioso (motti, invocazioni, luoghi e rituali) è apertamente funzionale alla reiterazione di messaggi di istigazione violenta. Anzi, può verificarsi con certezza che questo tipo di comunicazione ha direttamente nuociuto al messaggio religioso, anche a quello di matrice neofondamentalista. Quest'ultimo, infatti, punta tradizionalmente a sollevare ampie ondate di ortodossia interpretativa, ma il suo radicalismo antidottrinale e oltranzista difficilmente si è associato a forme tanto esibite quanto efferate di violenze di massa²⁹. In

²⁸ PIERO BELLINI, *Dal dogmatismo teologico al relativismo dialettico*, in Giuseppe Leziroli, a cura di, *La Chiesa e l'Europa*, Pellegrini, Cosenza, 2007, pp. 33 e ss.; BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed eguali: le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 60-61.

²⁹ Sul rischio, perciò, che le dottrine più intransigenti divengano, pur non sempre loro malgrado, mera giustificazione di atti efferati, cfr. JAVAID REHMAN, *Islamic State Practices, International Law and the Threat from Terrorism. A Critique of the "Clash of Civilizations" in the New World Order*, Hart, Oxford-Portland, 2005, pp. 178-180; ANDREJ ZWITTER, *Human Security, Law and the Prevention of Terrorism*, Routledge, London-New York, 2011, p. 115.

questo senso, il terrorismo, anche quando approfitti di motivazioni religiose per ottenere, nei territori di provenienza o in quelli di nuovo radicamento, maggiore seguito, lede la condizione dei credenti pacifici. Favorisce, piuttosto che combattere, l'equazione dell'intolleranza che sovrappone l'appartenenza religiosa alla commissione di illeciti.

Anche in casi che coinvolgano situazioni meno gravi, la sovra-diffusione di informazioni religiose infondate – non rispondenti, cioè, al nucleo essenziale del culto che si intende praticare e propagandare – genera nocumento a carico dei credenti in buona fede. E facilita, inoltre, la circonvenzione dei soggetti più facilmente ingannabili dalle pratiche manipolative o da quelle forme di propaganda che, pur senza integrare una nozione specifica di circonvenzione e manipolazione, mirano ad attrarre le persone più instabili e deboli. Oltre che, perciò, meritevoli di una più puntuale protezione giuridica³⁰.

Il *religious self market*, implementato dalla diffusione delle nuove tecnologie, ha rimodellato complessivamente la rappresentazione giuridica del diritto di propaganda e, indirettamente, le stesse professioni di fede, rendendone i contenuti solo all'apparenza più chiari e verificabili e non occasionalmente, all'opposto, travisabili e superficiali³¹. Quanto sulla carta avrebbe solo potuto giovare alla migliore attuazione del diritto di libertà religiosa – favorendo il dialogo, la reciproca conoscenza, la personale reperibilità delle nozioni, in regime di pluralismo culturale e confessionale – si sta orientando verso effetti diversi. Sebbene non appaia necessario dare letture esclusivamente negativistiche di questo passaggio, è visibile come alcuni dei limiti che Eco rinveniva, nell'ambito delle comunicazioni digitali, stiano sempre più peculiarmente estendendosi allo stesso ambito giuridico-religioso³².

3. Relativizzazione della morale e assolutismo religioso

Dal punto di vista filosofico-morale, l'apporto fornito da Eco al più ampio

³⁰ Pur nel contesto di un quadro normativo parzialmente (ma non incisivamente) modificatosi, l'assunto è condiviso in GERMANA CAROBENE, *Libertà individuale ed appartenenza comunitaria. Rilevi penalistici del brainwashing*, in Mario Tedeschi, a cura di, *Comunità e soggettività*, Pellegrini, Cosenza, 2006, pp. 527 e ss.

³¹ Che ciò possa essere correlato alla natura intrinsecamente contraddittoria del presunto progresso scientifico è sostenuto anche in UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 20-21.

³² Sui presupposti epistemologici di un problema tanto delicato, cfr. LORNE L. DAWSON, DOUGLAS E. COWAN, *Introduction*, in IiDd, eds., *Religion online. Finding Faith on the Internet*, Routledge, London-New York, 2004, pp. 3 e ss. Quanto a più recenti, e parimenti gravi, profili di ordine pubblico, vedasi la lunga rassegna proposta in GUS MARTIN, *Essential of Terrorism. Concepts and Controversies*, IV ed., Sage, Singapore, 2016, *passim*.

dibattito degli ultimi decenni appare meno incisivo. In sostanza, Eco difende, almeno in modo programmatico, il pluralismo culturale e confessionale, formalmente incentivato dagli ordinamenti giuridici liberal-democratici, ma è una difesa non priva di limiti. In primo luogo, non sembra interrogarsi adeguatamente sulle contraddizioni che connotano i sistemi giuridici democratici, come ad esempio il rivendicare, proprio in nome del pluralismo, l'esclusione di tutte quelle soggettività, sociali culturali e religiose, che non si conformino ad essi³³. Proprio approfondire queste criticità, invece, significa migliorare il funzionamento di un sistema democratico, nella continua tensione rivolta alla piena attuazione dei principi che lo contraddistinguono. Se, invece, le istituzioni giuridiche del paradigma del liberalismo democratico sono assunte acriticamente come dogmi, come condizioni autosufficienti del loro stesso funzionamento, si rischia di depotenziare il sistema democratico-repubblicano, fornendone una rappresentazione elitistica e autoreferenziale³⁴.

Eco sembra, cioè, perseverare, anche dal punto di vista teorico, in una delle posizioni più controverse e, contemporaneamente, più tipiche degli intellettuali che si sono affermati, a partire dalla seconda metà del XX secolo. Difendere le istituzioni democratiche, ma nel novero di una "democrazia tra simili", dove i momenti di frizione, conflittualità sociale, radicale diversità di ideali, prassi e culti non sono presi in considerazione. E, anzi, sono scoraggiati – quando potrebbero avere un contenuto positivo, sono criminalizzati – quando potrebbero trovare una compensazione pacifica, sono respinti – quando accoglierne l'eventualità potrebbe, invece, rinnovare e vivificare ogni giorno la rilevanza giuridica del patto costituzionale.

La parabola concettuale dell'ultimo Eco, soprattutto nell'ambito della produzione saggistica su temi d'attualità, politica e costume, sembra persino contraddittoria rispetto agli studi semiologici che Eco perseguì con impegno ed erudizione, almeno fino agli anni Ottanta. Laddove prevaleva, nell'ambito della semiotica, un approccio coraggiosamente pluralistico³⁵, in proficuo dialogo con le avanguardie, con le loro intuizioni estetiche e, talvolta, con le loro rivendicazioni politiche e civili, nell'ultimo periodo Eco si era trovato,

³³ MARIO SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 570 e ss.; LUCIA RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 71 e ss.; al riguardo, vedasi anche la proposta di dottrina dello Stato emergente nell'analisi di PETER BAOFU, *The Rise of Authoritarian Liberal Democracy: a Preface to a New Theory of Comparative Political System*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2007, p. 8.

³⁴ Pur non ritenendo, invero, questo rischio del tutto attuale, cfr. SERGIO LARICCIA, *Le radici laiche dell'Europa*, in Giuseppe Leziroli, a cura di, *L'Europa e la Chiesa*, cit., pp. 123 e ss.

³⁵ D'uopo, in tal senso, il riferimento a UMBERTO ECO, *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee* (1962), Bompiani, Milano, 1967.

in campo morale, a difendere posizioni che il suo stesso metro valutativo avrebbe potuto definire di “retroguardia”. Sgomento nei confronti della mancata trasmissione intergenerazionale del Sapere classico³⁶, assertore dei crismi tipici della ricerca scientifica, non in dialogo con le controculture giovanili (writers, banlieuesards, squatters³⁷...) e restio persino alla dimensione collettiva e di massa che il dialogo interreligioso e il confronto culturale potrebbero conseguire, proprio a presidio e a rafforzamento del bene comune.

Eppure Eco, anche nell'ultimo decennio, aveva saputo distinguere e stigmatizzare le manifestazioni tipiche dell'intolleranza, in campo religioso, a volte attribuendo questa qualifica anche a posizioni rigidamente osservanti, ma in senso proprio non qualificabili come intolleranti.

Di certo, rispetto ad alcune delle questioni più interessanti e divisive, Eco sembra tenersi distante. Si pensi, ad esempio, al recepimento del Magistero di Benedetto XVI. Nel mondo delle professioni intellettuali, chi proveniva da matrici ideologico-culturali affini a quella di Eco finì per schierarsi. Vi fu un gruppo di studiosi, per quanto composito ed irriducibile a categorie unitarie ed omologanti, oltre che espressione di ambiti diversi e di differenti sensibilità, che fu etichettato, per semplificazione giornalistica, come “marxista-ratzingeriano”. Il filo conduttore che caratterizzava studiosi e uomini politici come Tronti³⁸, Vacca³⁹, Agamben⁴⁰, in parte Prosperi⁴¹ o Chiti⁴² era il

³⁶ Fenomeno che a sua volta rende inadeguata la disciplina vigente sui diritti patrimoniali e non patrimoniali degli autori. Così, ad esempio, proprio a partire dalle tesi di Umberto Eco, ANDREA SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, p. 156.

³⁷ DAVID LEYVAL, *La banlieue. À l'épreuve de l'utopie*, EPU, Paris, 2004, pp. 196-197; RUSSELL WEST-PAVLOV, *Transcultural Graffiti. Diasporic Writing and the Teaching of Literary Studies*, Rodopi, Amsterdam-New York, 2005, p. 65.

³⁸ In particolare sulla posizione di Tronti, ma dando conto di un sentire assai più diffuso, PIETRO BARCELLONA, PAOLO SORBI, MARIO TRONTI, GIUSEPPE VACCA, *Emergenza antropologica: per una nuova alleanza tra credenti e non credenti*, Guerini e Associati, Milano, 2012.

³⁹ Fino ai recenti esiti di intransigenza politica, rispetto a proposte di riforma della legislazione civile, come notasi in MASSIMO REBOTTI, *Vacca: Family Day non reazionario, la sinistra rischia la deriva nichilista*, in *Corriere della Sera*, 2 Febbraio 2016.

⁴⁰ Sino a fare del Magistero l'emblema di una possibile lettura escatologica. Cfr. GIORGIO AGAMBEN, *Il mistero del male. Benedetto XVI e la fine dei tempi*, Laterza, Roma-Bari, 2013. Per una rilettura prettamente giuridico-canonica di tematiche affini, v., per tutti, GERALDINA BONI, *Sopra una rinuncia. La decisione di papa Benedetto XVI e il diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2015.

⁴¹ In realtà, lo storico Adriano Prosperi sostenne la rilevanza dei temi oggetto del Magistero di Benedetto XVI, ma da opinionista andò distaccandosi dalle interpretazioni e dalle valutazioni effettivamente offerte. Pur con un linguaggio non sempre validabile, segnala questo rapporto ambivalente, tra la condivisione del metodo e le inevitabili distanze sui contenuti, GIULIANO FERRARA, *Il cardinale e lo storico fanno apologia misericordiosa della promiscuità*, in *Il Foglio*, 7 Ottobre 2008.

⁴² Sulla rilevanza della dottrina sociale, ad esempio, VANNINO CHITI, *L'Enciclica del Papa: l'etica*

rinnovato interesse verso i temi della cooperazione sociale internazionale e dell'antropologia personalista cristiana, sovente rilanciati, nel dibattito pubblico, proprio dal Magistero di Benedetto XVI.

Altri esponenti del medesimo orizzonte politico-culturale di Eco, all'opposto, pur arrivando a riconoscere la rilevanza delle questioni poste dal Pontefice, ne avversavano profondamente, anche in modo pubblicamente molto visibile, le propensioni dottrinali e le scelte concretamente poste in essere, nel campo della morale sessuale, dell'organizzazione amministrativa, gerarchica e pastorale della Chiesa, oltre che del rapporto con le culture (giuridiche) laico-secolari⁴³.

Eco era probabilmente più vicino a questo secondo orientamento ermeneutico, ma, a prescindere se esso fosse fondato o meno, non sembra abbia, poi, inteso approfondirlo debitamente, né che la tematica abbia rappresentato un argomento preponderante nella recente produzione saggistica dell'A.

Nei pochi interventi pubblici sulla questione, Eco sembrò soprattutto intenzionato a mantenere le sue posizioni su un aspetto, in verità, non del tutto dirimente. L'Autore considerato, infatti, denigrava l'immagine comune del Pontefice quale raffinato teologo e filosofo erudito, ancorché proveniente dalla tradizione ecclesiastica e dai suoi orientamenti più integrazionisti e rispettosi del pregresso Magistero ecclesiale. Ed Eco avallava l'idea che questa immagine, ritenuta artificiosa e non rispondente al reale, fosse intenzionalmente veicolata, quasi si trattasse di una strategia impostata per favorire un certo recepimento pubblico del Magistero⁴⁴.

Prendere partito nella questione non sembra, nei fatti, particolarmente interessante. Effettivamente, nella pubblicistica interessatasi alla figura intellettuale e alla concreta vicenda biografica di Benedetto XVI, l'elogio delle ampie cognizioni teoriche possedute dal Pontefice emerito è stato frequente e insistito. E, altrettanto spesso, la critica alle posizioni di Benedetto XVI è stata perseguita proprio cercando di ridimensionarne l'accuratezza del fondamento storico, esegetico, giuridico, filosofico.

Ad entrambi i fronti della discussione, tuttavia, sembrano essere sfuggiti elementi di maggiore interesse, che sono stati, invece, segnalati dalla canonicistica, pur non riuscendo a raggiungere adeguatamente l'opinione pubbli-

è necessaria, il mercato non può cercare solo il profitto, in *Primo Piano*, 10 Luglio 2009; pur in una prospettiva teorica meno articolata, v. anche ID, *I cattolici e il PD*, in *l'Unità*, 1 Ottobre 2011.

⁴³ Si attestavano su queste posizioni, tra gli altri, PAOLO FLORES D'ARCAIS, *La sfida oscurantista di Joseph Ratzinger*, Ponte alle Grazie, Milano, 2010; MARCELLO CINI, *Lettera*, in *il Manifesto*, 14 Novembre 2007.

⁴⁴ In proposito, v. anche UMBERTO ECO, *Virgolette. Umberto Eco contro Ratzinger*, in *il Post*, 20 Settembre 2011.

ca, segnatamente quella cattolica. Benedetto XVI è stato l'introduttore e il promotore di circostanziati processi di riforma che ancora attendono più compiuto e articolato svolgimento nel diritto della Chiesa (la disciplina matrimoniale processuale, la razionalizzazione dell'attività creditizia, le norme di diritto penale canonico⁴⁵). L'aver saputo intuire gli ambiti più dichiaratamente meritevoli di trovare una nuova, più organica e precisa, rimodulazione normativa sembra un dato troppo spesso sottovalutato e ridimensionato. Si è preferito, e, in realtà, sostanzialmente si continua a preferire, fuori dall'ambito degli studi giuridici, concentrarsi sui lati pubblicamente più visibili del Magistero – valutazione che ben descrive le posizioni dello stesso Eco. Un simile modo di argomentare, che certo ha il merito di enucleare aspetti interessanti riguardo all'immagine della Chiesa nel secolo, non merita, però, di essere l'unico percorribile.

Proprio Eco, del resto così sensibile allo scadimento delle procedure democratiche e agli abusi che si realizzano anche in sistemi costituzionali, poteva cogliere la portata epocale della discussione al tempo (e, in modo diverso, oggi) in atto. Capire non tanto quale ruolo potessero svolgere le agenzie di formazione religiosamente connotate, bensì chiedersi verso quale tipo di limiti (giuridici, etici, confessionali?) dovesse e potesse essere indirizzato il riformismo giuridico civile. Sottoporre le sperimentazioni genetiche a una legislazione vincolistica? Implementare la nozione giuridica della famiglia fuori dal suo paradigma di riferimento, evidentemente spesso connotabile in senso religioso? Accettare la relativizzazione assoluta del giudizio morale o sostenere, al contrario, forme più coesive dei limiti gravanti sulla comunità politica, in modo di non fare dei detentori del potere legislativo altrettanti decisori, slegati da qualunque responsabilità nei confronti del corpo elettorale e degli stessi principi costituzionali⁴⁶? Eco, pur spesso riconoscendosi in prima linea nel rivendicare la fondamentale importanza di tematiche siffatte⁴⁷, in riferimento al Magistero di Benedetto XVI è intervenuto occasional-

⁴⁵ Sui diversi temi vedansi: MARIA D'ARIENZO, *Il diritto penale canonico*, in EAD, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 109 e ss.; MARCO CANONICO, *Note di commento all'istruzione "Dignitas Connubii" sul processo matrimoniale canonico*, Giappichelli, Torino, 2008; RAFFAELE COPPOLA, *Etica cattolica, debito e giustizia sociale in vista di un nuovo assetto internazionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (<http://www.statoechiese.it>), Luglio 2015.

⁴⁶ Nella copiosa letteratura sul punto, v. almeno PIO CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 176 e ss.; CARLO ENRICO PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 866; VINCENZO TOMEO, *Legittimazione e scambio politico*, in *Sociologia del Diritto*, 1984, pp. 93-107.

⁴⁷ Tra gli ultimi scritti dell'A., vedasi UMBERTO ECO, *Uno spettro (di Marx) si aggira nella globalizzazione*, in <http://www.libertaegiustizia.it>, 4 Ottobre 2015.

mente, e quasi mai nel senso di commisurare la propria impostazione teorica generale nell'ambito della discussione involvente le prospettive giuridiche ecclesiali.

Non ha giovato che questo dibattito, in verità ricco di spunti meritevoli di essere ripresi e valorizzati dallo stesso giurista positivo, sia avvenuto in corrispondenza degli ultimi anni della Presidenza Bush, negli Stati Uniti, e, nel suo tratto più significativo, subito dopo di essi.

Per la verità, anche nei decenni precedenti si erano manifestati i sintomi di una crisi del diritto più radicata, e pur sempre legata alle gravi sperequazioni socio-economiche, ostili alla mobilità verticale negli Stati Uniti e mai efficacemente contenute dagli interventi del potere pubblico.

In una celebre "Bustina di Minerva", la rubrica tenuta per il settimanale l'Espresso, Umberto Eco, partendo da un'immagine folcloristica e tipica della vita quotidiana negli Stati Uniti (le condizioni della linea ferroviaria⁴⁸), gettava i semi per un'acuta rassegna del vivere associato e delle trasformazioni intervenute nella percezione che ciascuna classe sociale ha di sé. Anzi, pare riconoscere l'Autore, negli anni Ottanta questo dislivello non solo metaforico aumentava in modo esponenziale, ma venendo percepito in modo assai più sfumato da parte dell'opinione pubblica. Nell'ultimo decennio le differenze di ceto hanno ecceduto i loro tradizionali ambiti di esplicazione e hanno connotato per intero le istituzioni civili: (non più soltanto) istruzione universitaria, profilassi sessuale, aspettative di vita – nonostante la più recente riforma sanitaria voluta da Barack Obama⁴⁹, patrimoni mobiliari e immobiliari, (ma ancor più) orientamenti culturali, condizioni abitative e prospettive relazionali. Gli anni della Presidenza Bush acuirono una serie di divisioni e problematiche, trasversali ai dati economici e alle prospettive ideologiche, ma in qualche modo involventi entrambe le categorie d'analisi. Le recenti elezioni primarie nei due maggiori partiti statunitensi hanno ulteriormente reso visibili, se non addirittura evidenti, queste contrapposizioni.

Eco intuiva come il sistema giuridico statunitense stesse conoscendo una fase profondamente contraddittoria. Da un lato, infatti, soprattutto su selezionate tematiche relative all'ampliamento dei diritti civili e alla progressiva liberalizzazione di alcune norme penali, l'opinione pubblica più istruita, di orientamento *liberal*, si era affermata in molti Stati e avrebbe, presto o

⁴⁸ UMBERTO ECO, *Come viaggiare sui treni americani*, in ID, *Il secondo diario minimo*, cit., pp. 143-144.

⁴⁹ Luci e ombre della riforma sembrano confermate in regime di prima applicazione. Per un resoconto comprendente la diversità di posizioni, emersa pure in sede di lavori preparatori, CHIARA ORGANTINI, *La riforma sanitaria di Obama nell'America incerta sul futuro*, in <http://www.aspeninstitute.it>, Luglio 2012.

tardi, saputo esprimere un candidato adeguato alla Presidenza. Dall'altro, non mancavano le torsioni identitarie che dimostravano, una volta di più, come anche una potenza economico-militare scontasse il peso e le difficoltà di un clima prolungato di instabilità politica internazionale, con evidenti riflessi nella concettualizzazione e nel mantenimento dell'ordine pubblico interno. Eco preferiva di gran lunga il primo orientamento e non si può dire ne abbia fatto mistero, ritenendolo, probabilmente, culturalmente affine alle posizioni politiche ed ideologiche che l'Autore difendeva in Italia⁵⁰. Più prudentemente, però, bisognerebbe notare come entrambe le opzioni in campo fossero (e siano), di là dalla inevitabile superficialità del dibattito politico rispetto alle più analitiche esigenze dell'interpretazione giuridica, non prive di incertezze sistematiche.

In materia di politiche ambientali, gli orientamenti liberal hanno, infatti, spesso esibito proclami di un rinnovato ecologismo, ma non sembra che, poi, questi ultimi si siano tradotti in altrettante (e più precise) ipotesi di conversione della politica industriale – da cui, invece, dipendono a tutt'oggi e in larga misura il surriscaldamento globale e l'inquinamento atmosferico.

In materia di politiche migratorie, tanto i liberal quanto l'opinione pubblica conservatrice e i giuristi ad essa più vicina non hanno saputo offrire alcuna correzione pratica all'immigrazione clandestina proveniente dal confine messicano⁵¹. Gli uni, certo, perorando istanze riformatrici e di facilitazione dell'ottenimento della cittadinanza, gli altri, non occasionalmente, manifestando aprioristicamente l'idea di rendere ancora più draconiano un sistema di per sé poco adeguato, rispettoso e funzionale.

Su una delle problematiche più rilevanti del diritto penale statunitense, la pena di morte, non si è arrivati ad ipotesi attendibili di un suo definitivo superamento ed è francamente ingenuo, anche sotto il profilo metodologico, ritenere che le occasionali diminuzioni (o, più di rado, gli incrementi poco giustificabili) conducano *ipso iure* il sistema ad un suo completo riallineamento rispetto alla revisione dell'esecuzione penale⁵².

⁵⁰ Anche stavolta, non senza introdurre alcune criticità, che, però, non sembrano in grado di smentire del tutto la proposta ricostruzione generale, sopra fornita. V. UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppo*, cit., pp. 281-284.

⁵¹ Iniziando la propria ricostruzione sin da *Dred Scott v. Sandford*, e in definitiva dalla critica alla discrezionalità nell'attribuzione del diritto di cittadinanza, v. MARTHA MENCHACA, *Naturalizing Mexican Immigrants*, University of Texas Press, Austin, 2011, p. 297; incisiva la ricostruzione giuridico-teorica proposta in ROBERT C. SMITH, *Domestic Politics Abroad, Diasporic Politics at Home, and the Redefinition of Membership, Citizenship and Nation*, in Rey Koslowshi, ed., *International Migration and the Globalization of Domestic Politics*, Routledge, London-New York, 2005, p. 108.

⁵² Sulle differenze tra l'Europa e gli Stati Uniti, nell'approccio dell'ultimo secolo all'istituto, v. GRET HALLER, *I due Occidenti. Stato, nazione e religione in Europa e negli Stati Uniti* (2002), trad. it. Fazi,

Eco non sembra notare, pur avendolo, in realtà, presente, un altro limite dei due prevalenti orientamenti culturali osservabili: l'assente riflessione sulle strategie di armonizzazione normativa in un sistema di tipo emblematicamente federale. Nella più parte delle materie "sensibili", infatti, le oscillazioni tra Stato e Stato appaiono relevantissime e tali da evidenziare, volta per volta, un Paese realmente a due velocità, dove, in base alle diverse discipline e ai diversi istituti, vi sono Stati più repressivi e Stati più avanzati, legislazioni più concessive e legislazioni meno evolute. La sensazione è che ciò crei il rischio di una piena incomunicabilità tra due modi radicalmente diversi, eppure numericamente di consistenza affine, di intendere i principi dell'ordinamento giuridico e il significato puntuale da assegnare alle norme nella regolazione della vita associata. Un Paese, cioè, che rischia di perdere quella fortunata contaminazione di argomenti, idee ed esperienze che era stata alla base del suo sviluppo e anche dell'avanzamento del suo profilo giuridico, sin dalla sua struttura istituzionale. Nello stesso Paese, infatti, vi sono comuni di milioni di abitanti dove si riscontrano progetti di *social housing*, programmi di riduzione del danno per i consumatori di sostanze stupefacenti⁵³, istituti di garanzia sociale per nuclei familiari comunque formati⁵⁴. E comuni, pur a volte a minore densità demografica, dove all'opposto la regionalizzazione dei divieti, le contiguità dichiarate e non dichiarate con Chiese congregazionaliste e pentecostali, l'inesistenza di programmi di inserimento per le minoranze etniche, stanno creando quartieri dormitorio e ghetti urbani inospitali, quanto sostanzialmente ignoti all'autorità pubblica⁵⁵.

Eco, proprio ricorrendo alle proprie competenze semiologiche, avrebbe potuto sottolineare le conseguenze di un'impostazione simile. Innanzitutto, la costante sottovalutazione di un sentire comune al popolo americano, non sorprendentemente ridotto a stili di vita, modelli di consumo e molto

Roma, 2004, pp. 65-66; per profili di politica del diritto (penale), FRANCISCO M. CONDE, *Il nuovo diritto penale: considerazioni sul così detto diritto penale del nemico*, in Massimo Donini, Michele Papa, a cura di, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 137-138.

⁵³ La predetta ricostruzione è accolta in STEVE ROLLES, *The Principles for Rational Drugs Policy-Making*, e in EMILY CRICK, *Drugs and Well-Being: Prohibition's Negative Impact*, in Julia Buxton, ed., *The Politics of Narcotic Drugs: a Survey*, Routledge, London-New York, 2011, rispettivamente pp. 100-118 e 150 e ss.

⁵⁴ Si ritiene che la varietà di questi usi sfugga, però, a un disegno riformatore di ampio respiro, dipendendo invece, in larga misura, dall'erogazione localista delle singole prestazioni, in YVONNE PITTS, *Family, Law, and Inheritance in America. A Social and Legal History of Nineteenth-Century Kentucky*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2013.

⁵⁵ Sicché si parla in modo opportuno di *housing segregation* in WILLIAM M. LEITER, SAMUEL LEITER, *Affirmative Action in Antidiscrimination Law and Policy. An Overview and Synthesis*, II ed., Suny Press, Albany, 2011, p. 232.

ambigui richiami all'*amor patrio*. In secondo luogo, l'aggravarsi della frattura tra orientamenti contrapposti nella cultura americana, da tempo rilevata, pur mancando forme di ricomposizione più sistematica, persino da parte della giurisprudenza⁵⁶. Con oscillazioni di senso sempre più rilevanti rispetto ad istituti fondamentali del vivere civile. Come si proverà a dimostrare nel successivo paragrafo, le condizioni testé descritte presentano non pochi elementi utili ad un confronto con la situazione italiana e con le cause che hanno, volta per volta, originato sentimenti simili, a danno innanzitutto della valorizzazione del principio di effettività quanto alla tutela dei diritti⁵⁷.

4. *Le nuove forme della prevenzione culturale. Un "diritto penale del nemico" per la "società liquida"?*

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti, la visione che Eco esprime nella saggistica matura corrisponde essenzialmente a un certo scetticismo nei confronti del potere pubblico. Da editorialista politico, ha vissuto e commentato la stagione del disfacimento dei partiti repubblicani. Si rivelò una stagione di inchieste connotate in alcuni casi da gravissimi episodi di pubblica corruzione e, in altri, non meno sorprendenti, da salvacodotti procedurali che, più o meno artificiosamente, trasmettevano l'idea di una giustizia a due velocità. Intransigente e spersonalizzata nei confronti del comune cittadino, più conservativa e tollerante nei confronti della politica e delle classi dirigenti. Rilievi di questo tipo hanno, evidentemente, la natura di una semplificazione approssimativa, ma individuano un tema da tempo all'attenzione della dottrina – che, semmai, non ha ancora elaborato sufficienti controposte per ovviarvi. La giurisdizione si prefigge di essere luogo dell'imparzialità, dell'affermazione della ragione secondo giustizia e non secondo interessi particolari⁵⁸. Nei fatti, essa ha dei costi significativi, a carico di chi se ne avvalga o di chi presso essa sia convenuto, che non sono

⁵⁶ VITTORIO ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 73-74.

⁵⁷ UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 286-288.

⁵⁸ Pur con esiti incerti. V., in proposito, GIOVANNI BISOGNI, *Un profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 1, p. 41: "la giurisdizione (moderna), quindi, rispetto al contesto medievale, certamente si caratterizza per una semplificazione del panorama delle fonti del diritto e per un ridimensionamento di quella che Kelsen definiva la cornice entro cui l'organo inferiore – in tal caso il giudice – è autorizzato dalla norma superiore – ovvero la legge – a produrre la norma particolare e concreta che è la sentenza. E tuttavia, essa non si associa ad una precisa interpretazione del principio di eguaglianza e ad un ordinamento delle fonti ben determinato sia per il loro numero e organizzazione reciproca che per tipologia di tecnica normativa".

affatto alla portata di tutti i cittadini. Non solo: la procedura giudiziaria non sempre è il dispositivo procedurale che consente di realizzare i valori di imparzialità, equità e giustizia nelle forme tecnicamente previste dal legislatore. Più spesso, diviene settore dell'ordinamento a propria volta disciplinato in modo incerto, contraddittorio, opinabile. Eco coglie queste problematiche assecondando specificamente la tradizione letteraria italiana che, almeno dall'Ottocento in poi, ha raccontato la sfiducia del suddito (e, poi, del cittadino) nei confronti di ogni autorità costituita⁵⁹. Che si trattasse di autorità di pubblica sicurezza, di organi dello Stato apparato o, ancor più direttamente, di autorità giurisdizionali.

Eppure, della sistematica teorica su cui poggia la separazione dei poteri e la teoria della giurisdizione, Eco si fa difensore⁶⁰. Riconosce, cioè, come un valore da difendere il garantismo presente nella Costituzione italiana sin dalla sua promulgazione e ulteriormente riaffermato con le *novelle*, costituzionali e legislative ordinarie, intervenute tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila⁶¹.

Si potrebbe, forse, obiettare che questo valore, per essere realmente difeso, implica l'intenzione e la capacità di misurarlo sul campo, se del caso di parteggiare per il reo, di imporre che anche il più efferato criminale possa e debba essere giudicato secondo i principi e le regole della giurisdizione⁶². Operazione di critica del diritto processuale – non soltanto penale, ma anche civile e amministrativo – che Eco ha percorso poco e prevalentemente in modo teorico, discorsivo, figurato. Ciò vero, è plausibile sostenere che su questo tema specifico, nella produzione dell'Autore, si siano avvicendati due

⁵⁹ Sul punto, cfr. REALINO MARRA, *Gran tuono di patria in arengo. Brevi note sulla cultura antinomica degli italiani*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 1, pp. 192-193: "In Italia le statuizioni sono prolisse senza mai essere chiare (la "legge brodolona", la chiamava Gadda), il tono è sacramentale, come di un'autorità costretta a commischiarci con le cose terrene, che cerchi tuttavia di confermare la sua eccellenza allentando il più possibile i legami tra parole e vita".

⁶⁰ Anche quando l'A. contesta la rappresentazione mediatica dell'attività giudiziaria, che sembra tornata a slogan, resoconti e semplificazioni linguistiche più tipicamente proprie dei modelli inquisitoriali. Cfr. UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., p. 416.

⁶¹ Una tipica ricostruzione della fase richiamata nel testo può leggersi, ad esempio, in MICHELE AINIS, *L'assedio. La Costituzione e i suoi nemici*, Longanesi, Milano, 2011. Sulla valenza costituzionale e giuridico-teorica del garantismo accusatorio, v., per tutti, LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Laterza, Roma-Bari, 2011.

⁶² Questa interpretazione è, invero, accolta con molta prudenza nella dottrina maggioritaria. Cfr. VINCENZO GAROFALI, *Diritto processuale penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 18-19; PAOLO TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 354. Più "coraggiosa", nella ricostruzione teorica, appare parte della giurisprudenza dell'esecuzione penale (cfr. C. Cass., Sez. Un., 19 Maggio 2014, n. 42858, e C. Cost., 21 Maggio 2014, n. 135, in <http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it>).

orientamenti, invero non sempre armonizzabili. Nella prima parte della sua esperienza sulla carta stampata, Eco, infatti, tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, è un convinto avversario della tendenza investigativa invalsa, in materia di extraparlamentarismo e criminalità politica. La ritiene espressione di una forma di maccartismo tipicamente italiana, meno concentrata sullo scontro tra grandi potenze e, invece, più direttamente legata all'obiettivo di depotenziare le opposizioni interne. Non a caso, Eco è tra i firmatari del manifesto appello che oggi è sbrigativamente ricordato come atto di accusa nei confronti del commissario Calabresi e che, invece, conteneva una serie di prese di posizione di carattere molto più ampio e idealistico⁶³. Si dirà che questa posizione era per Eco conseguenza della sua frequentazione delle avanguardie letterarie, dove non mancheranno, per tutti gli anni Sessanta e Settanta, intellettuali apertamente schierati a favore dell'operaismo e dell'autonomia (tra tutti, Nanni Balestrini⁶⁴). In sostanza, secondo una ricostruzione che qui si accoglie solo in parte, Eco avrebbe difeso, insieme ad altri, non tanto i principi del giusto processo, ancora non codificati dal legislatore, né un'idea liberal-democratica dell'esercizio della giurisdizione. Piuttosto, avrebbe attaccato la specifica ondata repressiva nei confronti di ambienti e militanti della politica extraparlamentare, nonché del vivace contesto delle riviste di intervento sociale e culturale. È probabile, però, che entrambe le tesi ricordate siano infondate. La saggistica di Eco, nel lungo periodo della contestazione, marginalmente tratta della repressione giudiziaria e di polizia, a danno dei movimenti sociali: né in termini generali, né con specifico riferimento ad alcuni procedimenti celebri e controversi (come il caso del "7 Aprile"⁶⁵). Semmai, Eco, intellettuale riconosciuto già in

⁶³ L'appello, pubblicato in forma di lettera aperta, anche su testate nazionali non riconducibili a posizioni di sinistra extraparlamentare, era firmato da 757 tra attivisti politici, giornalisti, docenti universitari e personaggi dello spettacolo e della cultura. Pur prendendo le mosse dalla morte del ferroviere Giuseppe Pinelli, ingiustamente coinvolto nelle indagini sulla strage di Piazza Fontana del 12 Dicembre 1969, in verità, conteneva alcune contestazioni sull'operato della Questura di Milano, in riferimento alla repressione del dissenso politico. Cfr. MARIA CARMELA LOCOCCIOLO, *Luci ed ombre del Novecento*, formato e-book, Narcissus, 2014, p. 519.

⁶⁴ Non attraverso opere di contenuto giuridico o politologico, bensì, e prevalentemente, attraverso romanzi e racconti legati alla temperie culturale del periodo. Cfr. NANNI BALESTRINI, *Vogliamo tutto*, Feltrinelli, Milano, 1971; ID., *I furiosi*, Bompiani, Milano, 1994. Si ricordi, almeno a fini documentali, l'antologia, talvolta apologetica, redatta con PRIMO MORONI, *L'orda d'oro* (1988), Feltrinelli, Milano, 2003.

⁶⁵ Come si ricostruisce, anche in una prospettiva comparata circa il contrasto legislativo e giudiziario all'eversione politica, in DONATELLA DELLA PORTA, *Left-Wing Terrorism in Italy*, in Martha Crenshaw, ed., *Terrorism in Context* (1995), The Pennsylvania University Press, Pennsylvania Park, 2007, pp. 125-126. Il processo riguardò esponenti e dirigenti dell'area politica riconducibile al partito Potere Operaio e alla cd. "autonomia operaia", formatasi a seguito della disgregazione del partito,

quegli anni, partecipa delle vicende storiche e ritiene di schierarsi, nemmeno nelle prime file, sul fronte che gli appare più coerente rispetto alle istituzioni costituzionali, democratiche e repubblicane.

È con uno spirito non molto diverso – ma con una presenza sui media ben più significativa – che aderisce ai movimenti di inizio anni Duemila, favorevoli ad una riforma interna della classe politica e, ancor più, ad una più decisa libertà d'azione della magistratura, nello svolgimento delle inchieste a carico di esponenti politici e gruppi dirigenti dell'impresa e dello Stato⁶⁶. Ed è controverso il significato avuto da quei movimenti. In parte, difesero la necessità dell'uniformità e dell'effettività nell'applicazione della legge (in special modo, in materia penale). D'altra parte, l'intervento a detrimento e a delegittimazione della classe politica ebbe l'effetto di deresponsabilizzarla ulteriormente dal confronto con l'opinione pubblica e dalla presa di coscienza relativa ai propri sprechi, affarismi e atti illeciti. La tensione tra i poteri dello Stato, allora come oggi, non appare placata, in primo luogo perché non si riconoscono due esigenze fondamentali. La giurisdizione non può supplire alle lacune legislative e all'inadempienze del ceto politico, esercitando un protagonismo sociale estraneo alla sua funzione costituzionale. E, parimenti, la politica non può ritenere la propria legittimazione sociale sciolta da qualunque vincolo (etico, oltre che giuridico) di responsabilità, additando ad elementi di disturbo tutte le opzioni di critica sistematica, a suo carico, che si presentino in un ordinamento dato.

Ancora una volta, Eco apparve cogliere queste implicazioni in modo più analitico, prevalentemente riferendosi a contesti e sistemi giuridici e politici diversi da quello italiano. È sostenibile che in questo percorso abbia nuovamente avuto un peso il richiamo all'ordinamento statunitense. Ed Eco, nell'approcciarsi ad esso, non cadde nella tentazione, pur presente nella cultura europea di orientamento progressista, di ritenere gli Stati Uniti il paradigma indefettibile di un nuovo modello di imperialismo⁶⁷. O, almeno, non riteneva proponibile l'equiparazione del sistema statunitense ai modelli imperiali del passato, come, a titolo diverso, ha spesso fatto la dottrina italiana, quando ha inteso impostare anche dal punto di vista teorico una critica

e rappresentò una delle più note indagini (ancorché infruttuosamente all'esito del procedimento) in materia in Italia.

⁶⁶ Insiste su questi profili la maggior parte degli articoli e degli interventi riprodotti in UMBERTO ECO, *Costruire il nemico e altri scritti occasionali*, Bompiani, Milano, 2011.

⁶⁷ Nel campo della dottrina dello Stato, ad esempio, v. MICHAEL HARDT, ANTONIO NEGRI, *Impero: il nuovo ordine della globalizzazione* (2001), trad. it. Rizzoli, Milano, 2002; per suggestioni giungenti dal confronto con le fonti romanistiche, cfr. ALDO SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

penetrante al paradigma egemone della democrazia americana.

Se Eco è incorso in questo equivoco, lo ha fatto indirettamente, e nella prima parte del suo percorso intellettuale sulle riviste dell'avanguardia, mettendo a punto, in un contesto in cui non era l'unica voce critica al riguardo, la nozione di "guerriglia semiologica"⁶⁸: invertire i meccanismi di produzione del consenso sociale, "aggredendo" il contesto simbolico della morale sociale dominante. Questa modalità di intervento culturale, apparentemente *pregiuridica*, vale ad influenzare in modo più incisivo di ogni apparenza lo stesso sistema normativo. La produzione del consenso orienta l'interpretazione del diritto vigente, ma può dar luogo anche alle consuetudini *contra* e *praeter legem*. Non solo: può orientare la selezione del soggetto legislatore da parte del corpo elettorale. Non è, perciò, un meccanismo indifferente al diritto. È la ragione per cui le diverse avanguardie, soprattutto tra gli anni Cinquanta e gli anni Settanta del Ventesimo secolo, hanno investito gran parte dei propri sforzi sulla natura e sulla funzione del linguaggio.

In linea con questo sentire, era evidente che l'orizzonte di senso verso cui muovere la "guerriglia semiologica" dovesse essere quello euro-atlantico. Opinabile, o meno, che fosse questa ricostruzione, essa prendeva di mira soprattutto l'imposizione di nuovi modelli culturali, assecondando forse inadeguatamente le implicazioni che iniziavano a palesarsi sotto il profilo dell'ordinamento giuridico.

Alcuni decenni dopo, la critica di Umberto Eco al modello americano aveva smarrito il riferimento alla simbologia del potere politico, come dinamica sociale dei meccanismi di controllo, e, invece, si era orientata ad episodi più specifici e circostanziati⁶⁹. Non solo nei confronti del sistema statunitense, ma non occasionalmente pure rispetto alle cd. "economie emergenti", che pure ben pochi presupposti istituzionali condividono con l'ordinamento nord-americano.

Trattando di culture diverse da quella italiana, in sostanza, sembra che Eco sia riuscito a mettere in maggiore evidenza le contraddizioni, le ipocrisie e le criticità. Ed è inevitabile, ben oltre ogni possibile retaggio ideologico, che critiche di questo tipo abbiano una particolare rilevanza nei confronti di un Paese come gli Stati Uniti, sul piano eminentemente giuridico-formale. È noto, infatti, come gli USA abbiano modellato la propria politica internazio-

⁶⁸ Su questa accezione ritorna COSIMO DI BARI, *A passo di critica. Il modello di media education nell'opera di Umberto Eco*, 2009, Firenze University Press, Firenze, 2009, pp. 222-223.

⁶⁹ La prospettiva era diffusamente analizzata dallo stesso A. in UMBERTO ECO, *Il modello americano*, in Id, Paolo Ceseranni, Beniamino Placido, *La riscoperta dell'America*, Laterza, Roma-Bari, 1984, pp. 3-32.

nale degli ultimi decenni proprio sul presupposto di rappresentare il cardine di una strategia planetaria della democratizzazione e dei diritti umani⁷⁰. E se, in questa strategia contemporaneamente politica e comunicativa – ben nota Eco, sono palesi delle contraddizioni, alcuni profili giovevoli sono pure evidenziati. Eco, insomma, non si sarebbe riconosciuto né nell'anarchismo di Noam Chomsky⁷¹, né nell'eclettismo metodologico di Martha Nussbaum, che pure difende le proprie tesi sovente ricollegandosi ai valori fondativi della democrazia americana, anche su istituti di rilievo ecclesiasticistico (l'obiezione di coscienza, l'esenzione – particolare – di gruppi religiosi dall'applicazione di limiti e di divieti civili e penali – generali⁷²).

La difesa dell'orizzonte democratico che Eco reiterava, nella produzione saggistica, perseguiva, comunque sia, fini di rilievo. Anche la strumentalizzazione politica delle insicurezze sociali era tendenzialmente ostracizzata. Facendo leva proprio su queste insicurezze, ad esempio, negli Stati Uniti si è riaperto il dibattito sull'utilizzo della tortura nella dimensione processuale del diritto di guerra⁷³: l'eventuale legalizzazione di pratiche siffatte fino a che punto potrebbe limitarsi a settori specifici, senza, poi, essere estesa, secondo le medesime modalità discrezionali, a tutti gli altri ambiti dell'ordinamento? Non sarebbe, forse, più in linea proprio con gli obiettivi di sicurezza pubblica e di cooperazione internazionale, sbarrare la strada ad ogni ipotesi di reintroduzione di istituti simili, magari dando finalmente miglior corso alle convenzioni internazionali al riguardo?

⁷⁰ Strategia duramente sottoposta a critiche in DANILO ZOLO, *I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione*, in *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (<http://www.juragentium.org>), 2011; letture, invece, accondiscendenti nei confronti della strategia politica di attuazione dei diritti di libertà, da parte degli Stati Uniti, vengono proposte in PASQUALE ANNICCHINO, *Esportare la libertà religiosa. Il modello americano nell'arena globale*, il Mulino, Bologna, 2015.

⁷¹ Su questa prospettiva di storia e dottrina delle istituzioni politiche, cfr. MAGDA EGOUMENIDES, *Philosophical Anarchism and Political Obligation*, Bloomsbury, New York-London-New Delhi-Sydney, 2014, pp. 1-16; più datato, ancorché parimenti di interesse, COLIN CRAIG, *What did You Do in the Drug War, Daddy?*, in Jonathan Purkis, James Bowen, eds., *Changing Anarchism. Anarchist Theory and Practice in a Global Age*, Manchester University Press, Manchester-New York, 2004,

⁷² Quanto a uno dei principali studi, nella specifica materia richiamata, vedasi MARTHA NUSSBAUM, *Liberty of Conscience: in defense of America's Tradition of Religious Equality*, Basic Books, New York, 2008; non è secondario che la rivalutazione degli studi sull'obiezione di coscienza, nel diritto americano, sia stata da tempo condivisa, anche da parte di Autori europei, soprattutto a partire da valori fondativi di ispirazione cristiana. Al riguardo, ad esempio, RAFAEL PALOMINO, *Las Objeciones de Conciencia. Conflictos entre Conciencia y Ley en el derecho norteamericano*, Montecorvo, Madrid, 1994.

⁷³ Una serrata critica di queste impostazioni, anche quanto alle loro declinazioni più recenti, in MASSIMO LA TORRE, MARINA LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2013.

Per Eco, nella materia penalistica e, soprattutto, nella sua rappresentazione sui mezzi di comunicazione, la cultura americana palesava le stesse controindicazioni rinvenibili in altri ambiti. Aggravate, evidentemente, dal trattare di questioni involventi la libertà e l'incolumità personale. Negli stessi Stati Uniti, dove non è affatto espunta dal sistema dell'istruzione la dottrina del creazionismo⁷⁴, di là dalle contraddittorie risultanze formali amministrative e giurisprudenziali⁷⁵, gli istituti scolastici godono di risorse materiali e immateriali enormemente avanzate, in linea col progresso scientifico, oltre che evolute nei loro profili didattici. E ciò rappresenta inequivocabilmente la compresenza di spinte sociali tra loro radicalmente contrapposte. È questa composizione sociale che Eco trovava sbalorditiva, l'estremizzazione della contrapposizione politica in forme davvero inaccettabili: le varianti più assolutistiche della tecnocrazia e quelle più tendenziose di visioni confessionistiche dell'agire sociale. Davanti a questo scenario, il "diritto penale del nemico" non è il paradigma sconfitto che fa la differenza destinataria di norme sanzionatorie aggravate, quanto piuttosto il rischio di ricondurre tutta l'attività del potere pubblico nell'alveo del dispotismo esclusivista ed escludente⁷⁶.

5. Alcune osservazioni conclusive: la mancanza di una prospettiva sistematica

Nel rapporto tra le culture e nell'enucleazione dei profili di *law & religion* che sono costantemente implicati nell'attualità internazionale, può, forse, rimproverarsi ad Umberto Eco di avere mancato il pieno sviluppo di una prospettiva sistematica. Su questi profili, ha spesso scritto da notista politico – per le questioni più immediatamente contingenti – e in prospettiva critico-filologica, quando si è misurato con orientamenti teorici e filosofici.

⁷⁴ Si può concordare con quelle ricostruzioni dottrinali che, a prescindere dalla concreta collocazione politica e ideologica, riconoscano almeno la tradizionale valenza conflittuale del tema. V., ad esempio, ROBERT T. PENNOCK, *Why Creationism Should Not Be Taught in Public Schools*, in Id, ed., *Intelligent Design Creationism and Its Critics. Philosophical, Theological and Scientific Perspectives*, The MIT Press, Cambridge-London, 2001, p. 764.

⁷⁵ Argomentando, però, a partire da una controversia riguardante una legislazione statuale, *Epperson v. Arkansas*, cfr. JON P. ALSTON, *The Scientific Case against Scientific Creationism*, Universe, New York-Lincoln-Shanghai, 2003, p. 46.

⁷⁶ Sul contributo che le religioni possono offrire nell'evitare fenomeni simili, appare di interesse, ma da accogliere con maggiore prudenza quanto alle prospettive benefiche che lasciava presagire, BRONISLAW SZERSZYNSKI, EMMA TOMALIN, *Enchantment and its Uses: Religion and Spirituality in Environmental Direct Action*, in Jonathan Purkis, James Bowen, eds., *Changing Anarchism*, cit., pp. 199 e ss.

Entrambi gli approcci considerati, effettivamente, non posseggono la metodologia sistematica che, almeno in via programmatica, il diritto e gli studi in materia di diritto e religioni cercano di perseguire. In più, l'erudizione filosofica di Eco ha avuto punti di contatto sostanzialmente limitati con la filosofia del diritto: laddove la prosa di Eco offriva soprattutto ricostruzioni (o possibilità di ricostruzioni), la filosofia del diritto non esclude affatto che lo studioso provi ad avanzare una proposta conclusiva, di carattere strutturalmente innovativo e non solo ricognitivo. Né sono sembrate più precise le coordinate per un rapporto di studio, consolidato e qualificante, con l'ambito ecclesiasticistico. Nel misurarsi con episodi controversi, anche ove di matrice giurisprudenziale, Eco preferiva fornire pareri, considerazioni, spesso valutazioni di costume⁷⁷, finendo per marginalizzare – consapevolmente e, nella propria ottica, anche opportunamente – i lineamenti di una comparazione giuridica più approfondita del mero richiamo nominale a fatti, istituti e norme.

Paradossalmente, proprio per queste ragioni, rileggere gli interventi di Eco sulle problematiche più controverse degli ultimi decenni (l'ordinamento democratico-statuale, la componente egotistica dei nuovi mezzi di comunicazione⁷⁸, la difesa delle fonti tradizionali della trasmissione del Sapere) significa prendere coscienza di come esse non siano state risolte in modo esaustivo ed ultimativo. E significa considerare come, probabilmente, gli sforzi della dottrina su aspetti simili possano e debbano sempre essere incentivati. Proprio al fine di non limitarsi a registrare (peraltro, in modo parziale) l'esistente, ma di rivitalizzare un proficuo pluralismo metodologico nella scienza giuridica. Se del caso, anche con categorie concettuali e nozioni epistemologiche da Eco peculiarmente adoperate nei primi decenni della sua attività intellettuale: la semiotica, la linguistica, la storia delle istituzioni giuridiche, nonché l'ampio dibattito sulla filosofia e sulla religione nel Medioevo⁷⁹.

Nell'analizzare le incognite della società multiculturale e post-secolare, nonostante la raffinatezza degli strumenti interpretativi e la non occasionale apprezzabilità di alcune intuizioni, Umberto Eco rischia di sembrare simile all'ambiguo protagonista di un suo fortunato, quanto controverso, romanzo, "Il Cimitero di Praga"⁸⁰. Espressione di forme oggettivamente non comuni

⁷⁷ Lo stesso A. ha ammesso l'intenzionale reiterazione di questo modulo espositivo. V., tra gli altri, UMBERTO ECO, *Apocalittici e Integrati* (1964), Bompiani, Milano, 2001.

⁷⁸ UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., pp. 89-91.

⁷⁹ V. anche UMBERTO ECO, *Pape Satàn Aleppe*, cit., p. 275.

⁸⁰ Il riferimento è al falsario Simone Simonini (in realtà, personaggio di fantasia), descritto in UMBERTO ECO, *Il cimitero di Praga*, Bompiani, Milano, 2010.

di erudizione, ma in una prospettiva giudicante nei confronti della diversità culturale. E sempre a rischio di rappresentare gli aprioristici orientamenti di un ceto costituitosi come élite.

Ciò non implica affatto negare rilievo all'opera di Eco. In primo luogo, perché si è cercato di circostanziare questa valutazione ad opere recenti e prevalentemente di carattere non scientifico, né sistematico. Inoltre, introdurre delle cautele metodologiche su alcuni interventi pubblici e su alcune iniziative editoriali non significa rigettare le opportunità euristiche che, invece, vengono dalle pubblicazioni specialistiche e dagli ambiti di studio più tipicamente propri dell'analisi e della carriera accademica di Eco⁸¹. In ultimo, va rilevato come sia ormai il momento di attendersi, anche da parte di studiosi di estrazioni e orientamenti diversi, l'espressa considerazione delle ricadute giuridico-culturali del fatto religioso⁸². In assenza di una strategia di analisi di questo tipo, infatti, a risultare depotenziata non sarebbe l'astratta considerazione della politica ecclesiastica, ma ben più gravemente la comprensione delle nostre modalità relazionali, a presidio della diversità e persino degli appartenenti ai nostri stessi ordinamenti giuridici.

⁸¹ Sulla rilevanza delle categorie approntate in UMBERTO ECO, *Lector in Fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979, cfr. EDOARDO DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffré, Milano, 2004, *passim*.

⁸² Alcune delle fonti dottrinali che convaliderebbero l'assunto possono essere ritenute: GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 28-29; ROBERTO ZACCARIA, *I difficili tentativi di approvare una legge sulla libertà religiosa in Italia. Tra la XIII e la XVI Legislatura*, in Monica Lugato, a cura di, *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori. International Religious Freedom and the Global Clash of Values. Atti del convegno internazionale svoltosi a Roma il 20 e il 21 Giugno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 109-110.

*La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti contrari**

ROSANNA FATTIBENE

«Consider God's handiwork, who can straighten what He hath made crooked?»¹.

«I not only think that we will tamper with Mother Nature. I think Mother wants us to»².

(Gattaca, 1997)³

1. Biodiritto e diagnosi genetica preimpianto

La possibilità scientifica e giuridica di eseguire una diagnosi genetica sull'embrione nella fase preimpianto⁴ costituisce, ad oggi, l'ultima frontiera della biomedicina, della bioetica e del biodiritto.

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo, a cura dell'Autore, dedicato alla diagnosi genetica preimpianto, per L'Editoriale Scientifica; in questo contesto, si è ritenuto opportuno ripartire la trattazione del tema, nell'evoluzione dell'ordinamento italiano, in modo da far risaltare con nettezza le opposte posizioni che si delineano a riguardo. Esso è, pertanto, da intendersi prospettico ed opposto al altro saggio, della dott.ssa Franca Meola, destinato alla pubblicazione nella stessa collettanea, dal titolo "La diagnosi genetica preimpianto nell'evoluzione dell'ordinamento italiano: gli argomenti a favore".

¹ *Libro dell'Ecclesiaste* 9:13.

² WILLARD GAYLIN, *What's So Special about Being Human?*, nel vol. *The Manipulation of Life*, a cura di Robert Esbjornson, Harper and Row, San Francisco, 1983, p. 53.

³ Film del 1997, di Andrew Niccol, appartenente al filone *biopunk*. La pellicola, «legata ad aspetti sociologici e psicologici, è ambientata in un futuro prossimo in cui sono emerse nuove lotte di classe tra chi è nato programmato geneticamente e chi è venuto al mondo con un patrimonio genetico naturale»: voce *Gattaca - La porta dell'universo*, in <https://it.wikipedia.org>. In estrema sintesi, Gattaca è la storia di due fratelli, l'uno *corretto* geneticamente alla nascita e l'altro, invece, *invalid*. Quest'ultimo rimedierà ai suoi difetti ed alle sue imperfezioni con la volontà, l'abilità e l'astuzia, riuscendo, infine, a realizzare il suo sogno.

⁴ Una breve e chiara descrizione della diagnosi genetica preimpianto è proposta da DOMENICO COVIELLO, *Cosa è la diagnosi genetica preimpianto?*, 4 dicembre 2012, in www.zenit.org.

L'opportunità che essa offre è senza precedenti: i potenziali genitori possono scegliere a quali embrioni offrire una *chance* di vita, autorizzandone l'impianto nel grembo materno, in base all'esito delle indagini svolte.

La *sorte* dell'uomo smette, in buona parte, di essere tale. Il transitare del "movente" della nascita dalla causa/caso (Dio/non-Dio: movente non umano) alla determinazione degli uomini (madre, padre, medico: movente umano)⁵ esclude ogni possibilità, per l'uomo, di una vita non condizionata, alla nascita, da altri umani⁶.

Parallelamente, il fine dell'intervento medico nella riproduzione umana si sposta dalla cura all'esclusione/soppressione, dal rimedio alla decisione, dalla terapia alla predizione.

Cosicché, la vicenda della singola coppia che chiede ed ottiene, vuoi dal giudice di Salerno⁷, vuoi da quello di Strasburgo⁸, vuoi da quello di Roma⁹, di conoscere lo stato di salute della sua potenziale prole, quand'è ancora *in vitro*, per poterne decidere il destino, appare, invero, alquanto piccola.

Lo è rispetto alla possibilità, senza precedente, che si prospetta agli uomini ed alle donne dell'oggi: determinare il futuro stesso della nostra specie, in una lettura distorta, in un'estenuazione estrema della responsabilità verso le generazioni future¹⁰.

⁵ MATTEO GALLETTI, *Giocare a fare la parte di Dio. Genetica, riproduzione umana e riflessione filosofica*, in *www.academia.edu*, p. 7 (anche in *Bioetica e società*, n. 1, 2005, p. 9 ss.), si esprime nei termini di «spostamento del confine tra caso e scelta».

⁶ «Non possiamo escludere», afferma JÜRGEN HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, [2001 e 2002] tr. it. di L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2002 e 2010, p. 91, «il pericolo di una dipendenza eugeneticamente alienante tutte le volte in cui, nei confronti di una seconda persona, l'intervento di modifica viene intrapreso in maniera unilaterale, vale a dire senza quell'atteggiamento clinico che deve anticipare il consenso dell'interessato».

⁷ Ci si riferisce all'ordinanza del Tribunale di Salerno del 13 gennaio 2010, con la quale, per la prima volta in Italia, un giudice ha riconosciuto il diritto alla diagnosi genetica preimpianto di una coppia fertile portatrice di una grave malattia ereditaria.

⁸ Con la sentenza del 28 agosto 2012, confermata dalla sentenza dell'11 febbraio 2013 della Grande Camera, la Corte EDU ha riconosciuto la legittimità della diagnosi preimpianto nell'ordinamento giuridico italiano per le coppie fertili, per ragioni di necessaria *coerenza* del relativo sistema legislativo (in specie nel rapporto tra la legge sulla procreazione medicalmente assistita e quella sull'interruzione volontaria di gravidanza).

⁹ Da ultimo, con la sent. n. 96/2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»), accertate da apposite strutture pubbliche.

¹⁰ Trasfigurandosi, piuttosto, nel «potere dei viventi sui posteri, che sono gli oggetti inermi di decisioni prese in anticipo da chi pianifica oggi. L'altra faccia dell'odierno potere è la futura schiavitù dei vivi nei confronti dei morti»: così HANS JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio*

Madri e padri partecipano della selezione del genere umano: intervenendo sui “loro” embrioni e scegliendo tra essi, definiscono i caratteri della *loro* progenie e, contemporaneamente, l'evoluzione della *nostra* specie.

Il «*versante negativo*»¹¹ della rivoluzione riproduttiva¹², consentendo la legale praticabilità di contraccezione ed aborto, ha rappresentato il momento in cui scienza e diritto sono entrati nell'alveo materno per impedire il corso naturale della procreazione.

Dal finire del secolo scorso, va svolgendosi il *versante positivo* di quella rivoluzione¹³, che porta l'inizio vita fuori dal grembo, per poterlo gestire, altrettanto legalmente, senza i limiti di natura.

Noi siamo figli dell'*imponderabile* prima che dei nostri genitori, come loro lo sono stati prima e più di noi e così via, a ritroso nella storia della specie umana. Ma le generazioni a venire saranno sempre più figlie della *ponderazione* che madri e padri faranno dei dati genetici forniti loro dalla scienza.

I figli delle generazioni che verranno non saranno solamente *il frutto di una scelta* ma saranno anche *scelti*.

Andiamo affrancandoci, insomma, dalla stessa umanità così come l'abbiamo concepita fino ad oggi. Sulla questione che qui si tratta si gioca, dunque, il futuro dell'uomo e, con esso, il senso ed il valore della biomedicina, della bioetica e del biodiritto.

La riflessione dev'essere, pertanto, completa, responsabile, informata, franca e, soprattutto, partecipata, onde evitare di disperdere consapevolezza e coerenza nella frammentazione e nella diversità delle decisioni assunte per le *single provette*.

Con particolare forza, sono chiamati al dovere della riflessione, del dibattito e della decisione, i giuristi – dunque, il biodiritto –, per regolare le

responsabilità, a cura di P. Becchi, [1985] tr. it. di P. Becchi e A. Benussi, Einaudi, Torino, 1997, p. 127. Di un giovane che venga a sapere di una programmazione prenatale azionata su di lui, JÜRGEN HABERMAS, *op. cit.*, p. 91, ritiene che corra «il pericolo di non più intendersi come l'autore indiviso della propria vita, anzi di sentirsi legato, come discendente, alla rete di decisioni genetiche prese dalle generazioni precedenti (una rete che diventa sempre più densa e vincolante)».

¹¹ Corsivo nostro.

¹² M. MONETI CODIGNOLA, *Dal generare al produrre. Come cambia il senso del «venire al mondo» nell'era delle tecnologie riproduttive*, nel vol. *Annali del Dipartimento di Filosofia 2003-2004*, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 321, che, con questa formula, si riferisce ad un'operazione di «dissociazione di sessualità e riproduzione», tesa ad «annullare le conseguenze riproduttive di un atto sessuale» (*ivi*, p. 319). Essa è parte di una vera e propria rivoluzione in corso, consistente, essenzialmente, nel «controllo consapevole [di] processi vitali relativi a sessualità e riproduzione» (*ivi*, p. 318).

¹³ È «la parte più rilevante della rivoluzione riproduttiva, quella che riguarda le tecnologie atte a provocare il concepimento e la nascita anziché a evitarla»: *ivi*, p. 329.

sempre nuove conquiste della scienza, per rispondere alle preoccupazioni che s'innalzano dalla bioetica¹⁴ e per conciliare e riconciliare continuamente le une con le altre.

2. L'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto: le ragioni delle ragioni contrarie. La confutazione dei tre principali argomenti

Prendere in considerazione le ragioni contrarie all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (da ora: DGP), dopo la giurisprudenza di merito, costituzionale ed internazionale tutta protesa a consentirla, sembra operazione vana, in quanto già negata e superata nei *desiderata* dei cittadini, nelle pronunce dei giudici, nelle future deliberazioni del legislatore.

Purtuttavia, mantiene utilità ai fini del rafforzamento di quella prudenza e di quella saggezza – il principio di precauzione¹⁵ – che devono orientare ogni decisione in materie determinanti per il futuro della specie umana e continuare ad ispirarle una volta assunte¹⁶.

È un auspicio affinché le ragioni contrarie costituiscano un monito costante a non oltrepassare la linea di demarcazione del rispetto della dignità umana¹⁷, ad operare un accorto bilanciamento dei diversi diritti coinvolti ed alla

¹⁴ Per uno sguardo sul dibattito contemporaneo in bioetica intorno al potenziamento genetico, cfr. GIACOMO CARDELLI, *Potenziamento genetico: un'analisi delle ragioni contro di Francis Fukuyama e di Michael J. Sandel*, in *Bioetica*, n. 1-2, 2014, p. 82 ss.

¹⁵ Per la traduzione di prudenza e saggezza nel principio di precauzione, cfr. LAURA PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 59, e CLAUDIA CARICASOLE, *Il principio di precauzione nell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario. Il caso degli organismi geneticamente modificati*, 28 febbraio 2015, in www.ildirittoamministrativo.it, cap. I, p. 6.

¹⁶ IL COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA - PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, Presidenza del consiglio dei ministri, Roma, 2004, p. 19, ritiene che il principio di precauzione, oltre ad essere «uno strumento biogiuridico di regolamentazione», sia «anche indispensabile per creare le condizioni di accettabilità sociale del rischio, aprendo le controversie scientifiche al dibattito pubblico, favorendo la costruzione sociale e la partecipazione democratica alla discussione pubblica dei problemi scientifici ed esigendo trasparenza nella comunicazione tra scienza e società».

¹⁷ VINCENZO BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, 4 giugno 2013, in www.dirittifondamentali.it, p. 18, lamenta «una generale difficoltà di inquadramento» del valore della dignità umana «entro le maglie strette di un preciso assioma dogmatico» e ravvisa maggiore «tensione dialettica» proprio nel confronto tra la dignità umana e la vita (nascente) (*ivi*, p. 15). Ciononostante, egli riscontra la costante percezione del valore *de quo* quale limite insuperabile. «La consapevolezza di una violazione della d.u. [dignità umana] intesa quale limite ultimo invalicabile ad ogni forma di decisione politica e/o ad ogni atto di diritto positivo» – afferma l'A. – «appare piuttosto connessa ad una consapevolezza istintiva, aliena da ogni influenza del ragionamento giuridico, che diventa il presupposto di un linguaggio dimostrativo ispirato a regole giuridiche, quale è quello della sentenza» (*ivi*, p. 19).

disponibilità a rimodularlo nel tempo, in ragione di nuove conoscenze e di rinnovate consapevolezza.

Le ragioni contrarie si facciano, infine, luogo e mezzo d'espressione di chi *voce deve ancora acquisire*¹⁸ – almeno fin dove sussiste coincidenza di contenuti ed identità d'intenti –, dandogli modo di essere partecipe, almeno in parte, del confronto e della decisione.

Con questo spirito, ci accingiamo a considerare i tre topics sui quali, in Italia, si sono incentrati il dibattito ed, in mancanza di una determinazione legislativa, le carte processuali.

È in sede giudiziaria, infatti, che le coppie richiedenti l'accesso alla metodica diagnostica *de qua* hanno presentato le più significative argomentazioni giuridiche a sostegno, come si conviene alla richiesta di riconoscimento di diritti pretesi tali ma ancora privi di un pacifico accoglimento nell'ordinamento giuridico¹⁹.

¹⁸ Riferendoci all'embrione e parafrasando la nota formula di chi «persona deve ancora diventare», adoperata dalla Corte costituzionale ad indicare il figlio in grembo, diversamente dalla gestante, che «è già persona» (nel *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 27/1975).

L'embrione non è in grado, evidentemente, di esercitare *ex se* i propri diritti, né di richiederne riconoscimento e tutela. Ciò non esclude, anzi, determina la necessità che altri se ne assumano la rappresentanza; altri i cui diritti ed interessi non siano in contrapposizione con quelli dell'embrione, col rischio (o con la certezza, piuttosto) di perdere in serenità ed obiettività di valutazione.

Dall'*Autorevole intervento al Concistoro straordinario del 1991, svolto ufficialmente in veste di Prefetto della Congregazione* da Joseph Ratzinger, reperibile in www.ratzinger.us: «...laddove il diritto all'espressione della propria libertà può prevalere sul diritto di una minoranza che non ha voce, lì è la forza che è divenuta il criterio del diritto».

Ciò risulta tanto più evidente e drammaticamente grave quando in nome della libertà di *chi ha potere e voce*, si nega il fondamentale diritto alla vita di *chi non ha possibilità di farsi ascoltare* (corsivi nostri).

¹⁹ Per una ricostruzione delle intricate vicende normativo-giudiziarie che hanno riguardato la l. n. 40/2004, comprensive di quelle specificamente inerenti la DGP, v., *ex ceteris*, STEFANO AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, 19 settembre 2009, in www.forumcostituzionale.it, p. 1 ss., LARA TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta OnLine*, 2009, www.giurcost.org, VITULIA IVONE, *L'inizio della vita e la diagnosi genetica preimpianto*, in TEODORA ZAMUDIO (directora), *Bioética. Herramienta de las Políticas Públicas y de los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI*, UMSA-UNISA-ProDiversitas, Buenos Aires, 2012, p. 143 ss., FRANCESCA SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012, ELENA FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *il Corriere giuridico*, n. 2, 2013, p. 234 ss., MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.* n. 2, 2015, p. 325 ss., e, in prospettiva comparata, FRANCA MEOLA, *L'accesso alla diagnosi pre-impianto nella comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo*, nel vol. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienza in dialogo*, a cura di Lorenzo Chieffi e José Ramón Salcedo Hernández, Mimesis, Milano, 2015, p. 287 ss.

3. *Primo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale conseguenza del diritto al consenso informato nei trattamenti medici*

A sostegno del diritto ad accedere alla DGP, in sede giudiziaria, è stato sovente invocato il diritto al consenso informato²⁰.

La correlazione di quest'ultimo con l'atto medico e con la ricerca scientifica è chiara e consolidata nella normativa nazionale²¹ e nei numerosi atti di diritto internazionale che l'hanno riconosciuto e disciplinato²².

Il paziente è in grado di decidere consapevolmente se sottoporsi o meno ad un intervento medico solamente dopo aver ricevuto esaustive e comprensibili informazioni su natura, scopo, conseguenze e rischi di esso²³.

Il consenso informato è, dunque, garanzia di autodeterminazione della persona riguardo ai trattamenti sanitari ai quali possa o debba sottoporsi.

Cosicché, per acconsentire in piena consapevolezza alla procedura di fecondazione assistita ed, in particolare, all'impianto in utero dell'embrione

²⁰ Sul consenso informato, v. LORENZO CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, pp. 191-216.

²¹ Pur in assenza di una specifica normativa, il diritto al consenso informato discende, innanzitutto, dalle tutele costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 Cost. Indi, il consenso è contemplato dall'art. 33 della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la l. n. 833/1978, seppur con riferimento agli accertamenti ed ai trattamenti sanitari obbligatori, e da numerosi altri articoli di leggi volte a disciplinare specifici atti medici, quali: l'art. 4 della l. n. 458/1967 («Trapianto del rene tra persone viventi»); l'art. 14 della l. n. 194/1978 («Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza»); l'art. 5, co. 3, della l. n. 135/1990 («Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS»); l'art. 3, co. 1 e 3, della l. n. 107/1990 («Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati»); gli artt. 2, 3, co. 1, 4, 5, 6, co. 2, e 7, co. 3, della l. n. 211/2003 («Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico»); infine, la stessa l. n. 40/2004, in part. all'art. 6 («Consenso informato»).

Il Codice di deontologia medica, approvato il 18 maggio 2014 dalla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, dedica al consenso ed al dissenso l'intero Titolo IV («Informazione e comunicazione. Consenso e dissenso»).

²² Il consenso informato assurge, come sintetizza STEFANIA NEGRI, *Consenso informato, diritti umani e biodiritto internazionale*, in *Biodiritto*, n. 2, 2012, pp. 98, 99, a «regola fondamentale per il corretto esercizio della professione medica e della ricerca scientifica» in quasi tutti gli accordi e le dichiarazioni di diritto internazionale che riguardano il settore della biomedicina. Una per tutte, ricordiamo la *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con la l. n. 145/2001, che dedica al «Consenso» il Capitolo II.

²³ Mutuiamo l'espressione adoperata nella *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina*, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997 e ratificata con legge 28 marzo 2001, n. 145. Essa, all'art. 5, recita: «Regola generale. Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

fecondato *in vitro*, la coppia richiede di essere informata sullo stato di salute di quest'ultimo (da cui dipende anche il successo della tecnica in questione), nonché sulle malattie di cui dovesse essere affetto (quelle genetiche gravi che la diagnosi *de qua* è in grado d'individuare).

Il fallimento della fecondazione assistita nelle fasi successive all'impianto e la nascita di un bambino malato costituiscono, dunque, quei rischi e quelle conseguenze dell'intervento medico dei quali primariamente gli aspiranti genitori chiedono di essere informati, onde sottoporsi consapevolmente alla pratica medica in questione²⁴.

Il consenso all'impianto sarà fortemente condizionato da questi dati, nel senso che, con alta probabilità, sarà negato nel caso di una mappatura genetica alterata, con conseguente congelamento degli embrioni malati: la l. n. 40/2004, all'art. 14, co.1, vieta, infatti, la soppressione degli embrioni non destinati al *transfer*²⁵.

Vi è da credere, però, che questa prima destinazione equivalga, di fatto, alla soppressione: il congelamento non dura, generalmente, più di cinque anni ed è altamente improbabile che la donna che non ha prestato in prima battuta il suo consenso all'impianto di quegli embrioni, in quanto malati, lo faccia in un momento successivo.

È quanto si deve ritenere in considerazione degli intenti con i quali le coppie richiedono la DGP²⁶ e delle motivazioni con le quali, fatto ricorso al

²⁴ Conformemente a quanto l'art. 6, co. 1, della l. n. 40/2004 chiaramente prescrive: «Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro.

Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e *in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevole espressa*» (corsivo nostro).

²⁵ In ordine al divieto di crioncoservazione, previsto anch'esso dall'art. 14, co. 1, deve ritenersi, invece, che la sent. Corte cost. n. 151/2009 abbia consentito di derogarvi. Con tale pronuncia, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 14, nella parte in cui limitava la creazione di embrioni ad un numero non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre (lasciando fermo il limite a quanto «strettamente necessario»); conseguentemente, sarà necessario ricorrere a tecniche di congelamento per gli embrioni non impiantati per scelta medica.

²⁶ Emblematica, in tal senso, è la missiva inviata da una coppia di coniugi al medico che l'aveva in cura per l'infertilità e, di essa, un'affermazione, in particolare, della madre scrivente: «a modifica del consenso prestato, dichiaro di volere accedere alla tecnica di diagnosi genetica pre-impianto e che, qualora a seguito di questa dovesse risultare la presenza di un embrione malato, non sarò disponibile

giudice, sostengono il riconoscimento e la tutela del diritto all'impianto dei soli embrioni sani. Lamentano, infatti, l'illogicità di un rifiuto (a questa loro richiesta) che le *costringerebbe* ad interrompere la gravidanza conseguente all'impianto di un embrione malato²⁷.

I giudici aditi, in effetti, hanno accolto le loro richieste (anche) in omaggio al principio del consenso informato del paziente. «La facoltà di prestare il consenso, che contempla in sé la possibilità del rifiuto, attribuisce alla coppia non solo il diritto alla diagnosi degli embrioni ma altresì il diritto di rifiutare l'impianto degli embrioni malati»: è quanto si legge in un'ordinanza del 2014 del Tribunale di Roma²⁸.

Nel maggio del 2004, a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge n. 40, il Tribunale di Catania²⁹, al contrario, aveva negato l'accesso alla DGP in quanto avrebbe condotto – stante le dichiarate intenzioni della coppia³⁰ – all'eliminazione degli embrioni con mappatura genetica alterata evidenziata dalla diagnosi.

Altrimenti detto, questo giudice non aveva riconosciuto il diritto della coppia alla DGP proprio perché, in conseguenza degli esiti di quest'indagine, essa avrebbe compiuto una scelta abortiva³¹ vietata dalla stessa legge n.

a riceverne l'impianto ritenendo tale eventualità pericolosa per la mia salute fisica e psichica (mentre sono disponibile, comunque, all'impianto dell'eventuale portatore sano)».

La lettera è stata poi allegata agli atti del processo che ha fatto seguito al rifiuto del medico di procedere alla DGP ed è stata riportata nel testo della relativa ordinanza (ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

²⁷ Dalle argomentazioni addotte nel giudizio di cui alla nota precedente dalla coppia che chiedeva al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, co. 2, della l. n. 40/2004, con riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., riportiamo: «La norma sarebbe irragionevole ove non apprestasse tutti gli strumenti più idonei alla salvaguardia del preminente bene protetto vale a dire quello della salute della donna e poi del nascituro.

Sarebbe, pertanto, assolutamente illogico dal momento in cui tutti i presupposti di legge per farsi luogo all'interruzione di gravidanza siano conosciuti in un momento anteriore all'impianto, e vi sia una volontà della donna contraria all'impianto, mettere a repentaglio la sua salute obbligandola al trasferimento ed al successivo aborto» (punto 6 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004). L'IVG, inoltre, avverrebbe – come precisato in un precedente passaggio – «quando il feto è in uno stato avanzato e non in una fase embrionale» (punto 6 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

²⁸ Precisamente, al par. 1 del *Rilevato in diritto* dell'ordinanza del 14 gennaio 2014 del Tribunale di Roma. Con questo provvedimento, il giudice sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2, e dell'art. 4, co. 1, della l. n. 40/2004.

²⁹ Con la già citata ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004.

³⁰ Quelle esplicitate nella lettera che la coppia indirizza al proprio medico, già riportata nel suo passo più significativo, *supra*, alla nota n. 26.

³¹ Il giudice non ritiene meritevole di tutela la volontà della coppia di avere un figlio «conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difforni che venissero nel frattempo» (punto 10 dell'ord. Tr. Catania, I sezione civile, 3 maggio 2004).

40. In particolare, il Tribunale leggeva questa disciplina alla luce dell'*intentio legislatoris*, rintracciabile nei suoi primi articoli e ricostruibile attraverso gli atti preparatori ed i resoconti dei lavori parlamentari³².

Va detto, invero, che questa decisione era destinata a rimanere un *unicum*.

Successivamente, i giudici si sarebbero espressi a favore della DGP o, maturati dubbi di legittimità costituzionale della l. n. 40/2004 sul punto, avrebbero investito la Consulta della questione.

Nell'evoluzione giurisprudenziale si sarebbe sviluppato, piuttosto, un argomento che collega l'accesso alla DGP all'interruzione volontaria di gravidanza (da ora: IVG), *ex l. n. 194/1978, per il tramite* del consenso informato.

Il Tribunale di Cagliari, nel 2012, riscontra, infatti, nella fattispecie esaminata, «evidenti analogie»³³ con la legge n. 194/1978, relativamente alle condizioni alle quali questa consente l'interruzione della gravidanza ed, in ispecie, riguardo al serio/grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna, provocato dalla prosecuzione della gravidanza, dal parto, dalla maternità o dalle rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro.

Poiché, dunque, per la legge sull'aborto, «l'informativa cui è tenuto il medico (art. 14)³⁴ è funzionale all'accertamento della sussistenza di un serio pericolo per la salute psicofisica della donna, quale effetto della condizione patologica del concepito»³⁵, similmente, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita (da ora: PMA), «la diagnosi preimpianto dovrà accertare le condizioni di salute dell'embrione che siano legate da uno stretto nesso eziologico con l'integrità psicofisica della donna»³⁶.

³² Nel mentre ricorda che l'intenzione del legislatore è indicata come criterio d'interpretazione della legge dall'art. 12, co. 1, delle Disposizioni sulla legge in generale, il giudice Felice Lima avverte della particolare importanza di questo criterio rispetto ad una legge da poco entrata in vigore, qual è appunto la legge *de qua* al tempo in cui egli è adito. Se non si riconoscesse il grande rilievo dell'intenzione del legislatore in queste circostanze – egli afferma – si renderebbe «sovrano l'interprete in luogo del legislatore» (par. 2 dell'ordinanza).

³³ Così il giudice Giorgio Latti, nell'ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012.

Sulla vicenda giudiziaria cagliaritano, cfr. FRANCA MEOLA, *Il "caso Cagliari": brevi note sulla definizione in positivo della vexata quaestio dell'ammissibilità della diagnosi pre-impianto*, nel vol. *Il futuro della bioetica. Una scienza nuova per il XXI secolo*, a cura di Raffaele Prodomo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 21 ss.

³⁴ Art. 14 della l. n. 194/1978: «Il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna. In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione di tali processi».

³⁵ Ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012.

³⁶ *Ibidem*.

Anche da queste (supposte) analogie il giudice trae, dunque, il convincimento che «la diagnosi preimpianto abbia come scopo proprio quello di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento degli embrioni ovvero al rifiuto di detto trasferimento»³⁷.

Il Tribunale di Cagliari basa, così, la sua decisione, fondamentalmente, sull'individuazione del consenso informato quale «vero e proprio diritto della persona che svolge la funzione di sintesi dei due diritti fondamentali all'autodeterminazione ed alla salute»³⁸.

Invero, le due situazioni considerate analoghe sono significativamente diverse (sia sul piano fattuale che su quello normativo) e, conseguentemente, diverso è il ruolo che vi gioca il consenso informato.

Nella procreazione naturale, il medico deve informare la gestante, in particolare all'esito delle indagini prenatali a cui si sia sottoposta, delle condizioni di salute dell'embrione/feto che ella porta in grembo. Nella PMA, invece, egli dovrà informare la coppia dello stato di salute degli embrioni prodotti in provetta ed, in particolare, in caso di DGP, delle eventuali alterazioni della loro mappatura genetica.

Dalla diversità delle due situazioni (naturale, l'una; artificiale, l'altra) e dalla diversa, conseguente connotazione della doverosa informazione medica, discende un differente *utilizzo* delle notizie ricevute.

Esse si trasmutano in pienezza di autodeterminazione rispetto ad un'eventuale scelta d'interruzione di gravidanza; in consenso informato, invece, rispetto all'incedere nella procedura di PMA³⁹.

Altrimenti detto, nella procreazione naturale, l'informazione fornita dal medico servirà alla coppia ed alla madre, in particolar modo, a decidere se ricorrere all'IVG. L'informazione, in questo caso, va a corroborare la consapevolezza della scelta materna riguardo all'opportunità di proseguire la ge-

³⁷ Nel concludere in questo modo, l'ordinanza richiama la sentenza del 24 settembre 2007 dello stesso Tribunale. Ad analogo convincimento giunge il Tribunale di Roma nel 2014, sebbene non ricorra, a tal fine, ad analogie con l'informazione medica di cui alla legge sull'IVG. Attraverso la DGP, viene «tutelato» – si legge nell'ord. Tr. Roma, 28 febbraio 2014 – «sia il diritto all'autodeterminazione dei soggetti coinvolti sia il diritto alla salute della futura gestante, essendo evidente che gli embrioni affetti da gravi patologie genetiche possono seriamente determinare una prosecuzione patologica della gravidanza, o causare un aborto spontaneo, o compromettere l'integrità fisica della donna, sottoponendola ad una pressione psicologica insostenibile o costringendola a ricorrere ad un aborto terapeutico».

³⁸ Ord. Tr. Cagliari, 9 novembre 2012. Lo stesso può dirsi per il Tribunale romano, nella succitata ordinanza del 28 febbraio 2014.

³⁹ Ai sensi dell'art. 6 della l. n. 40/2004, il medico è tenuto a fornire informazioni dettagliate alla coppia, «prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

stazione di quel determinato embrione/feto concepito e portato in grembo.

Nella PMA, invece, sull'informazione medica ricevuta si baserà l'individuazione di quali embrioni impiantare nel grembo materno e di quali, invece, destinare alla crioconservazione, indi, molto probabilmente, alla distruzione. All'informazione segue, cioè, la scelta della coppia (in una col medico) d'impiantare l'uno o l'altro o l'altro ancora degli embrioni prodotti.

La reale finalità perseguita col consenso informato nell'ambito della PMA è disvelata chiaramente dalla Corte costituzionale quando dichiara, nella sent. n. 96 del 2015⁴⁰, che «il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»⁴¹.

In questa procedura, infatti, l'intervento del medico e della medicina è volto ad individuare un embrione *sano* tra quelli prodotti in laboratorio. Dopo averne debitamente informato la coppia, questo solo sarà avviato ad un percorso di vita, mentre si provvederà alla sostanziale distruzione degli embrioni che non sono sani o che non lo sono nella percentuale e nei termini ritenuti *soddisfacenti* dai genitori.

Non è possibile, pertanto, far discendere l'ammissibilità della DGP dalla (presunta) similitudine dell'informazione sulla salute del concepito nelle due procedure. Solo nell'IVG, infatti, questa corrisponde al suo proprio scopo, che è quello di fondare scelte consapevoli e non, invece, di fungere da criterio di selezione.

D'altro canto, se è indubbio che il consenso informato debba corredare ogni atto medico, non sembra altrettanto certo che la PMA rientri pienamente in questa categoria.

La fecondazione assistita, infatti, pur consistendo in un metodo terapeutico – qualifica pur indirettamente riconosciuta dalla l. n. 40/2004⁴² –, non è propriamente una cura (una *therapeia*).

⁴⁰ Riguardo a questa pronuncia della Consulta, v., *supra*, nota n. 9 e, *infra*, nel testo.

Tra i vari commenti ad essa, v. MARIA PIA IADICICCO, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 797 ss., e ANTONIO IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2015, p. 805 ss.

⁴¹ Punto 9 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015.

⁴² Art. 1, co. 2, della l. n. 40/2004: «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (corsivo nostro).

Essa non determina, infatti, la guarigione dalla patologia in ragione della quale vi si ricorre: non è in grado, cioè, di eliminare l'alterazione, la disfunzione di cui il paziente è affetto, (ri)conducendolo ad una situazione di *normalità* (sia in caso di sterilità/infertilità, che impedisca una procreazione naturale, sia di qualsivoglia patologia genetica ereditaria, che non s'intenda trasmettere alla propria progenie).

Tanto meno può dirsi che la PMA sia in grado di curare la patologia dell'embrione. Essa è tesa, piuttosto, a sopprimerlo e l'eliminazione dell'embrione malato è tutt'altro che la sua cura: ne è, in tutta evidenza, l'esatto opposto.

L'informazione così anticipata (rispetto al momento in cui sarebbe altrimenti evidente la patologia) che la DGP consente, non corrisponde certo alla possibilità di una cura altrettanto precoce; come si è detto, essa, anzi, non contempla alcuna possibilità di cura.

Permette, piuttosto, di anticipare l'“eliminazione” dell'embrione rispetto a quell'interruzione della gravidanza a cui la madre ricorrerebbe se costretta all'impianto (una volta ricevuta, dalla diagnosi genetica neonatale, analoga informazione negativa sulla salute dell'embrione).

La PMA consiste – così, infine, può dirsi – in un intervento compiuto da un medico, in base a scienza medica, teso ad ottenere, in via alternativa e non risolutiva, attraverso una procedura, almeno parzialmente extracorporea, quel risultato procreativo che la patologia (del singolo o della coppia) altrimenti impedirebbe.

Non, dunque, un atto terapeutico, benché medico.

Non meraviglia, allora, che anche il consenso informato ad esso relativo risulti distorto rispetto alla sua propria funzione.

In realtà, nella vicenda DGP, il consenso *scolora*, essendo strumentale ad un atto non terapeutico e neppure propriamente medico, bensì essenzialmente *selettivo*, un *mero scarto*; solo l'atto successivo – l'impianto – è un vero e proprio atto medico (non terapeutico).

La DGP, dunque, è strumentale alla selezione, non all'impianto, sebbene questo sia atto successivo ai primi due (diagnosi e selezione).

Successivo ma non eziologicamente connesso. Ad esso, infatti, potrebbe non addivenirsi affatto, come accade, ad esempio, quando la DGP evidenzia embrioni tutti malati, dei quali la coppia non voglia, per questo, impiantare nessuno. Similmente, ben si potrebbe procedere all'impianto degli embrioni senza sottoporli a diagnosi genetica e, quindi, senza selezionarli; oppure impiantarli senza previa selezione, nonostante i risultati negativi della diagnosi.

Ci chiediamo, a questo punto del ragionamento, se la selezione embrio-

nale operata sulla base dei risultati forniti dalla DGP non rappresenti una forma di soppressione o d'impedimento dell'esistenza di *vite non degne di vivere*⁴³.

Se, in altri termini, questa non sia già eugenetica⁴⁴.

E, ancora, chi possa legittimamente assurgere a *decisore della dignità sufficiente*, secondo quale parametro e quale sia la *percentuale di dignità* sopra la quale il *decisore* riconosce/concede la vita.

Della triade composita (coppia e medico) che dovrebbe assicurare la valutazione più saggia, condivisa ed equilibrata, rimane, invero, ben poco.

Il consenso inizialmente dato è soggetto a variazioni conseguenti alle nuove informazioni via via acquisite e la condivisione iniziale della scelta viene rimessa, nel prosieguo, ai ripensamenti anche di una sola parte.

La questione del consenso non interessa unicamente i soggetti che si sottopongono alla fecondazione assistita ed i *loro* embrioni. Il consenso, soprattutto in quanto *informato*, unisce in un unico rapporto paziente e medico,

⁴³ È l'interrogativo che pone CARLO ALBERTO DEFANTI, *L'eugenetica porta all'eutanasia? L'argomento della deriva nazista in bioetica*, in *Bioetica*, n. 2-3, 2013, p. 481, nel confrontarsi con l'argomento della deriva nazista ed il suo ricorrere nel dibattito bioetico.

⁴⁴ Dopo aver definito l'eugenetica come la «disciplina che si prefigge di favorire e sviluppare le qualità innate di una razza, giovandosi delle leggi dell'ereditarietà genetica», secondo il significato del termine coniato, nel 1883, da F. Galton, la Treccani *on line* ne fornisce un'attualizzazione. Puntualizza, cioè, che, «a partire dagli anni 1950, con gli studi sul patrimonio genetico dell'uomo si è fatta strada una nuova e. tecnologica, che persegue tre direttrici: a) la selezione genotipica dei soggetti a rischio di manifestare una malattia, per mezzo della diagnosi prenatale e l'aborto dei soggetti indesiderati, o più precocemente, con la diagnosi pre-impiantatoria (e. selettiva o *creativa*); b) la selezione germinale, mediante la scelta di gameti raccolti e conservati in banche apposite e utilizzati nell'ambito delle tecniche di fecondazione artificiale (e. preventiva); c) la geneterapia, mediante la modificazione dell'informazione genetica contenuta nelle cellule somatiche, nelle cellule germinali e negli embrioni umani prodotti in vitro (e. curativa)» (voce *eugenetica*, *Treccani, la cultura italiana*, in www.treccani.it). La selezione conseguente alla DGP, oggetto delle nostre riflessioni, rientra chiaramente nel primo tipo delineato, vale a dire l'eugenetica selettiva o creativa.

Interrogato circa l'approccio più corretto ai test genetici prenatali, l'ematologo e genetista Licio Contu risponde che «la diagnosi prenatale è da sostenere quando sia funzionale a predisporre e programmare una terapia adeguata per il nascituro. Se invece l'obiettivo è sostanzialmente teso all'eliminazione del feto perché portatore di anomalie o patologie, allora siamo nell'ambito dell'eugenetica, tentazione da respingere con forza», in EMANUELA VINAI, *Diagnosi prenatali, l'eugenetica dietro l'angolo*, *Avvenire*, 13 gennaio 2011.

Il ginecologo Lucio Romano, convinto anch'egli che la DGP sia una «tecnica che di per sé porta ad una deriva eugenetica», fa chiarezza su di un aspetto trascurato o del tutto ignorato, che vede vittime della DGP perfino gli embrioni sani. In un'intervista rilasciata a GABRIELLA CERASO, *Corte europea contro Legge 40 su diagnosi pre impianto. Scienza e vita: deriva eugenetica*, 28 agosto 2012, in <http://it.radiovaticana.va>, precisa che la DGP «porta a una selezione degli embrioni, che una volta prodotti in numero [...] significativo, in parte comunque evidentemente moriranno. Non solo moriranno per l'approccio con la tecnica stessa della diagnosi genetica pre-impianto, ma potranno evidentemente subire delle conseguenze tali che saranno inidonei al trasferimento. Stiamo parlando di embrioni che sono, chiaramente, clinicamente sani».

coinvolti «in un processo decisionale condiviso rispetto al progetto terapeutico, pure all'interno delle differenze di ruolo e di competenze»⁴⁵.

Il nobile intento di condivisione consapevole di un programma di salute e di benessere – che già stenta a resistere alle distorsioni ed agli opportunismi della prassi⁴⁶ – viene demolito dalla «“medicina del benessere” o “del desiderio”»⁴⁷, nella quale «il medico si trova ad agire per sanare situazioni che riguardano il mondo delle relazioni e degli affetti. Lo stato patologico è la mancanza di un figlio, o, meglio ancora, la sofferenza della coppia o del singolo che non può procreare»⁴⁸.

È questa l'unica vera afflizione che, nelle situazioni di sterilità/infertilità, ci si dovrebbe preoccupare di curare o lenire, oltre, ovviamente, che impegnarsi a curare la patologia stessa⁴⁹.

Purtuttavia, vuoi per impossibilità, vuoi per incapacità di accollarsi la responsabilità scientifica della terapia di questo tipo di sofferenza, il medico finisce col riparare «nel ruolo di esecutore tecnico della richiesta del paziente, abdicando a quel contributo attivo, che invece rivendica nelle più abituali situazioni cliniche»⁵⁰.

Il fulcro di tutta la questione sta, in effetti, nei *desiderata*, anche mutevoli, del paziente: quand'egli dà, inizialmente, il consenso alla PMA e quand'egli lo revoca, poi, rispetto all'impianto dei soli embrioni malati.

4. *Secondo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale esito del bilanciamento tra il diritto alla vita del concepito e quello alla salute della futura gestante*

La revoca del consenso all'impianto consiste, in effetti, nell'esercizio di una *volontà selettiva*.

Più che *consenso*, dunque, *volontà*.

⁴⁵ NICOLA ROSSI, *Sviluppi tecnologici in medicina e consenso informato*, in *Psicologia della Salute*, n. 1, 2001, p. 40, nota n. 3.

⁴⁶ Cfr. ANGELO FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficiabilità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato (nota a Trib Milano, Sez. VI, 4 dicembre 1997)*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 6, 1998, p. 1144.

⁴⁷ NICOLA ROSSI, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ *Ivi*, p. 41.

⁴⁹ Sulle attuali possibilità di cura della sterilità/infertilità, cfr., a titolo informativo, RODOLFO CASADEI, *Fecondazione assistita? La “napro” è più efficace ed è “cattolicamente corretta”*. Infatti nessuno ne parla, 1° luglio 2013, in *www.tempi.it*.

⁵⁰ NICOLA ROSSI, *op. cit.*, p. 41.

È la volontà «di chi è già persona» che prevale su quella di chi «persona deve ancora diventare»⁵¹; volontà quest'ultima non espressa in quanto inesprimibile e, dunque, nemmeno conoscibile od ipotizzabile.

La volontà prevalente consiste, dunque, nella determinazione di avere un figlio che goda di buona salute ed, al contempo, di preservare la salute della madre (potremmo, a costo di una forzatura, fors'anche dire della coppia) da ogni *vulnus* che possa derivare dalla nascita di un figlio malato.

Il perseguimento della "salute", nel duplice senso indicato, costituisce il secondo argomento intorno al quale ruotano i ragionamenti e le decisioni sulla DGP.

Nelle dinamiche giudiziarie in cui quest'argomento è stato messo in gioco, l'embrione ed i suoi diritti – che ne rappresentano l'altro polo – sono rimasti sostanzialmente misconosciuti.

Lo sviluppo della vicenda legislativa e giurisprudenziale ha fortemente ridimensionato lo statuto dell'embrione⁵².

Eppure, per il Comitato nazionale per la bioetica, l'embrione umano è «un essere dotato di identità individuale sin dal concepimento» ed è comunque bastevole «il dubbio che possa esserlo a imporre che ci si astenga dal nuocerli». Né mai va considerato «cosa», bensì «“essere appartenente alla specie umana”»⁵³.

Anche il principio ispiratore della struttura e dei contenuti originari della l. n. 40/2004 era, di tutta evidenza, «l'esigenza di tutelare sempre e comunque l'interesse prioritario del concepito e dell'embrione»⁵⁴.

Invero, l'unico *quizzo* di tutela dell'embrione, nella giurisprudenza costi-

⁵¹ Anche in questo caso, si mutano le espressioni adoperate dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 27/1975 sull'IVG, usate, nel *Considerato in diritto*, per riferirsi rispettivamente alla madre ed al figlio.

⁵² LAURA PALAZZANI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Persona y derecho*, n. 44, 2001, p. 131, esprime il timore che l'avanzare di scienza e tecnica comporti «inaccettabili e pericolose emarginazioni nei confronti dei più deboli ed indifesi. Tra questi, proprio gli embrioni (definiti gli “schiavi del 2000”) sembrano pagare il prezzo più alto». L'A. ritiene importante, per arginare il fenomeno, porre «l'imprescindibilità dei diritti umani come orizzonte epistemologico e criterio regolativo per lo sviluppo dinamico del diritto».

⁵³ Dall'*abstract* del Parere su *Identità e statuto dell'embrione umano*, sottoscritto dal Comitato nazionale per la bioetica il 22 giugno 1996, che ben sintetizza le diverse posizioni, composte nelle dichiarazioni del documento approvato all'unanimità.

⁵⁴ VITULIA IVONE, *op.cit.*, p. 147. L'A., lamentando il «sacrificio di altri interessi» che una così forte tutela dell'embrione comporta, osserva che, nella l. n. 40/2004, «la “potenzialità di vita” dell'embrione prevale sul diritto alla salute della donna, sulla sua libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative, prevale sulla professionalità del medico, costretto dalla legge a consigliare alle proprie pazienti, con un comportamento scorretto sul piano deontologico, cicli di stimolazione ormonale che sa essere dannosi per la loro salute, prevale sugli interessi dei malati destinati a morte certa perché è vietata qualsiasi forma di sperimentazione che preveda l'utilizzazione di embrioni» (*ibidem*).

tuzionale – che, con quella di merito, ha *riscritto* le norme in materia di procreazione medicalmente assistita –, lo si può ravvisare nella sentenza Corte cost. n. 151 del 2009, che, nel mentre demolisce il limite numerico previsto dal legislatore del 2004 per la produzione *in vitro* di embrioni, conferma la necessità di rispettare il principio di «“stretta necessità”»⁵⁵.

L'incidenza di questa pronuncia sulla vicenda della DGP – nel senso nella sua ammissibilità e di un più ampio accesso ad essa – è centrale, seppure indiretta. Con la sent. n. 151/2009, infatti, cadono proprio quei divieti della PMA limitativi delle pratiche che consentono o agevolano un corretto svolgimento delle DGP⁵⁶.

Tant'è vero che, da più parti, si è plaudito alla doppia incostituzionalità ivi dichiarata⁵⁷, fino a leggersi la restituzione di «qualche grammo di dignità alle donne, ma in prospettiva a tutti gli italiani»⁵⁸.

Vi è, però, anche chi vi trova occasione di riflessione sulle molteplici manomissioni, *non parlamentari o referendarie*, della l. n. 40, al fine di assecondare «i forti interessi economici a cui la legge, in qualche modo, aveva messo limiti e paletti»⁵⁹, e chi allerta sugli ulteriori pericoli che potrebbero derivarne per la stessa salute della donna, oltre che degli embrioni⁶⁰.

⁵⁵ Così lo indica CARLA TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia embriologica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, www.biodiritto.org, p. 72, che ben descrive questo passaggio della sentenza (*ivi*, pp. 72, 73).

⁵⁶ Cfr., sul punto, MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., pp. 327, 328, e nota n. 10 a p. 328.

Relativamente all'accesso delle coppie infertili alla diagnosi preimpianto, ricordiamo che, con sentenza del 21 gennaio 2008, n. 398, il Tar del Lazio aveva annullato, per eccesso di potere, le Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita di cui al decreto ministeriale del 21 luglio 2004, nella parte contenuta nelle «Misure di tutela dell'embrione», laddove si statuiva che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, dovesse «essere di tipo osservazionale». Il giudice amministrativo vi aveva ravvisato un'illegittima riduzione «alla sola osservazione» delle possibilità di ricerca, di sperimentazione e d'interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche, consentite dalla legge n. 40/2004, se volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione.

⁵⁷ Quella del limite di embrioni producibili da impiantare con un unico e contemporaneo intervento – come già ricordato nel testo – e quella della mancata previsione che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna (vale a dire, illegittimità del divieto di crioconservazione).

⁵⁸ MICHELE AINIS, *Ritorno al futuro*, *La Stampa*, 2 aprile 2009. Cfr. anche la posizione di Carlo Flamigli, intervistato da MARIO REGGIO, «*Sancito un principio laico le madri valgono più dei feti*», *La Repubblica*, 2 aprile 2009.

⁵⁹ Così Bruno Dallapiccola, nell'intervista rilasciata a GATY SEPE, «*Pasticcio giuridico a danno delle donne*», *Il Mattino*, 2 aprile 2009.

⁶⁰ «Più crescono gli impianti più gli embrioni soffrono, si sviluppano a fatica, si possono autodistruggere», ma è sottoposta ad un rischio maggiore anche la donna che si sottoponga alla PMA secondo le nuove regole, in quanto «crescono le gravidanze multiple e le gravidanze ectopiche, cioè con embrioni attaccati fuori dall'utero»: così l'Arcivescovo Elio Sgreccia, intervistato da ORAZIO LA ROCCA, «*È un brutto passo indietro pericolo per la salute delle donne*», *La Repubblica*, 2 aprile 2009.

Il passaggio dalla fattura legislativa della regolamentazione della PMA, comprensiva della DGP (la l. n. 40/2004)⁶¹, a quella giudiziaria (le molteplici sentenze di merito e le varie pronunce del giudice costituzionale, in particolare le sentt. n. 151/2009 e n. 96/2015) ha determinato il transito da una netta prevalenza di tutela dell'embrione ad una altrettanto netta prevalenza di tutela della madre/coppia⁶²; dalla «soggettivazione precoce dell'embrione (creato in vitro)»⁶³ alla «radicale soggettivizzazione della nozione di salute»⁶⁴ della madre dell'embrione in vitro.

Per quest'ultima, invero, la posizione di *vantaggio* è in *re ipsa*, in quanto madre/coppia possono sempre scegliere di non accedere a pratiche artificiali di procreazione o recedere da esse in qualsiasi momento, affrontandone le eventuali conseguenze.

L'embrione, invece, non è mai chiamato ad effettuare alcuna scelta – né potrebbe esserlo – in ordine alla procedura nella quale e per la quale viene creato.

Eppure, un precedente di buon bilanciamento tra questi due diritti con-

Non pochi, invero, anche i danni alla donna, i rischi di sopravvivenza dei feti e le difficoltà di natura sanitaria e deontologica per i medici, derivanti dai limiti originariamente previsti dalla l. n. 40 ed eliminati dalla sentenza *de qua*. V., in proposito, STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, pp. 4-7.

⁶¹ La pratica delle indagini genetiche sull'embrione ai primi stadi di sviluppo, diffusa prima della l. n. 40/2004, all'entrata in vigore di questa, fu considerata certamente vietata. Vero è che la legge non si esprimeva a riguardo, ma, ancor prima che le Linee guida esplicitassero il divieto, lo si poteva evincere, *sine dubio*, da varie sue disposizioni. V., in proposito, MARINA CASINI, *Diagnosi preimpianto: ecco dove sbaglia il giudice di Cagliari. Una memoria di Scienza & Vita*, 27 settembre 2007, in *www.scienzaevita.org*, p. 1 ss., e MAURO FUSCO, *Una sentenza potenziale "apripista" sulla liceità della diagnosi preimpianto*, in *www.istitutobioetica.org*.

⁶² Riportiamo l'osservazione di LARA TRUCCO, *op. cit.*, a commento della sent. Corte cost. n. 151/2009, rappresentativa, a nostro avviso, dello spirito che ha percorso tutta l'evoluzione giurisprudenziale – di merito e costituzionale – avente ad oggetto la legge n. 40/2004: «la pronuncia in commento sembra consolidare quella più lontana giurisprudenza volta a tutelare, prima di altri tipi di interessi, la vita e la salute fisica e psichica della donna, dimostrando, inoltre, in senso innovativo, più di una qualche attenzione nei confronti delle aspettative di gravidanza della donna stessa (anche al prezzo del sacrificio delle entità embrinarie). Ciò che costituisce un passo in avanti nella direzione di riconnettere il riconoscimento della situazione giuridica di vantaggio ad esigenze più intimamente individuali, a prescindere dall'esclusiva connessione col valore della salute, da un lato, e del "peso" della malattia, dall'altro lato».

⁶³ Di cui all'art. 1 della legge n. 40/2004, secondo LORENZO CHIEFFI, *Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche*, nel vol. *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Jovene, Napoli, 2010, p. 872, che, con atteggiamento critico, la collegava alla «permanenza nell'ordinamento del divieto alla selezione genetica preimpianto» (*ibidem*).

⁶⁴ Affermatasi nella prassi applicativa della legge n. 40/2004, secondo MARCO OLIVETTI, *Nota del costituzionalista Marco Olivetti sulla recente sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile l'eccezione di costituzionalità sollevata contro l'art. 13 della legge 40/2004*, 14 novembre 2006, in *www.scienzaevita.org*, come si chiarirà meglio, *infra*, nel testo.

trapposti esiste e regge da tempo: la legge n. 194 del 1978⁶⁵.

Quella buona composizione sull'IVG, ove riprodotta, *mutatis mutandis*, per la PMA, potrebbe scongiurare derive eugenetiche da un canto, danni alla salute o lesioni ai vari interessi dei soggetti coinvolti, dall'altro.

Essa ha il vantaggio di *venire dal passato*: è ispirata, pertanto, alla logica della *contrattazione dell'umano con l'umano*, senza interferenti *velleità da creatore*.

Questa provenienza richiede, ovviamente, anche adattamenti e trasposizioni.

Il saggio bilanciamento operato dal legislatore del '78 ha fissato i suoi elementi «sia nel diritto del concepito a proseguire il suo processo vitale, sia nel diritto alla vita e alla salute fisica e psichica della madre», cosicché la donna possa «legittimamente effettuare, nelle forme, termini e limiti predisposti dal legislatore, l'interruzione di gravidanza, senza che, peraltro, per questo si possa configurare un “diritto all'aborto”»⁶⁶.

Se il legislatore del 2004 non ha tenuto in conto il “modello IVG”, il giudice costituzionale lo ha invece considerato ed applicato alla PMA, nell'occasione di scrutinare la legittimità del divieto di accesso a quest'ultima per le coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

D'altro canto, se il problema è – com'è o, meglio, com'è diventato – l'ammissibilità o meno della selezione degli embrioni, in modo da poter *scegliere* solo quelli sani (e non più soltanto «la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»⁶⁷), cade ogni ragione di distinguere tra sterili/infertili e fertili con malattie genetiche⁶⁸.

Tutto confluisce nella DGP e nella sua accessibilità.

⁶⁵ «Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza».

Anche secondo ANDREA PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, www.rivistaaic.it, p. 5, il legislatore del 2004, nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, avrebbe avuto «in realtà [...] un importante, collaudato modello di riferimento per il bilanciamento nelle questioni di inizio vita». Invero, quella disciplina regge – va detto e sarà ribadito *infra*, nel testo – anche in ragione della sua (voluta) ineffettività, anch'essa a tutto vantaggio della madre/coppia.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Dall'art. 1, co. 1, della l. n. 40/2004, che detta le finalità della legge.

⁶⁸ Ricordiamo la correlazione tra PMA/DGP ed istanze procreative di coppie sterili/infertili attraverso l'osservazione di MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., p. 328: «a corroborare la tesi dell'illegittimità delle pratiche di diagnosi preimpianto, ha contribuito l'esplicita preclusione di accesso alle metodiche di procreazione artificiale per coppie non sterili o infertili (artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004), pur portatrici di malattie a trasmissione genetica, rispetto alle quali la richiesta di accedere alla fecondazione assistita è funzionale non già al superamento di cause ostative alla procreazione naturale, ma alla possibilità di verificare, tramite esami preimplantatori, l'eventuale trasmissione agli embrioni creati *in vitro* della malattia di cui sono affetti o portatori sani i genitori».

Con la sent. n. 96/2015, la Corte, dunque, ricorrendo al canone della ragionevolezza, è riuscita a «creare un perfetto parallelismo tra le fattispecie di interruzione volontaria della gravidanza, consentite ad esito diagnosi prenatale, e le fattispecie di selezione degli embrioni non portatori della malattia geneticamente trasmissibile dopo la diagnosi genetica preimpianto, che presuppone l'accesso alla PMA»⁶⁹.

Di conseguenza, la l. n. 194/1978, richiamata precisamente nell'art. 6, co. 1, lett. b)⁷⁰ – vale a dire nel «“criterio normativo di gravità”» ivi individuato⁷¹ –, si fa *porta* ed, al contempo, *filtro* d'accesso alla PMA per le coppie fertili a rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche⁷².

Quando la Corte applica una disposizione della legge sull'IVG alle situazioni (non) contemplate dalla legge sulla PMA (vale a dire, applica il criterio di gravità previsto dalla prima alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche non previste dalla seconda), finisce, però, col parificare situazioni diverse e diversamente regolamentate, non essendo *sovrapponibile* il bilanciamento dei diritti sotteso alle due discipline.

La Corte riscontra una «palese antinomia normativa» nel nostro ordinamento, in quanto esso consente a coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di causare al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali»⁷³.

Non consente, invece, alle stesse di perseguire il medesimo obiettivo attraverso la PMA, comprensiva di DGP, in quanto la l. n. 40 si fa carico

⁶⁹ IRENE PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, 4 novembre 2015, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 5.

⁷⁰ Art. 6 della l. n. 194/1978: «L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

⁷¹ Al punto 9 del *Considerato in diritto* della sentenza *de qua*.

⁷² Contestuale è la declaratoria d'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge n. 40/2004 che impedivano quell'accesso. Più precisamente, gli artt. 1, co. 1 e 2, e 4, co. 1, vengono dichiarati illegittimi «nella parte in cui non consentono...»: trattasi di una sentenza additiva.

⁷³ Una volta che, «dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto “accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”» (sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*).

unicamente di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana.

Appare, insomma, «irragionevole» – alla Corte come alla dottrina – «che la condizione psico-fisica [della donna] perda ogni rilievo al fine della prosecuzione della gravidanza prima dell'impianto per riacquistarlo subito dopo»⁷⁴. Similmente appare irragionevole che lo statuto dell'embrione venga diversamente modulato a seconda dei suoi differenti stati di evoluzione⁷⁵.

Non ci è sembra, invero, di poter condividere questo giudizio d'irragionevolezza.

Il legislatore, nel prevedere la possibilità di abortire, in una norma tesa primariamente a tutelare la maternità, tiene conto della condizione di *reale gravidanza* in cui si trova la madre ed anche su quest'elemento fonda le assunzioni di decisioni e le responsabilità previste dalla relativa disciplina.

Questo elemento corporeo – fortemente diversificativo delle due tipologie di procreazione considerate: quella naturale e quella artificiale – può ben spiegare quella diversità di disciplina che i giudici costituzionali ritengono, invece, antinomica.

La collocazione dell'embrione nel grembo materno, l'essere oggi *parte* ed, un giorno, *parto* delle sue viscere, questo legame di coesistenza nello stesso corpo che comporta reciproche reazioni ed alterazioni chimiche e fisiche, si presta quantomeno ad incidere sulla decisione che la madre dovesse eventualmente assumere sul prosieguo della gravidanza⁷⁶.

⁷⁴ Come sostiene STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, p. 15, che, conseguentemente, definisce la corrispondente tutela come una «tutela “a sbalzi” del concepito, consentendone» la legge n. 40/2004 «una difesa massima immediatamente *prima* dell'impianto la quale, però, crollerebbe miseramente appena un attimo *dopo* per poi, nuovamente, impennarsi dal terzo mese di gravidanza in avanti».

Similmente, CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, p. 71, ravvisa paradosso ed irrazionalità nel «tutelare in modo differente e intermittente la medesima posizione soggettiva – il concepito – garantendo in modo più forte lo stadio più remoto rispetto alla nascita (embrioni intoccabili *vs.* feti abortibili)» (*ivi*, p. 15).

⁷⁵ VITULIA IVONE, *op. cit.*, p. 148, nota che l'embrione, stante l'originario testo della l. n. 40, viene tutelato più del concepito e più del feto. «Ma poiché concepito, embrione e feto si riferiscono sempre alla medesima “persona”, cioè al medesimo soggetto che, una volta concepito e sviluppato nel feto, poi potrebbe venire alla luce, questa disciplina appare insensata, perché rispetto alla medesima “persona” propone tutele differenziate a seconda dell'età e dello stadio di sviluppo, oltre al fatto che crea uno status giuridico superiore per l'embrione e peggiore per il feto. Di qui il suo conflitto – anche – con la disciplina dell'aborto dettata con Legge 22 maggio 1978 n. 194» (*ibidem*).

⁷⁶ All'argomento del vincolo chimico e fisico che si stabilisce tra il feto e la gestante ricorre anche il Tribunale di Roma, nell'ordinanza dell'8 agosto 2014, per fondarvi il riconoscimento della maternità di una madre biologica (colei che conduce la gravidanza), rispetto alla pretesa della madre e del padre genetici del riconoscimento dello *status* di genitori e di “consegna” a loro dei nascituri gemelli. «La letteratura scientifica» – così il giudice Silvia Albano – «è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino». Il Tribunale attribuisce il convincimento anche al legislatore della riforma della filiazione, che «sembra [...] aderire a quella

Ella è *tutrice privilegiata* di questa creatura, prima e più fortemente del padre, del legislatore, delle Carte, delle Convenzioni, del giudice, della società, in quanto l'accoglie e la protegge – necessariamente, quand'anche non lo volesse – nel e con il proprio corpo.

Nulla di tutto ciò è riproducibile in sede di PMA, ove non ricorre né può ricorrere questo *vincolo di fisicità*.

Prima dell'impianto, manca la naturale protezione del corpo della madre: ecco, dunque, che il diritto *deve* offrire, quasi surrogatoriamente, la massima tutela al concepito; in qualche misura, anche nei confronti della madre stessa, rispetto alla quale l'embrione è ancora "entità" esterna, ben percepibile nella sua alterità (di diritti e d'interessi)⁷⁷.

Dopo l'impianto (costantemente, invece, nella gravidanza naturale) s'innalza il livello di protezione assicurato dalla madre al nascituro ed il grado della loro reciproca identificazione: il diritto, dunque, *può e deve* indietreggiare.

Ogni intervento sul nascituro che, in questa fase, la madre dovesse richiedere, sarebbe in primo luogo un intervento sul suo proprio corpo; ogni azione – lecita od illecita che sia – sulla vita e la salute dell'embrione sarebbe prima di tutto un'azione in grado d'incidere sulla sua vita e sulla sua salute.

È quantomeno probabile che questa condizione unica e non riproducibile *in vitro* dia luogo a decisioni *diverse*; è una possibilità che la Corte non può ignorare, scontando – come ha fatto –, con una certa *rapidità*, le similitudini.

Appaiono, piuttosto, *ragionevoli e necessitate* la tutela «“a sbalzi”»⁷⁸ e le variazioni dello statuto dell'embrione⁷⁹, determinate dalle discipline combinate delle leggi n. 194/1987 e n. 40/2004.

corrente di pensiero che ritiene che è nell'utero materno che la vita si forma e si sviluppa». Cfr., su questo argomento usato dal giudice romano (assieme, invero, ad altre motivazioni), SALVATORE PRISCO con MARINA MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, nel vol. *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, a cura di Salvatore Prisco, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, nota 47 a pp. 142, 143. Si tratta del noto caso di errore compiuto dall'Ospedale Pertini di Roma nello "scambiare" gli embrioni di due coppie al momento dell'impianto, realizzando, così – com'è stata definita –, una "doppia eterologa per errore".

⁷⁷ Ciò che manca, nella fase della procreazione che si svolge in provetta, è la relazione fisica tra donna ed embrione, proprio quella «stretta relazione, una vera e propria simbiosi che corre tra di loro nel corso della gestazione», che, invece, LORENZO CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni all'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2006, p. 4713, ritiene trascurata dal legislatore del 2004, a vantaggio del rafforzamento della soggettivazione dell'embrione.

⁷⁸ STEFANO AGOSTA, *op. cit.*, p. 15. Cfr., *retro*, nota n. 74.

⁷⁹ Cfr., *retro*, nota n. 75.

Ad ogni modo, la decisione d'interrompere la gravidanza, a seguito dell'impianto, consiste in una deliberazione procreativa successiva alla fase di PMA in laboratorio, ancora da venire, da svolgersi in altro contesto, in altre condizioni psico-fisiche, in altre circostanze, di cui nessuno – nemmeno i principali protagonisti (i componenti la coppia) – conoscono fin dal principio l'andamento e l'esito, potendo avanzare, al più, supposizioni.

Così «la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali»⁸⁰, sulla quale la Corte sostanzialmente basa la sua decisione, rimane una mera supposizione, una possibilità destinata a realizzarsi oppure no.

Similmente, quando la Corte lamenta, nel prosieguo della motivazione, «che il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di *assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute*⁸¹»⁸², essa tratta come certa una decisione che appartiene al futuro ed all'ipotetico.

È una decisione che dipenderà, invero – se e quando se ne realizzeranno i presupposti –, dalle valutazioni e dai comportamenti di una pluralità di soggetti: della madre, *in primis*, ma anche – in diverse misure ed in diversi modi – del padre, della coppia nella sua unità, dei sanitari, dei consultori, delle strutture socio-sanitarie, delle associazioni di volontariato e di ciascuno dei soggetti il cui intervento è previsto nella procedura d'IVG, così come regolata dalla legge.

Osservazioni analoghe si ripropongono rispetto all'affermazione della Corte che il mancato accesso alla PMA delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche arreca un *vulnus* al diritto alla salute della donna senza che «possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale *sarebbe comunque esposto all'aborto*⁸³»⁸⁴.

La decisione dei genitori d'interrompere la gravidanza (dunque, secondo la Corte, di “non tutelare il nascituro”), una volta avvenuto l'impianto dell'embrione geneticamente alterato, è tutta da assumere e nient'affatto scontata; in ogni caso, va presa in condizioni e circostanze ben diverse da quelle di laboratorio.

⁸⁰ Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ Corsivo nostro.

⁸² Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Corsivo nostro.

⁸⁴ Sent. Corte cost. n. 96/2015, punto 9 del *Considerato in diritto*.

Passando dal piano delle decisioni a quello dei controlli, non può non osservarsi che mancherebbe, ad ogni modo, la verifica della gravità del pericolo; precisamente, di quel «grave pericolo»⁸⁵ per la salute fisica o psichica della donna determinato da accertati processi patologici relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che la legge sull'IVG necessariamente richiede⁸⁶.

Per conseguire questa prova, in molti casi, «occorrerebbe valorizzare, per giustificare l'esistenza di un pericolo grave, la possibile insorgenza di uno stato di ansia della donna per la eventualità di trasmettere la malattia genetica al figlio, nel momento, successivo, in cui inizia la gravidanza e scopre che la triste eventualità si è verificata»⁸⁷.

Il che, in considerazione dell'elevato *tasso di ipoteticità* della situazione descritta, equivarrebbe, molto probabilmente, a non raggiungere la richiesta prova, salvo ricorrere ad una presunzione o, di fatto, ad una finzione.

«Il danno alla salute (psichica) della donna in questione in questo caso è infatti ipotetico e futuro»⁸⁸: per accertarlo, più che un medico, sarebbe necessario un veggente!

Le difficoltà sul piano dell'accertamento sono indice della torsione che si è impressa alle condizioni *ex l. n. 194/1978* nell'applicarle al caso della PMA/DGP. Ne è conseguita, infatti, «la radicale soggettivizzazione della nozione di salute che ha assunto centralità nella prassi applicativa della legge n. 40 del 2004 e che finisce per consistere nell'idea che sia lesione della salute dell'interessato (in questo caso dell'interessata), ciò che esso stesso ritiene essere tale, e non una condizione, anche psichica, accertabile oggettivamente da terzi»⁸⁹.

⁸⁵ *Ex art. 6 della l. n. 194/1978.*

⁸⁶ CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, p. 76, argomentando dagli artt. 4 e 6 della l. n. 194/1978, nonché dalle sentt. Corte cost. nn. 27/1975 e 35/1997, ribadisce che l'IVG è consentita «esclusivamente ai fini di tutelare la vita e la salute fisica o psichica della donna che il feto reca in grembo. Sicché l'eventuale interruzione di gravidanza di un feto portatore di malattia deve trovare *sempre* la sua giustificazione in questo accertato riflesso patologico sulla salute della madre».

⁸⁷ IRENE PELLIZZONE, *op. cit.*, p. 8. Analoghe considerazioni le svolge MARTA GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, 28 giugno 2015, in *www.forumco-stituzionale.it*, pp. 3, 4, consapevole che «quello che si prospetta per il legislatore non è un compito facile ed il richiamo al parametro della "gravità" di cui alla legge 194 del 1978 presuppone che per ricorrere alla diagnosi preimpianto non sia sufficiente una seria malformazione del feto bensì la dimostrazione che tale anomalia sia idonea a provocare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, facendo pertanto riferimento a limiti e parametri del tutto soggettivi».

⁸⁸ È quanto afferma MARCO OLIVETTI, *op. cit.*, ragionando sui motivi d'incostituzionalità della legge n. 40/2004 indicati dal giudice cagliaritano.

⁸⁹ Come continua MARCO OLIVETTI, *ivi*.

Questa lettura alquanto “personalizzata” del bene salute connessa alla l. n. 40/2004 fa il paio, d’altro canto, con l’inefficacia dei sistemi di verifica dei presupposti richiesti dalla l. n. 194/1978 per la richiesta d’aborto⁹⁰.

La similitudine mostrata, in questo, dalle due norme è solo apparente e, comunque, basata su di una distorsione nel momento applicativo di una delle due⁹¹.

Esse rimangono diverse, come detto, sul piano delle *valutazioni* e su quello delle *verifiche*.

E diverse sono anche sul piano delle *procedure* ivi contemplate.

La legge n. 194/1978 contempla una procedura finalizzata a supportare la madre nella sua decisione⁹².

È prevista ed è imprescindibile, infatti, la partecipazione al procedimento di un consultorio pubblico o di una struttura socio-sanitaria o di un medico di fiducia della gestante, col compito di cercare, con questa ed, eventualmente, col padre del concepito, le soluzioni ai problemi che inducono all’aborto⁹³.

Tale procedimento non sarebbe riproducibile nelle vicende di PMA e, difatti, non è stato contemplato nella l. n. 40/2004: non lo è stato, evidentemente, nella sua originaria scrittura ad opera del legislatore⁹⁴, ma neppure

⁹⁰ Di pari avviso è MARCO OLIVETTI, *ivi*. Sul punto dell’ineffettività dei sistemi di verifica della legge sull’IVG sia consentito rinviare a ROSANNA FATTIBENE, MARIA PIA IADICICCO, *Il diritto alla vita del concepito e l'interruzione volontaria della gravidanza nella giurisprudenza costituzionale*, nel vol. *La nascita. I mille volti di un'idea*, a cura di Raffaele Prodomo, Giappichelli, Torino, 2006, p. 232 ss.

⁹¹ Cfr. MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

⁹² Oltre che verificare la sussistenza delle condizioni alle quali ella può richiedere l’interruzione della gravidanza.

⁹³ L’art. 5 della l. n. 194/1978 prevede: «Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall’incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell’esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l’interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie».

⁹⁴ La cui *intentio*, tradotta nella finalità della legge, era la soluzione dei problemi di sterilità/infertilità e non la selezione degli embrioni sani a fini riproduttivi.

nella sua successiva *risrittura* ad opera della Consulta. In particolare, non è stato richiamato da questa nella sentenza nella quale la l. n. 194/1978⁹⁵ funge da *tertium comparationis*⁹⁶. Ciò a conferma dell'approssimazione di questa *comparatio*.

Le descritte differenze discendono, invero, dalla diversità ontologica tra le due norme e, prim'ancora, tra le situazioni che esse regolano.

Il bilanciamento ben riuscito che il legislatore dell'IVG ha compiuto, è tra i diritti di "due persone", l'una che già lo è, l'altra che lo deve ancora diventare⁹⁷, ma che è già inequivocabilmente ed univocamente "il figlio" della gestante.

Nel caso della PMA, invece, più che di una relazione antinamica tra due diritti, trattasi dell'esercizio di un potere di scelta, intestato alla donna, tra chi possa proseguire un *cammino di vita e chi non*⁹⁸, tra una pluralità di embrioni, nessuno già individuato come "suo figlio" ma tutti potenzialmente tali.

Le perplessità riguardano, invero, anche l'*ampiezza dell'accesso* alla DGP, ora che è trasmutata la stessa finalità della legge.

Dall'ormai lontano 2004, infatti, è «cambiato radicalmente il suo *mood*», da ricerca di una soluzione per la sterilità/infertilità a «strumento della realizzazione di una libertà fondamentale, del diritto di procreare, di "divenire genitori e di formare una famiglia che abbia dei figli" (così la sent. 162/2014)»⁹⁹.

Se, dunque, la pratica medica della PMA è oramai del tutto disgiunta dall'originaria finalità, per servire, invece, il diritto di avere figli, non si ravvisa alcuna ragione d'impedirne l'accesso anche a coppie fertili che lamentino fattori di rischio procreativo diversi dall'ereditarietà di malattie genetiche¹⁰⁰.

⁹⁵ Richiamata, in particolare – come si è detto, *passim* –, nel suo art. 6, co. 1, lett. b).

⁹⁶ V., sul punto, GIORGIO REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute (a prima lettura della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale)*, in *www.diritticomparati.it*, e ANDREA PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁷ Si riprendono, ancora una volta, le espressioni adoperate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 27/1975 sull'IVG, rispettivamente riferite alla madre ed al figlio.

⁹⁸ Sostanzialmente uno «*ius vitae ac necis*, che [...] non ha basi nel nostro ordinamento, nel quale la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza non dà luogo ad un diritto soggettivo ad abortire – come accade in altri ordinamenti, come quelli di alcuni Paesi scandinavi e degli Stati Uniti, sia pure limitatamente alle prime fasi della gravidanza – ma unicamente alla facoltà della donna di interrompere la gravidanza qualora questa determini un grave pericolo per la propria vita, per la propria salute fisica o per la propria salute psichica»: MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

⁹⁹ ANTONIO D'ALOIA, "L'(EX) 40", 28 luglio 2015, in *www.personaedanno.it*.

¹⁰⁰ «Come, ad esempio, l'età avanzata della donna o l'assunzione di farmaci che aumentano le probabilità di procreare un figlio affetto da importanti malformazioni o anomalie aventi gravi ripercussioni sulla salute fisica o psichica della madre», come osserva MARIA PIA IADICICCO, *La diagnosi*, cit., p. 342.

Né si comprende perché la selezione possa avvenire a favore dell'“embrione sano”¹⁰¹, a discapito di quello malato e non, invece, a favore dell'embrione privo di predisposizioni negative¹⁰², a discapito di quello che non lo sia o finanche a favore dell'“embrione con un determinato colore di occhi”¹⁰³, a discapito di quello con un colore diverso.

È forse l'embrione malato più indegno di vita (*id est* da non impiantare nell'utero materno) dell'“embrione con gli occhi di un dato colore” (che, invece, la madre non può rifiutarsi d'impiantare adducendo la *spiacevolezza* del colore a ragione del suo rifiuto)? Vi è davvero differenza tra questi embrioni, per l'ordinamento, sì da legittimare la *distruzione*¹⁰⁴ di alcuni di essi e non di altri?

È vero che la legittimità del rifiuto viene basata, non sulle caratteristiche dell'embrione, bensì sulla salute della madre.

Ma questa ben potrebbe essere messa a repentaglio dalla prospettiva di un figlio obeso o alcolista. Anche queste eventualità potrebbero ingenerare – forse, a giusta ragione – uno sì forte stato d'ansia nella genitrice da concretare il «grave pericolo» di cui alla l. n. 194/1978.

La «radicale soggettivizzazione del diritto alla salute»¹⁰⁵ comprende anche questa possibilità.

È ben sottile il discrimine tra aborto terapeutico ed eugenetico, *id est* tra

¹⁰¹ Sta per embrione con mappa genetica priva di anomalie.

¹⁰² Come la predisposizione genetica alla depressione o alla dipendenza da alcool oppure all'ansia, alla paura, all'ipertensione, all'obesità, ecc., sulle quali sono in corso studi oramai avanzati: v., a titolo informativo, DANILO DI DIODORO, *La depressione è ereditaria? L'importanza della genetica in questa patologia*, 6 luglio 2015, in *www.corriere.it*, ed i seguenti articoli redazionali, tutti in *www.lescienze.it*: *Un gene per la predisposizione all'alcolismo*, 20 ottobre 2010, *La predisposizione genetica all'ansia*, 4 marzo 2008, *È genetica la predisposizione alla paura?*, 27 settembre 2001, *Una predisposizione genetica all'ipertensione*, 30 dicembre 2008, *Un nuovo gene associato all'obesità*, 3 settembre 2007.

¹⁰³ Sta ad indicare, simbolicamente, l'embrione dai caratteri genetici corrispondenti ad alcune caratteristiche somatiche anziché ad altre.

In altre parti del mondo, d'altro canto, la selezione degli embrioni già si spinge lecitamente fino a questo punto. V., a titolo informativo, LEONE GROTTI, *L'eugenetica è già disponibile negli Stati Uniti. Selezionare i «gameti perfetti» costa solo 1.500 euro*, 22 aprile 2014, in *www.tempi.it*.

¹⁰⁴ Consci del divieto di soppressione degli embrioni ancora previsto dalla l. n. 40/2004 (all'art. 14, co. 1), si ribadisce di usare il termine “distruzione” in relazione alla brevità del tempo di conservazione dell'embrione consentita dalla tecnica di crioconservazione (esso si attesta, generalmente, sui cinque anni).

È recente la notizia di una fecondazione eterologa effettuata – con successo – con un ovocita congelato da dieci anni. V. *Fecondazione eterologa, a Bologna gravidanza da ovocita congelato 10 anni fa*, 21 gennaio 2016, in *www.adnkronos.com*, e *Gravidanza da ovulo congelato da 10 anni*, 21 gennaio 2016, in *www.ansa.it*, in cui si riferisce, tra l'altro, di fecondazioni omologhe già avvenute, in passato, con ovociti provenienti da un altrettanto lungo congelamento.

¹⁰⁵ Ricorriamo, ancora una volta, all'efficace formula di MARCO OLIVETTI, *op. cit.*

lecito ed illecito: è facile ed insidioso scivolare lungo il *piano inclinato*, verso un laboratorio genetico ove non vi sia spazio per un “dovere del caso”¹⁰⁶, a protezione di una *chance* di vita – quale che sia – dell’essere umano *in fieri*.

L’approdo ad un’eugenetica terapeutica¹⁰⁷ o anche a valide alternative all’attuale DGP *selettiva*, che in (un) futuro (prossimo) potranno essere acquisite alla scienza¹⁰⁸, riuscirà, forse, a sollevarci dai tanti dubbi etici¹⁰⁹ e dalle correlate incertezze giuridiche.

Nell’attesa, è auspicabile un significativo potenziamento di profilassi e cura della sterilità e dell’infertilità; similmente, un rafforzamento della prevenzione e del sollievo alla sofferenza della coppia sterile; ultima ma non ultima, un’opera di diffusione della cultura dell’adozione e di simili istituti di filiazione e di solidarietà.

Sulla gestione dei protocolli di PMA, invece, non può che auspicarsi – consequenzialmente a quanto osservato in precedenza – che il bilanciamento operato dal legislatore nella l. n. 194/1978 si trasfonda, con gli opportuni adattamenti, in una riscritta disciplina (ad opera, questa volta, del legittimo titolare dell’attività normativa).

¹⁰⁶ Corrispondentemente a quel “diritto al caso” spesso invocato in relazione alla conoscenza del proprio patrimonio genetico, sul quale v. MATTEO GALLETTI, *Diritto al caso. Ignoranza, contingenza e scelte genetiche*, in *Notizie di Politeia*, n. 108, 2012, p. 9 ss., e LORENZO CHIEFFI, *Analisi*, cit., part. pp. 10-15.

¹⁰⁷ Che anticipa il momento della cura alla fase precedente all’impianto dell’embrione, evitando, così, di dover procedere ad un’operazione di selezione che ne determinerebbe l’esclusione. Cfr. ANTONIO FANTONI, voce *Terapia genica*, in *Treccani, la cultura italiana*, www.treccani.it.

¹⁰⁸ Come, ad es., l’analisi genetica dell’ovocita. Cfr., a riguardo, FRANCESCO FIORENTINO, *Un importantissimo traguardo in tema di procreazione assistita: prima gravidanza di una coppia italiana dopo l’applicazione clinica della Diagnosi Genetica Pre-Concepimento (PGCD) sull’ovocita, l’alternativa etica alla diagnosi preimpianto sull’embrione*, in www.diagnosipreimpianto.it, ed anche il Comunicato stampa, *Nasce la diagnosi pre-impianto senza embrione*, in www.laboratorioigenoma.eu.

¹⁰⁹ Come non manca di notare JÜRGEN HABERMAS, *op. cit.*, p. 70, riguardo all’eugenetica terapeutica.

«La possibilità di intervenire sulla condizione embrionale della persona umana per correggerne difetti genetici (terapia genica), e quindi per ripristinare delle condizioni di normalità, oppure quella di modificare alcuni geni nella convinzione di poter migliorare la connotazione biologica del proprio figlio, sono [...] alcuni degli orizzonti prospettati dalla nuova genetica.

La questione della terapia genica sarebbe in sé, astrattamente parlando, priva di controindicazioni etiche...»: così ADRIANO PESSINA, *Bioetica. L’uomo sperimentale*, Bruno Mondadori, Milano, 1999, p. 109, il quale non manca, però, di avvertire che anche gli interventi correttivi su cellule germinali «potrebbero danneggiare le generazioni future», quand’anche praticati sul singolo embrione. Sui dubbi etici e giuridici che anche la terapia genica, invero, comporta, quando trattasi di terapia genica impiegata nella linea germinale, v. anche CARLO CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, n. 4, 2004, pp. 846-849. Potrebbe costituire una prima applicazione di eugenetica terapeutica la fecondazione *in vitro* con tre genitori. Cfr., in proposito, NICOL DEGLI INNOCENTI, *Gran Bretagna, via libera a embrioni con tre genitori biologici*, 3 febbraio 2015, in www.ilsole24ore.com, e REDAZIONE SALUTE ONLINE, *Gran Bretagna, via libera a embrioni con tre genitori biologici*, 3 febbraio 2015, in www.corriere.it.

Più che un protocollo dovrebbe prevedersi, dunque, un procedimento (un articolato procedimento è, difatti, quello delineato dalla l. n. 194/1978), inclusivo non solo degli accertamenti e delle informazioni medico-sanitarie, invero già contemplate nell'attuale disciplina, ma anche di ogni altro tipo di supporto esplicativo, nonché giuridico, etico e psicologico, atto a coadiuvare la coppia nelle scelte delicate e complesse che è chiamata a compiere.

Dalla pluralità di voci di tale *concerto* potrebbe, forse, acquisire *fiato* anche quella «dell'embrione che persona deve ancora diventare»¹¹⁰.

Il sistema delle sanzioni, infine (già *inevitabilmente* previsto nell'attuale testo della legge n. 40/2004), anch'esso adattato, potrebbe contribuire all'osservanza ed all'effettività della procedura, a somiglianza – anche in questo – delle previsioni della legge sull'IVG¹¹¹.

È chiaro, infatti, che le similitudini non si possono invocare soltanto per l'esercizio delle libertà, ma, corrispondentemente, vanno applicate anche all'adempimento di obblighi e doveri.

5. Terzo argomento: la diagnosi genetica preimpianto quale conseguenza dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle sentenze di condanna della Corte EDU

Vero è che il giudice comune deve verificare la praticabilità di un'interpretazione della norma interna in senso conforme alle norme della CEDU, nell'ipotesi che gli si palesi un'antinomia¹¹².

Vero anche che la novella del primo comma dell'art. 117 Cost., come letta dalla Consulta, impone al giudice (ordinario e costituzionale stesso)¹¹³

¹¹⁰ Ancora dal *Considerando in diritto* della sent. Corte cost. n. 27/1975 sull'IVG.

Sia consentito rinviare a ROSANNA FATTIBENE, MARIA PIA IADICICCO, *op. cit.*, pp. 239-244, per riflessioni sull'opportunità della partecipazione di associazioni *pro vita* agli incontri con la madre o con la coppia, in consultorio, nell'ambito del protocollo di IVG.

¹¹¹ Cfr. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008^{xv}, pp. 98-117, e ENRICO MARIA AMBROSETTI, *Sezione III - Profili penali dell'interruzione di gravidanza*, nel vol. *Diritto penale della famiglia*, a cura di Silvio Riondato, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, IV, Giuffrè, Milano, 2011^h, pp. 873-904.

¹¹² In materia, v. ANTONIO RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *federalismi.it*, n. 10, 2015, www.federalismi.it, p. 2 ss., ROBERTO BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, www.rivistaaic.it, pp. 7-11, e PIERO GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, 9 luglio 2012, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 7-13.

¹¹³ La sent. Corte cost. n. 317/2009, al punto 7 del *Considerato in diritto*, afferma: «questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte

di riconoscere una collocazione più significativa delle norme convenzionali rispetto a quelle internazionali nel rapporto con l'ordinamento interno¹¹⁴.

Francamente, però, il giudice di merito è andato ben oltre, nelle vicende di fecondazione assistita con diagnosi genetica.

Il caso *Costa e Pavan c. Italia* è noto¹¹⁵ e non è di esso che qui si vuole trattare, quanto, piuttosto, del suo seguito in diritto interno, in particolare *attraverso* l'ordinanza del Tribunale di Roma del 23 settembre 2013¹¹⁶.

A voler intendere «l'art. 46 della Convenzione¹¹⁷ diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, giudici compresi, consegue necessariamente che il giudice comune sia chiamato a dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità». Questo, almeno – prosegue il giudice, nella pronuncia del 2013 –, «ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione»¹¹⁸.

di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009)....».

¹¹⁴ Il testo dell'art. 117, co. 1, Cost., si *biforca* nel riferimento al sistema Ue ed a quello convenzionale, nel diverso sostantivo usato nel comporre le relative formule: rispettivamente, «*obblighi* comunitari» e «*vincoli* internazionali» (corsivi nostri). È dato ritenere che, attraverso questa diversificazione linguistica, il legislatore costituzionale del 2001 abbia voluto indicare la possibilità e l'opportunità di differenziare, corrispondentemente, i moduli relazionali da adottarsi in attuazione di questa disposizione costituzionale.

¹¹⁵ ELENA FALLETTI, *op. cit.*, pp. 241, 242, lo ricostruisce brevemente.

¹¹⁶ Pronunciata dal giudice Donatella Galterio, in accoglimento del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, formulato dai coniugi Rosetta Costa e Walter Pavan, già destinatari della sentenza della Corte EDU del 28 agosto 2012, che ne accoglieva il ricorso, «ritenendo la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 8 CEDU denunciandone l'incoerenza del sistema normativo che da una parte vieta l'impianto di embrioni non affetti dalla malattia e dall'altro consente alla donna di interrompere la gravidanza in corso allorché venga accertato che il feto è affetto dalla medesima patologia e ritenendo pertanto la sproporzione dell'ingerenza del diritto nazionale rispetto alla vita privata dei ricorrenti» (dal *Premesso in fatto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013).

L'ulteriore ricorso al giudice interno della coppia Costa-Pavan era stato necessitato dal diniego opposto alla richiesta di accedere al trattamento di procreazione assistita con diagnosi genetica pre-impianto, successiva alla sentenza della Corte europea. Il rifiuto del Dirigente responsabile del Centro al quale i coniugi si erano rivolti era stato motivato col fatto che, «non risultando affetta da sterilità», alla coppia «non è consentito accedere al suddetto trattamento secondo la l. 40/2004» (dal *Premesso in fatto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013).

¹¹⁷ Che, rubricato come «Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», al primo comma sancisce che «Le Alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti».

¹¹⁸ Nel *Rileva in diritto* dell'ord. Tr. Roma, 23 settembre 2013. Questa continua precisando che «la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi

Il Tribunale capitolino sembra ignorare la diversa copertura costituzionale di cui godono il diritto dell'Unione europea ed il diritto internazionale pattizio nei rapporti con l'ordinamento interno.

L'art. 11 Cost., in una con l'art. 117, co. 1, Cost., così come interpretato dalla Corte costituzionale (con le sentt. nn. 348 e 349 del 2007), consente di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante con la norma di diritto Ue ed all'applicazione di quest'ultima, ove sia autoapplicativa. Ove, invece, non lo sia, sarà necessaria una dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna con essa contrastante, da cui l'obbligo, per il legislatore nazionale, di elaborare una disciplina coerente.

È la diversa «struttura nomologica»¹¹⁹ della norma Ue a necessitare e giustificare questo regime differenziato: l'intervento della Corte costituzionale non dipende, dunque, da un *minus* di copertura costituzionale.

La limitazione di sovranità richiamata dall'art. 11 Cost. garantisce, anzi, la più piena ed immediata applicazione possibile al diritto Ue, fatti salvi i

supremi dell'ordinamento costituzionale». Il Tribunale, a supporto del suo convincimento sul seguito da dare alle sentenze della Corte EDU nell'ordinamento nazionale, richiama la sent. Corte cost. n. 210/2013, che ha inaugurato il suddescritto sistema.

Il giudice romano sposa, dunque, una sorta di «doppio regime», che – come notato, all'indomani dell'ordinanza, da ANTONIO RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *Consulta OnLine*, 2013, www.giurcost.org, p. 3 – «richiama subito alla mente il parimenti doppio regime, come si sa, valevole per i casi di antinomia tra leggi e diritto dell'Unione». L'A. critica questa posizione del Tribunale romano, ritenendo che il giudice comune non debba «in alcun caso rivolgersi al giudice delle leggi, sia che la norma convenzionale cui è chiamato a dare esecuzione gli appaia autoapplicativa e sia pure che tale non sia, nel qual ultimo caso dovendosi comportare così come è solito fare in presenza di pronunzie della Corte costituzionale additive di principio». Ruggeri fa salvo solo il caso in cui il giudice sospetti che la norma convenzionale violi la nostra Carta costituzionale. In tale ipotesi, sarebbe tenuto a «sollevare una questione di costituzionalità della norma convenzionale, per il tramite della legge che vi dà esecuzione» (*ivi*, p. 4).

Sulla possibilità, anzi l'obbligo, per il giudice comune, di dare esecuzione direttamente ad una sentenza della Corte EDU, anche disapplicando la legge italiana, ove le sue disposizioni si oppongano all'attuazione della Convenzione, v. ELISABETTA LAMARQUE, FRANCESCO VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, 31 maggio 2014, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1 ss. Gli AA. osservano che la disapplicazione *de qua* dovrebbe costituire un'ipotesi marginale, riguardando i pochi casi in cui un ricorrente vittorioso in sede europea «per qualche "strano" motivo abbia ancora un giudice nazionale a cui rivolgersi – cosa che non dovrebbe accadere spesso, dato che il ricorso a Strasburgo presuppone l'esaurimento delle vie giurisdizionali interne –» (*ivi*, p. 19). Ad ogni modo – continuano gli AA. –, si è delineato, così, un sistema di «doppio regime giurisdizionale» che essi considerano «uno slittamento rispetto al modello delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, dove l'accentramento delle questioni di convenzionalità presso la Corte costituzionale non sembrava passibile di alcuna, neppure limitatissima, eccezione» (*ivi*, p. 20).

¹¹⁹ ANTONIO RUGGERI, *Spunti, op. cit.*, p. 3, utilizza questa formula ad indicare il fatto che le norme Ue possono essere *self-executing* oppure no.

controlimiti¹²⁰. In buona sostanza, il diritto dell'Unione esercita la sua primazia anche sulle norme costituzionali, ad esclusione di quelle in cui sono iscritti principi fondamentali.

Il combinato art. 10 Cost. ed art. 117, co. 1 Cost., letto alla luce delle surrichiamate sentenze del 2007, consente, invece, *unicamente* il ricorso alla Consulta, affinché dichiari l'incostituzionalità della legge nazionale in contrasto con la norma costituzionale per la violazione del parametro interposto/norma di diritto pattizio (letta, a sua volta, dal suo giudice naturale: la Corte EDU, quando si tratti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

La copertura costituzionale inferiore a quella assicurata al diritto Ue consente alla Corte costituzionale di esercitare un più ampio sindacato. In questo caso, infatti, il ricorso alla Consulta non rappresenta un espediente tecnico dovuto alla struttura della norma; risponde, piuttosto, all'esigenza di un vaglio effettivo di legittimità costituzionale, dall'esito non scontato, che può risultare anche complesso e, comunque, sempre opportuno.

Opportuno soprattutto al fine d'impedire che una previsione incoerente con il sistema assiologico delineato dalla Costituzione repubblicana possa accedere al nostro ordinamento per il *varco* aperto dall'art. 117, così come novellato dal legislatore costituzionale del 2001.

Ci sembra che quest'intento trapeli dalle sentenze cd. gemelle.

Esse costituiscono senz'altro un viatico all'applicazione del diritto convenzionale e, più in generale, ad una circolazione sempre più fluida di regole e valori riconoscibili in dimensione europea.

La Corte, però, pur sempre *custode*, ha effettuato quest'apertura con prudenza, tenendo per sé le *briglie del calesse*¹²¹.

¹²⁰ Ove la Consulta ne riscontrasse, non potrebbe addivenire ad una declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma interna sottoposta al suo vaglio.

¹²¹ Sebbene la sent. Corte cost. n. 96/2015 richiami la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, dal tono stesso del richiamo si evince chiaramente come la Consulta abbia voluto considerare e risolvere «la denunciata carenza di previsioni della legge 40 esclusivamente (almeno dal punto di vista formale) come problema di diritto interno (la censura relativa all'art. 117 Cost. risulta infatti infine assorbita)»: ELENA MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata"*, 12 giugno 2015, in *Consulta OnLine*, n. 2, 2015, www.giurcost.org, p. 535. La pronuncia della Corte EDU – precisa l'A. –, nella sent. n. 96/2015, è richiamata «quasi *incidenter tantum*».

Questo riferimento, inoltre, è finalizzato solo a ricordare che la Corte di Strasburgo, «nell'omologo caso *Costa e Pavan c. Italia*, "ha denunciato l'incoerenza del sistema legislativo italiano che [...] non consente alle coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili di accedere alla «P.M.A.»» (punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 96/2015). La Consulta cita ancora la sentenza della Corte EDU, ma per supportare *appena* la denuncia d'irragionevolezza che rivolge al divieto di accesso alla PMA con diagnosi preimpianto sottoposto al suo scrutinio: «con

D'altro canto, la stessa norma convenzionale (e, similmente, la norma Ue) è soggetta allo scrutinio della Corte costituzionale¹²². La norma interposta integra, in quanto tale, il parametro costituzionale, non lo nega né lo sostiene: va accertato, pertanto, ad opera del Giudice delle leggi, che anch'essa sia conforme a Costituzione¹²³. In caso di riscontro negativo, la «Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»¹²⁴.

Cosicché, anche la fecondazione eterologa, tra Costituzione italiana e Convenzione europea, è tenuta *al passo* dalla Consulta – ad insistere nella metafora –, rispetto ad un'eccessiva rapidità e convulsività dell'avanzare della scienza e del diritto stesso quando tenti di adeguarvisi (troppo) repentinamente.

La Consulta, ad esempio, non ha fatto proprio l'argomento del *diritto al figlio sano* che la Corte EDU aveva assunto a fondamento della sua decisione sul caso *Costa e Pavan c. Italia*¹²⁵, del quale alcun fondamento costituzionale

palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan contro Italia*), il nostro ordinamento...» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

¹²² Contestualmente alla norma di diritto interno che si presume la violi.

¹²³ Sull'analisi di conformità delle norme CEDU a Costituzione, v. CLAUDIO ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Consulta OnLine*, 2007, www.giurcost.org, par. 5.

¹²⁴ Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 4.7 del *Considerato in diritto*.

¹²⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 28 agosto 2012, causa *Costa e Pavan c. Italia*.

Il riconoscimento del diritto al figlio sano, da parte della Corte EDU, in questa sentenza, non è, in verità, del tutto pacifico.

Alcuni, effettivamente, ascrivono alla Corte EDU l'enucleazione di questo nuovo diritto. In questo senso, BARBARA RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei "desideri" (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013)*, 14 maggio 2013, in www.forumcostituzionale.it, p. 3, pur considerando che «nel caso in esame il riconoscimento del diritto dei genitori a concepire un figlio sano sembra avere il mero scopo di consentire alla Corte di Strasburgo l'esame del ricorso, il cui merito non verte tanto sulla violazione dei diritti convenzionali invocati, quanto piuttosto su una incoerenza del sistema legislativo che si risolve in un vizio di irragionevolezza della legge, suscettibile di essere fatto valere in un giudizio di costituzionalità».

Altri, invece, la negano, come SIMONE PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, 8 luglio 2015, in www.forumcostituzionale.it, p. 2. L'A. ritiene che la «Corte costituzionale, peraltro in continuità con l'approccio della Corte EDU nel caso *Costa e Pavan c. Italia*», con la sent. n. 96/2015, abbia inteso, piuttosto, riconoscere alle coppie la tutela dell'art. 32 Cost., allorché perseguono «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici».

In effetti, la lettura della sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, sul punto, è alquanto ambigua.

In alcuni passi, essa sembra negare il configurarsi del diritto *de quo*. ANTONIO IANNUZZI, VALENTINA ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un*

ci è dato, invero, riscontrare nel nostro ordinamento.

Giunge, piuttosto, alla stessa conclusione dei giudici di Strasburgo (accesso alla PMA con DGP anche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche ereditarie), argomentando intorno al *diritto alla salute della madre* (oltre che denunciando l'irragionevolezza del legislatore).

Non si tratta di scrutinio di costituzionalità della Corte sulla norma convenzionale violata dal diritto interno, ma è caso significativo di come la Consulta sappia e possa salvaguardare autonomia ed identità valoriale nazionale pur sostenendo il progresso scientifico.

Registriamo, infine, che altri giudici – aditi successivamente al Tribunale di Roma –¹²⁶, correttamente, hanno ritenuto di sottoporre alla Corte costituzionale la questione di legittimità del divieto di accesso alla PMA ed alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche¹²⁷.

Essi fanno sperare in una *normalizzazione* delle relazioni giudiziario-interordinamentali.

figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2014, www.costituzionalismo.it, p. 20, osservano che, «avvedutamente», la Corte di Strasburgo «non ricorre mai al lemma diritto», riguardo al figlio sano, «quanto piuttosto al “più mite” termine desiderio». Va ascritta alla Corte EDU, inoltre, l'osservazione che quello fatto valere dalla parti, pur indicato quale diritto ad avere un figlio sano, «*altro non è* se non la possibilità di accedere alle tecniche della procreazione assistita e poi alla diagnosi preimpianto per poter mettere al mondo un figlio non affetto da mucoviscidosi, malattia genetica di cui [i ricorrenti] sono portatori sani» (corsivo nostro; punto 53 de *In diritto*). La formula adottata («*altro non è*») sembra smentire il configurarsi di un *nuovo* diritto.

Eppure, anche quando nega il diritto ad un figlio sano, la Corte europea sembra, in realtà, ammetterlo. Lo nega, infatti, solo in parte, il che significa contemplarlo per la parte restante. «Nel caso di specie, la diagnosi preimpianto non è tale da escludere altri fattori suscettibili di compromettere la salute del nascituro, quali, ad esempio, l'esistenza di altre patologie genetiche o di complicanze derivanti dalla gravidanza o dal parto. Il test in questione è infatti mirato alla diagnosi di una “specifica malattia genetica di particolare gravità [...] e incurabile al momento della diagnosi”»: è quanto precisa la Corte EDU, al punto 54 de *In diritto*. Ebbene, accettare il rischio di un figlio non sano *solo* relativamente a patologie o complicanze eventuali, indeterminate ed indeterminabili, significa comunque, per lo più, non accettarlo (non accettarlo, cioè, per le patologie determinate, che la DGP è in grado di accertare).

¹²⁶ Su questi più recenti risvolti, v. CARLA TRIPODINA, *op. cit.*, pp. 78, 79, e ANTONIO IANNUZZI, VALENTINA ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 16 ss.

¹²⁷ Il parametro di costituzionalità è stato ravvisato, dai giudici *a quibus*, negli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost., nonché nell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

Tabù, astinenza, digiuno: commensalità in assenza di cibo

MARIA CHIARA GIORDA

1. *Premessa: Il cibo come cultura (religiosa)*

L'atto di cibarsi in quanto cultura si colloca sempre tra tradizione e innovazione, come una sorta di interfaccia tra le due prospettive: tradizione in quanto costituita dai saperi, dalle tecniche, dai valori che sono tramandati attraverso le generazioni. È innovazione in quanto quei saperi, quelle tecniche e quei valori modificano la posizione delle donne e degli uomini nel contesto ambientale, rendendolo capace di sperimentare nuove realtà. La cucina è un simbolo della cultura umana e il cibo si configura come elemento decisivo nella costruzione di identità culturali (e religiose) e come uno dei più efficaci strumenti per comunicarle. Come spiega Marino Niola: «mangiare, l'atto apparentemente più naturale ed elementare, è in realtà estremamente complesso, "condito" com'è da quelle funzioni e quei significati che ogni cultura connette all'atto "naturale" dell'alimentarsi. Dire che l'uomo mangia per vivere dice poco o nulla sulle maniere estremamente varie in cui le diverse culture umane interpretano la funzione alimentare. Questa può essere considerata la base fisiologica di un'infinità di linguaggi che sono le cucine e le gastronomie, diverse tra loro quanto lo sono le società»¹.

Il cibo e le pratiche alimentari, incarnando valori spirituali e morali rappresentano – nello specifico qui di interesse – le culture religiose; in tutte le religioni vi è la convinzione che le nostre pratiche alimentari non sono atte meramente a soddisfare dei bisogni corporali, guidate totalmente dagli istinti. In tutte le tradizioni religiose i cibi assumono valori simbolici, morali e sociali, capaci di funzionare da contenitori di significati e da veicoli di un senso di appartenenza².

¹ MARINO NIOLA, *Si fa presto a dire cotto*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 9.

² LEON RAPPOPORT, *Come mangiamo. Appetito, cultura e psicologia del cibo*, Ponte alle Grazie, Firenze 2003, p. 41.

Le culture alimentari si sono formate e continuano a plasmarsi in base a condizionamenti ambientali e climatici; si sono modificate attraverso i movimenti migratori, innescando continui processi di contaminazioni che modificano il gusto degli individui e dei gruppi, componendo complesse e stratificate geografie degli usi alimentari³. In un processo di scambi continui le differenze e l'incontro fra diverse culture generano le novità. Durante il Medioevo si plasmò un'identità alimentare e gastronomica nuova, sostanzialmente innovativa rispetto al passato grazie alla contaminazione di culture differenti: quella della tradizione romana e quella "barbarica"⁴. Nel concreto, è stato ed è nei momenti conviviali che si creano usi e gusti che sono incontro e sintesi di forme storiche e culturali diverse. Il forte potere comunicativo delle pratiche e dei gesti che si riproducono nelle comunità culturali e religiose trovano infatti una loro espressione particolare nel convivio, nella mensa comune, nel banchetto: la tavola è metafora della vita delle persone e delle collettività. Occorre prestare attenzione non solo al cibo, connotato come "sostanza" nutrizionale e soprattutto come sostanza culturale, ma anche alla "circostanza" entro la quale esso si assume. Avviene inoltre che vi siano dei valori di "circostanza" in cui si consuma il cibo: essi sono tipici dell'età contemporanea in quanto il cibo, nella società dell'abbondanza, tende a indebolire la sua valenza propriamente nutrizionale per enfatizzare invece gli altri significati accessori⁵. Un'analisi di sostanze e circostanze alimentari permette di raccogliere informazioni su una cultura (religiosa), individuandone dinamiche interne, rapporti con l'esterno, regole e pratiche.

In questo contributo si cercherà di analizzare la assenza/mancanza volontaria della sostanza (il cibo), nelle pratiche di astinenza, rinuncia e soprattutto digiuno nelle culture religiose, per verificare se anche *in absentia* di sostanza abbia significato la circostanza della commensalità: si può stare insieme a tavola, digiunando? Il digiuno è veicolo di coesione, innovazione e creazione di un'identità culturale e religiosa?

2. *Commensalità: il convivium come occasione di coesione culturale e religiosa*

A tutti i livelli sociali, la partecipazione alla mensa comune è il primo se-

³ RICCARDO PRAVETTONI, *Il cibo come elemento di identità culturale nel processo migratorio*, 2004: http://digilander.libero.it/piepatso2/tav_int4/cibo-cultura-migrazioni.pdf, 23.09.2016.

⁴ Rimandiamo allo studio di MASSIMO MONTANARI, *Alimentazione e cultura nel Medioevo*, Laterza, Roma-Bari 1998.

⁵ MASSIMO MONTANARI, *Il cibo come cultura*, Laterza, Roma-Bari 2004.

gno di appartenenza al gruppo; ogni confraternita, corporazione, comunità religiosa, associazione, ribadisce a tavola la propria identità collettiva, in una sorta di sfida delle identità, multiple e molteplici che sono continuamente negoziate: la tavola è un'arena simbolica, in cui i commensali si confrontano e dialogano⁶. La commensalità dai tempi antichi assume un particolare rilievo, non soltanto a livello del 'privato' come consumo elitario, ma anche del 'pubblico', per la sua connotazione sociale e politica (i banchetti delle *hetairiai*, dei *collegia*, delle *curiae*, delle *regiae*): il convivio è l'occasione per stare insieme e per tessere e curare legami⁷.

Tutti i padri delle scienze sociali, da Marcel Mauss a George Simmel, a Emile Durkheim, hanno sottolineato come il cibo è un fatto sociale⁸: mangiare è un atto che non si compie mai individualmente, sia perché la maggior parte dei pasti consumati avviene in compagnia di altre persone, sia perché, anche qualora un pasto sia consumato in solitudine (*trend* sempre più diffuso nell'epoca contemporanea, nelle società occidentali, in special modo)⁹ esso rimanda ad abitudini, a scelte condivise culturalmente e socialmente. Ogni pasto infatti è frutto, per dirla con Pierre Bourdieu, di un *habitus* che si è stratificato nel tempo, di consuetudini culturali sedimentate e condivise. Il cibo costituisce una metafora del sé individuale e sociale¹⁰: è incorporato attraverso il suo consumo e in questo modo esso costruisce una metonimia, divenendo esso stesso parte del sé e in tal modo esso agisce da catalizzatore di socialità. Mangiare è un atto culturale e sociale.

⁶ JEAN JACQUES BOUTAUD, *Le sens gourmand. De la commensalité - du goût - des aliments*, Jean-Paul Rocher éditeur, Paris 2005.

⁷ MASSIMO MONTANARI, *Convivio. Storia e cultura dei piaceri della tavola*, Laterza, Roma-Bari 1989.

⁸ La bibliografia e i riferimenti sono sterminati. Si veda Lucio MEGLIO, *Sociologia del cibo e dell'alimentazione*, Franco Angeli, Roma 2012; Introduzione: cibo e società. L'alimentazione nel pensiero dei classici (Georg Simmel e la sociologia del pasto; Émile Durkheim e il cibo come rito; La dimensione sociale dello spazio alimentare in Maurice Halbwachs; Il cibo come diritto sociale in Friedrich Engels; Il contributo dell'antropologia nello studio dell'alimentazione; Norbert Elias e le abitudini a tavola come processo di civilizzazione; L'onnivoro tra paradossi e dilemmi. Claude Fischler e Michael Pollan; Lo spazio sociale alimentare di Jean-Pierre Poulain; Pierre Bourdieu e il cibo come gusto della distinzione). Rimando anche a OSCAR MARCHISIO, *Religione come cibo e cibo come religione*, FrancoAngeli, Milano 2004 e di recente sono stati pubblicati: ANTONIO G. CHIZZONITI (ed.), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Tricase (LE), Libellula edizioni, 2015. ANTONIO FUCILLO, *Il cibo degli dei*, Giappichelli, Torino 2015. PAOLO CORVO, *Food Culture, Consumption and Society*, Palgrave Macmillan UK, London 2015.

⁹ CLAUDE FISCHLER, *Gastro-nomie et gastro-anomie*, in «Communications» 31 (1979), pp. 189-210. Si veda anche CLAUDE FISCHLER, *Commensality, society and culture*, in «Social Science Information», 50 (2011), 3-4, pp. 528 - 548.

¹⁰ EMIKO OHNUKI-TIERNEY, *Rice as Self. Japanese Identities through time*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 2003.

La commensalità¹¹ è dunque una delle manifestazioni più tipiche della socialità umana: vi sono modi differenti, tempi differenti e luoghi differenti dove consumare i pasti, ma ogni cultura ha stabilito delle regole condivise dello stare a tavola e lo spazio fisico della tavola o del luogo su cui/attorno cui/dentro cui si consumano i pasti è divenuto uno spazio sociale che ospita e indirizza i rapporti tra le persone che lo frequentano: si pensi, ad esempio, al legame tra la distribuzione dei posti attorno a un tavolo (rettangolare o rotondo) e i ruoli sociali di chi li occupa, o l'ordine di consumo del cibo o, ancora, la differenziazione dei pasti consumati dagli stessi commensali. La tavola diventa lo specchio – a volte rovesciato – dell'ordine sociale e dei rapporti di potere.

Il rito della tavola ha dunque un valore fortemente simbolico. La mensa è il luogo fisico e metaforico in cui si segnalano appartenenza o estraneità, adesione o esclusione, ed ogni sorta di rapporti che esistano fra i membri di una comunità, al loro interno, o, all'esterno, fra comunità diverse¹². Plutarco, nelle *Dispute conviviali*, fa dire a un suo personaggio: «Noi non ci invitiamo l'un l'altro per mangiare e bere semplicemente, ma per mangiare e bere insieme»¹³; in altri termini, la capacità della tavola è di procurarci nuovi amici.

L'allontanamento dalla mensa comune è il segno di un'esclusione, di un relegamento ai margini del consorzio civile o della comunità di appartenenza, voluto o imposto e che non sempre è sopportabile a lungo¹⁴. Tuttavia, rovesciando questa prospettiva, vorrei proporre come ipotesi che un certo tipo di allontanamento dalla tavola, che è quello dell'assenza di cibo e in particolare del digiuno, rafforzando l'identità religiosa, è capace di creare una circostanza di commensalità.

3. La sacra commensalità: i cibi e le religioni

La commensalità è dunque un concetto dirimente per discutere di regole religiose, pratiche, divieti e tabù in fatto di nutrizione: considerato l'aspetto socialmente rilevante della nutrizione e l'aspetto rituale della condivisione del cibo, può essere definita come una comunione religiosa capace di rinsal-

¹¹ JEFFERY SOBAL, MARY K. NELSON, *Commensal eating patterns: A community study*, in «Appetite» 41 (2003), pp. 181-190.

¹² Rimando nuovamente a MAURIZIO MONTANARI, *Convivio*, cit..

¹³ Plutarco, *Dispute conviviali*, II, 10.

¹⁴ CRISTIANO GROTTANELLI, *L'ideologia del banchetto e l'ospite ambiguo*, in «Dialoghi di Archeologia», 3, 1981, pp. 121-154 e LUCIANA FARANDA, *Raccogliere briciole alla tavola di Omero: cibo, digiuni e ambigui banchetti nel mito greco*, in ROBERTO CIPRIANI, LUIGI MARIA LOMBARDI SATRIANI (a cura di), *Il cibo e il sacro*, Armando, Roma 2013, pp. 19-45.

dare quotidianamente le comunità¹⁵. Nella storia delle culture religiose esistono esempi di mense comuni, di episodi e di rituali di convivialità spesso basati su cibi considerati sacri.

Nelle *Confessioni* di Sant'Agostino si legge di come sua madre Monica si recasse spesso al sepolcro dei santi, per portare focacce, pane e vino, secondo il rituale del *refrigerium*, noto già ai Romani; tale rituale prevedeva che il consumo del pasto avvenisse sulle tombe di antenati e parenti, per "rinfrescare" la memoria del morto. Il cibo salda i legami familiari, riuscendo a rompere le barriere della mancanza fisica.

Uno degli alimenti più presenti nella storia delle religioni come strumento sacro di commensalità è il pane, alimento spirituale per il mondo classico, si configura anche come alimento fortemente *cristianizzato*: il pane è il corpo di Cristo, il viatico che è offerto come garante del trapasso salvifico. Esso è nutrimento carico di significato sacrale; è accolta l'idea che sia il pane azzimo (Esodo 13, 6-7) non lievitato, tipico della tradizione ebraica, l'ostia dell'eucaristia che unisce tutti i membri della Chiesa di Cristo, la mensa sacra. Il pane azzimo è infatti anche il pane che si consuma durante la settimana di *Pesach*, che combatte la natura profana del lievito e che è simbolo di purezza e non-contaminazione: come si legge nel *Libro dello Splendore*, lo *Sefer ha-zohar* – prodotto nell'ambiente mistico del 1290 da Mosheh ben Shem Tov del Leon – il pane azzimo è pane celeste, simbolo di libertà e di virtù, che purifica e esalta. L'*hallà* è il pane del sabato, che si consuma in segno di festa: al centro della tavola, e condiviso durante la cena di *shabbat* è un cibo simbolicamente carico di significato Num. 15, 18-19)¹⁶. Originariamente, e fin quando fu possibile, ossia fino alla distruzione del secondo Tempio di Gerusalemme avvenuta nel 70 e.v., da questo pane era prelevata la decima che veniva offerta al sacerdote. Oggi che non c'è più il Tempio, si preleva comunque un pezzetto dell'impasto che viene messo da parte, bruciato in forno e non consumato. È a forma di treccia, e sulla tavola ne sono presenti due, a misura della doppia porzione di manna che Dio elargiva agli israeliti nel deserto alla vigilia del sabato e delle feste. La preparazione di questo pane e il prelevamento dell'offerta dall'impasto, sono esclusivo compito femminile.

Anche l'agnello è uno degli alimenti che simbolicamente e concretamen-

¹⁵ Rimando a LUCIANO MANICARDI, *Per una teologia del cibo*, in ANTONIO G. CHIZZONITI (ed.), *Cibo, religione e diritto*, cit., pp. 11-26.

¹⁶ MASSIMO SALANI, *Il maestro di tavola*, Dehoniane, Bologna 2005, pp. 38-56. Si veda anche HEINRICH EDWARD JACOB, *Six Thousand Years of Bread: Its Holy and Unholy History*, Doubleday, Doran Incorporated, New York 1944.

te più contribuisce a creare dei momenti di commensalità ricorrenti nei tre monoteismi: il *Pesach* ebraico, la Pasqua cristiana e l'*Id al-Adha*, la festa del sacrificio, hanno al centro dei loro piatti tipici la carne di agnello animale simbolico che dev'essere consumato in quanto sacro.

Il cibo è assunto dalle religioni come paradigma simbolico della relazione fra gli uomini ma anche fra essi e la divinità: il cibo è "religioso", in senso etimologico, perché unisce e crea legami, perché crea identità e appartenenze riconoscibili. Come ho proposto, occorre chiedersi se è solo il consumo di cibo a svolgere questa funzione di collante culturale e sociale, uno mezzo conviviale e se l'assenza in termini sia di proibizione sia di negazione di esso in particolare nelle pratiche di digiuno, sia invece una negazione di tale potere di creare circostanze di commensalità.

4. *Assenza di sostanza: cibo proibito, cibo negato*

In una prospettiva religiosa esistono differenti modalità di "assenza di cibo": anzitutto occorre distinguere tra cibo non mangiato sempre (in termini di proibizione) e cibo non mangiato temporaneamente (in termini di negazione). Al primo gruppo appartengono i cibi su cui gravano dei tabù, come nel caso di cibi sacri – si pensi, come vedremo, alla mucca sacra per l'hinduismo o cibi impuri, contaminati la cui casistica è amplissima nelle diverse tradizioni religiose. Al secondo tipo di assenza appartengono le forme di astinenza da alcuni cibi in determinati periodi (come il venerdì senza carne per i cattolici) o il digiuno totale in determinati periodi, normato in tutte le tradizioni religiose.

Vi sono numerose ragioni alla base di questa assenza di cibo e differenti sono gli obiettivi delle proibizioni e negazioni alimentari: non si mangia un alimento per purificare il proprio corpo e il proprio spirito, non si mangia perché vi sono dei tabù alimentari che disciplinano il fedele nel rispetto delle regole, non si mangia per far emergere la necessità di porre attenzione alla sfera spirituale durante il vivere quotidiano. Alcune religioni si prefiggono lo scopo di elevare l'uomo mostrandogli la superiorità di un mondo di rinuncia ai piaceri terreni: in quest'ottica anche l'assenza di cibo diviene una modalità attraverso la quale incontrare il divino.

Il comune denominatore è che tutte le varianti di assenza di cibo per motivi religiosi, non sono mai frutto di una scelta (solo) individuale, ma collettiva, che pone l'osservante in una comunità; più nello specifico, anche fisicamente, l'astinenza e il digiuno avvengono negli stessi tempi e con le stesse modalità e questo tratto comune è capace, a mio avviso, di creare dei vincoli di appar-

tenenza e condivisione molto forti. Il digiuno è al massimo grado un veicolo, una circostanza di convivialità, tra esseri umani, tra umano e sovra-umano.

4.1 *Assenza di cibo come proibizione: il sacro, l'impuro*

Come ho detto, esistono gradi differenti di assenza di cibo, prima di giungere al digiuno, inteso come privazione totale. Tutti sono veicoli identitari e, come cercherò di dimostrare, di (paradossale) convivialità. In questo paragrafo si porteranno alcuni esempi di proibizione di cibi considerati sacri o impuri, su cui gravano dunque tabù permanenti che permettono la semplificazione: “i fedeli di tale religione, non mangiano tale cibo”. Con una eccezione: il cristianesimo pone l'uomo libero in ambito alimentare, poiché non esiste una vera normativa che prescriva il consumo di alimenti, nessun tabù colpisce cibi o bevande¹⁷. Nella Genesi (1,29) Dio dice “Ecco, io vi ho dato tutta la vegetazione che fa seme sulla superficie dell'intera terra e ogni albero sul quale è il frutto d'un albero che fa seme. Vi serva di cibo”. Pare evidente l'invito di Dio a limitare il consumo alle sole erbe e frutta, ribadito ancora in Genesi - 2,9-16 e in Genesi 3,2-18. Successivamente, dopo la caduta di Adamo ed Eva, il fratricidio di Caino e il diluvio universale sembra terminare quel mondo in cui gli uomini erano vegetariani e così si legge nella Genesi nel passo 1-30: «E ad ogni bestia selvaggia della terra e a ogni creatura volatile dei cieli e a ogni cosa che si muove sopra la terra in cui è vita come un'anima ha dato tutta la verde vegetazione per cibo», infatti nella nuova alleanza che Dio siglò con Noè, è presente un chiaro riferimento al nuovo ordine alimentare che regolerà il rapporto uomo - animali: «Ogni animale che si muove ed è in vita vi serva di cibo. Come nel caso della verde vegetazione, vi do in effetti tutto questo. Solo non dovete mangiare la carne con la sua anima, con il suo sangue». Più che un gesto di indulgenza, il permesso di mangiare carne sembra un allontanamento da quella condizione privilegiata in cui Adamo ed Eva vivevano ed è su questa esegesi biblica che si fonda il legame tra l'aspirazione a un'ascesi completa, a un rinnovamento totale, al ritorno allo stato pre-adamitico e l'astensione dalla carne che in alcune forme e in alcuni momenti della storia cristiana è proposta al fedele. Vedremo, in particolare, il caso dei monaci e la loro attitudine peculiare nei confronti dell'astinenza, *in primis* dalla carne.

Mangiare tutto, mangiare con tutti, ringraziare Dio. In queste sintetiche

¹⁷ Si veda: LAURA DE GREGORIO, «Le regole alimentari nel diritto canonico», in ANTONIO CHIZZONITI, (ed.), *Cibo, religione e diritto*, cit., pp. 81-100.

affermazioni può dirsi espresso il fulcro della normativa alimentare cristiana. Nessuna classificazione tra cibi e bevande proibite e cibi e bevande permesse, una libertà alimentare che si presenta come carattere religioso peculiare, come importante novità, oltre che significativa eccezione, nel quadro delle disposizioni alimentari delle religioni. Così si esprime Laura De Gregorio¹⁸, sottolineando come alla base del punto di vista cristiano sull'alimentazione ci sia il più generale rifiuto del rispetto puramente esteriore della norma, privo di un rinnovamento interiore: l'esigenza quindi di un recupero autentico di fede e rapporto con Dio. Si spiega in tal modo l'assenza di una normativa alimentare in quanto tale, dotata cioè di una propria autonomia nei precetti e nelle prescrizioni neotestamentarie.

Per coloro che si riconoscono nella tradizione religiosa dell'hinduismo, come è noto, è proibito il consumo della vacca, perché è venerata come sacra: le origini di questa proibizione risiedono nel Mahābhārata, il poema epico prodotto probabilmente nell'India Vedica del II millennio a.C.. Nella formulazione più antica del sistema di credenza vedico non vi era il tabù che vietava di sacrificare le mucche e cibarsi della loro carne; ma a una fase dell'economia dominata dall'allevamento di mandrie bovine da parte di una popolazione di ridotte dimensioni, seguì un aumento della popolazione e la relativa scarsità di risorse alimentari disponibili da cui il divieto di consumare la carne della mucca¹⁹. Dopo secoli di abitudini consolidate e divenute regole e poiché spesso le norme giuridiche rispecchiano i simboli, il divieto è stato infine sigillato anche su un piano giuridico, attraverso l'articolo 48 della Costituzione che stabilisce che è proibito macellare vacche e vitelli e altri animali da latte e da tiro (il divieto di macellazione dei bovini è considerato un principio direttivo)²⁰.

Alcune divinità del pantheon hindu sono associate a un toro (*Shiva*) o a una vacca (*Krishna* è guardiano di mucche). Inoltre, anche la figura materna è associata alla vacca: come la madre fornisce il latte per la sussistenza dei

¹⁸ *Ivi*, p. 92.

¹⁹ MARVIN HARRIS, *Cows, Pigs, Wars and Witches: The Riddles of Culture*, Hutchinson & Co., London 1975 (reissued in 1991 by Vintage, New York, 1975); MARVIN HARRIS, *Cannibals and Kings: The Origins of Cultures*, Vintage, New York 1977; MARVIN HARRIS, *Good to Eat: Riddles of Food and Culture*, Waveland Press, Illinois 1998.

²⁰ Il dibattito sulle origini di questo tabù alimentari e sui suoi sviluppi è acceso. Si veda: DAPHNE BARAK-EREZ, *Costituzionalismo simbolico: vacche sacre e maiali abominevoli*, in «Daimon. Diritto comparato delle religioni», Numero speciale: Regolare il cibo, ordinare il mondo. Diritti religiosi e alimentazione (2014), pp. 139-162 e DOMENICO FRANCAVILLA, *Vacche sacre e pluralismo costituzionale in India*, in «Daimon. Diritto comparato delle religioni», cit., pp. 163-176. Rimando inoltre a ALBERTO PELISSERO, «Le regole alimentari nella tradizione induista», in ANTONIO CHIZZONITI, (ed.), *Cibo, religione e diritto*, cit., pp. 185-202.

suoi figli, così la vacca produce alcuni elementi centrali per il rito, quali il latte e il burro con cui si cospargono templi e statue o lo sterco e l'urina, usati per la pulizia e la cura. L'insieme di simboli che l'iconografia di tale animale contiene, costruisce un confine invalicabile intorno all'animale stesso. Si potrebbe dire che tale animale è considerato sacro, in quanto permette la comunicazione tra l'uomo e la divinità, in quanto i suoi frutti nutrono l'uomo ed il suo rapporto con il sacro²¹. La vacca in India ha segnato e segna un confine tra la comunità religiosa hindu e quella musulmana che invece può macellare e cibarsi di bovini ed è questo segno di demarcazione ad aver giocato un ruolo fondamentale nella scelta di rendere ufficiale e diffuso il divieto del consumo di questo animale, divenuto nei secoli strumento di coesione sociale e politica²² e causa di mobilitazioni²³.

Il dibattito sulle origini di questo tabù alimentare e sui suoi sviluppi anche in relazione alla comunità musulmane che abitarono il territorio indiano è acceso e le posizioni degli studiosi controverse: non essendo questa la sede per ricostruirne filologicamente il processo storico, mi limito qui a sottolinearne gli esiti: la forza simbolica investita sulla vacca è enorme ed è la conseguenza di un insieme definito di limitazioni concrete, frutto di una influenza reciproca tra religioni e abitudini alimentari.

Oltre alla proibizione causata dalla sacertà del cibo, vi sono animali proi-

²¹ MOHANDAS K. GANDHI, *Prot  ction de la vache*, in *Lettres    l'Asbram*, Albin Michel, Paris 1937.

²² FREDERICK J. SIMOONS, *Questions in the Sacred-Cow Controversy*, in «Current Anthropology», 20, 1979, pp. 467-476. La mucca si trasform   in uno strumento di mobilitazione organizzata quando il movimento induista per la protezione della vacca, che era stato avviato nel Punjab attorno al 1870, fu successivamente rafforzato nel 1882 dalla prima Gorakshini Sabha (Societ   per la Protezione della Vacca); quest'animale divenne un simbolo per unire il pi   vasto consenso popolare e sfidare la pratica musulmana della macellazione, provocando una serie di gravi e frequenti insurrezioni tra il 1880 e il 1890. Sebbene si facesse gi   ricorso all'intimidazione nei confronti di coloro che abbattevano questi animali, ed un'indubbia "intensificazione" del movimento per la protezione della vacca si stava rafforzando, nel 1888 l'Alta Corte per le province Nord-Occidentali decret   che la mucca non era un oggetto sacro. Non sorprende, quindi, che la macellazione della vacca sia stata spesso un pretesto per fomentare lo scontro tra ind   e musulmani, come nel caso del distretto di Azamgarh nel 1893, in cui pi   di un centinaio di persone furono uccise nella regione o tra il 1912 e il 1913 quando la violenza esplose a Ayodhya a riguardo delle possibilit   di macellare mucche: SANDRIA B. FREITAG, "Contesting in Public: Colonial Legacies and Contemporary Communalism", in DAVID LUDDEN, ed., *Making India Hindu*, Oxford University Press, Delhi 1996, p. 217. Per fatti pi   recenti si veda: DAPHNE BARAK-EREZ, *Costituzionalismo simbolico*, cit., pp. 149-151.

²³ Nell'aprile 1979, Acharya Vinoba Bhave, ritenuto spesso l'erede spirituale del Mahatma Gandhi, fece uno sciopero della fame per chiedere insistentemente al governo centrale la proibizione della macellazione bovina in tutto il paese, e quando lo concluse dopo cinque giorni, ottenne dal Primo Ministro Morarji Desai una vaga assicurazione sulla presa in considerazione della legislazione anti-macello. Da quel momento, la vacca cess   di essere un problema nell'arena politica indiana per molti anni, nonostante che la gestione dell'allevamento del bestiame bovino fu dibattuta in ambito accademico fra sociologi, antropologi, economisti e le diverse categorie della politica costituzionale.

biti in quanto impuri. Il maiale è tra gli animali maggiormente colpiti da tabù, poiché il divieto di assumere la sua carne unisce ebrei (Levitico XI, 12) e musulmani (Corano II, 173); anche nella letteratura greca si trova un riferimento ai maiali, poiché nell'Egitto visitato da Erodoto gli allevatori di maiale erano una casta sociale distinta dalle altre, i cui membri erano avvezzi ai matrimoni endogamici; essendo il maiale un animale impuro, se qualcuno ne sfiorava la pelle doveva immergersi con tutte le vesti in un fiume²⁴. Un lungo percorso potrebbe essere compiuto, attraverso i secoli e le culture religiose, da Oriente a Occidente, rintracciando i fili della diffidenza o della condanna esplicita rivolta alla carne di maiale²⁵.

Numerose sono state le spiegazioni che hanno tentato di motivare questa proibizione, alcune tra le più note fanno riferimento alle carni troppo grasse dell'animale, alla sua vicinanza all'uomo che comporterebbe un atto di quasi-cannibalismo, alla sua presunta sporcizia, alla difficoltà di allevamento in certe condizioni climatiche, alla anti-economicità dell'allevamento dei maiali, molto più difficili da gestire rispetto ai bovini. Mary Douglas ha sostenuto, relativamente al contesto ebraico, che poiché gli animali leciti sono quelli che hanno lo zoccolo fesso e sono ruminanti, il fatto che il maiale non rientri in tale classificazione ne fa un ibrido, e perciò, in quanto non classificabile, un animale illecito²⁶.

Nel panorama delle prescrizioni alimentari religiose, l'ebraismo si distingue per lo sforzo di regolare ogni aspetto che riguarda l'alimentazione e la commensalità; si manifesta così il segno evidente che anche a tavola l'ebreo costruisce il rapporto con Dio, attraverso la nutrizione o l'assenza di cibo²⁷.

In due libri della *Torah*, il *Levitico* e il *Deuteronomio*, sono presenti i criteri che regolamentano l'alimentazione ebraica, raccolti nella *kasherut*; il termine deriva dalla radice ebraica *Kaf-Shin-Reish*, ovvero "corretto", "permesso": il più conosciuto termine *kosher* designa dunque quegli alimenti che incontrano gli *standards* definiti dalla *Torah*. Nonostante la *kasherut* preveda descrizioni dettagliate di ogni alimento e delle sue regole, il principio fondamentali che è alla base dell'intero sistema normativo è la differenza tra cibo puro (in natura o perché reso puro, come è il caso degli animali permessi che

²⁴ Erodoto, *Historiae*, II, 47.

²⁵ MASSIMO SALANI, *Il maestro di tavola*, cit., pp. 4-24.

²⁶ MARY DOUGLAS, *Purity and Danger. An analysis of conceptions of pollution and taboo*, Routledge, London 1966.

²⁷ CLARA WACHSBERGER, «L'alimentazione ebraica tra rigore e innovazione», in ENZA PELLACCHIA (a cura di), *Cibo e conflitti*, Pisa University Press, Roma-Pisa 2010; STEFANIA DAZZETTI, «Le regole alimentari della tradizione ebraica», in ANTONIO CHIZZONITI, (ed.), *Cibo, religione e diritto*, cit., pp. 123-146.

però devono essere macellati secondo le norme di macellazione rituale definite dalla *schechita* – Deuteronomio 12:21 –) e cibo impuro, come è il caso di alcuni animali o parti di essi. È permesso il consumo degli animali di terra in presenza di due principali caratteristiche, l'unghia fessa e la ruminazione; tra gli animali d'acqua sono permessi quelli che possiedono sia le pinne che le squame; rispetto agli animali d'aria i criteri sono meno chiari: la Torah fornisce una lista di uccelli proibiti (notturni o rapaci), permettendo il consumo di polli, oche, anatre e tacchini (per quanto per alcuni questi ultimi vadano inclusi tra i proibiti perché sconosciuti all'epoca della *Torah*: Levitico 11:13-19 e Deuteronomio 14:9). È inoltre proibito il consumo congiunto di carne e latticini, con riferimento alla norma secondo cui «non farai cuocere il capretto nel latte di sua madre» (Esodo 23:19; Esodo 34:26; Deuteronomio 14:21); da qui il divieto è stato esteso anche al pollame in genere. Questa fondamentale separazione si applica al momento del consumo tanto quanto a quello della distribuzione e della preparazione: gli utensili, le pentole, le padelle, i piatti, le posate, i lavelli o le lavastoviglie non possono ospitare contemporaneamente i due alimenti. Inoltre, una volta consumata la carne è necessario che passino almeno sei ore prima che sia lecito il consumo di latticini.

Le regole della *kasherut* non sono limitate a cerimonie o festività, ma si applicano nella quotidianità per tutta la durata dell'anno; specifiche restrizioni riguardano tuttavia i periodi di festività o le cerimonie. Ogni aspetto della simbologia che accompagna i pasti non si configura quale gesto meccanico, piuttosto richiede consapevolezza; esso ha lo scopo di sottolineare la sacralità che il consumo del cibo contiene. Anche le festività hanno lo scopo di sottolineare tale aspetto sacrale. Durante *Pesach*, i preparativi iniziano molto tempo prima e in quell'occasione non deve essere presente in casa cibo lievitato. La sera prima della vigilia l'intera famiglia è coinvolta nella ricerca "rituale" delle briciole di pane, che verranno poi bruciate l'indomani: ci si deve astenere da un determinato cibo in un momento preciso e la famiglia si riunisce attorno a questo divieto.

Come si è già accennato, il maiale è proibito in quanto impuro anche nella religione musulmana e tale tabù va contestualizzato in un quadro di regole alimentari che accompagnano la storia di questa comunità religiosa, basandosi sul testo del Corano. Nell'islam la moderazione costituisce il tratto alimentare più evidente; recita il testo coranico: «Mangiate e bevete ma senza eccessi, ché Allah non ama chi eccede» (VII, 31). Le regole alimentari definite dalle norme religiose islamiche condividono tre criteri fondamentali:

- distinzione tra cibi permessi ed proibiti: la carne suina, compresa quella di cinghiale, è proibita, così come la carne di predatori e carnivori quali leoni, tigri, cani, gatti e uccelli rapaci. È permesso il consumo

di carne di animali addomesticati con zoccolo fesso, quale quella di bovino, di pecora, capra, agnello, bufalo e cammello; i volatili che non fanno uso di artigli per la presa del cibo, come polli e tacchini, sono ammessi. Uova e latte possono essere consumati se derivano da animali permessi;

- proibizione del sangue: il sangue è sempre *haram*, illecito, che provenga da animali leciti o meno;
- purificazione attraverso il metodo di macellazione: il consumo di qualsiasi tipo di carne non può prescindere dal metodo rituale di macellazione; come per la *kasherut* ebraica, l'animale non deve essere stordito e deve essere ucciso con un taglio netto alla gola, così da causare l'immediato e più completo deflusso possibile di sangue e la morte più rapida possibile. Si condanna con forza anche quelle lecite se su esse non sia stato invocato il nome di Dio (VI, 121) e non sia stato praticato il corretto rituale di macellazione.

Il Corano, definendo ciò che è lecito (*halal*) e illecito (*haram*), impedisce il consumo di alcune carni di animali; l'unica a essere nominata con precisione è quella di maiale (II, 173)²⁸, l'animale abominevole per eccellenza²⁹.

Sempre all'interno della casistica di esempi di assenza permanente di un cibo e delle categorie del puro/impuro poggia o almeno viene giustificata la raccomandazione relativa alla proibizione di cibarsi di carni nel buddhismo, sia per un equilibrio fisico-spirituale della persona, sia anche per non essere contaminati con la vita di un animale morto.

Nella tradizione buddhista si ritrovano alcuni testi in cui si riferisce dell'alimentazione del Buddha, che almeno al tempo del Palazzo poteva includere il consumo di carni; questo, tuttavia, prima della grande rinuncia e della decisione di vivere in reclusione ed isolamento. La descrizione del suo ultimo pasto prima di ricevere l'illuminazione riporta un menù estremamente semplice: riso cotto nel latte, che resta simbolicamente un piatto tipico di tutte le tradizioni buddhiste. Il cibo che avrebbe causato la morte per avvelenamento del Buddha è stato tradizionalmente identificato con la carne di maiale; tuttavia, il termine originario è stato frainteso: le moderne

²⁸ Per una storia culturale e sociale del tabù del maiale nell'islam si veda: MOHAMMED HOCINE BENKHEIRA, «Maiale», in *Dizionario del Corano*, in MOHAMMAD ALI AMIR-MOEZZI (a cura di), *Dizionario del Corano*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 479-483.

²⁹ Si veda il recente: ROBERTO FINZI, *L'onesto porco. Storia di una diffamazione*, Bompiani, Milano 2014, un racconto attraverso la letteratura e i testi sacri per riflettere sull'universalità (o quasi) del tabù che grava su questo animale, tra paradossi, ambiguità e incomprensioni che caratterizzano scritti che permeano la cultura occidentale, dall'Odissea (col celebre episodio di Circe) a Orazio, a Giordano Bruno, fino a Erasmo, Fénelon, Orwell.

traduzioni ed interpretazioni sposano la versione che vuole ci si riferisse al “cibo dei maiali”, ossia i funghi³⁰.

Anche se il suo consumo non è direttamente proibito, l'astensione dalla carne è quindi considerata nel buddhismo come un valore finalizzato a salvare la vita a un essere senziente: è chiaro, infatti, che, se una persona si astiene dal mangiare carne per tutta una vita, un certo numero di animali non verranno uccisi per lei.

4.2 Astinenza e digiuno come presenza

Non solo le culture religiose vietano alcuni cibi in modo permanente, ma alcune impongono l'astinenza per alcuni periodi da alcuni cibi, e tutte hanno introdotto una pratica come quella del digiuno, la totale assenza di cibo e bevande, spesso legata a periodi particolari dell'anno³¹.

Nella tradizione cristiana sono presenti momenti di astinenza e di digiuno soprattutto nel periodo liturgico della Quaresima³². L'astinenza dalle carni durante i venerdì di Quaresima e il digiuno del Mercoledì delle Ceneri e del Venerdì Santo³³ costituiscono le principali restrizioni alimentari alla libertà introdotta da Gesù: «Non capite che tutto ciò che entra nell'uomo dal di fuori non può contaminarlo, perché non gli entra nel cuore ma nel ventre e va a finire nella fogna? Dichiarava così immondi tutti gli alimenti» (Matteo 15, 1-20). In Italia, la CEI ha emanato nel 1994 la nota pastorale a carattere normativo *Il senso cristiano del digiuno e dell'astinenza*³⁴. Si è concessa la

³⁰ DAVID N. SNYDER, *Buddhism and Vegetarianism, Fifteen Questions and Answers*, 2009, http://www.shabkar.org/download/pdf/Buddhism_and_Vegetarianism_Fifteen_Questions_and_Answers.pdf, 09.09.2016.

³¹ ROSEMARY RADER, «Fasting», in *Encyclopedia of Religion*, II edition, ed. LINDSAY JONES, MACMILLAN, THOMSON GALE, 2005, vol. 5, pp. 2995- 2998.

³² Rimando alla trattazione di GERLADINA BONI, *Il digiuno e l'astinenza nel diritto canonico*, in «Daimon. Diritto comparato delle religioni», cit., pp. 217-238. Sul significato del digiuno nell'ebraismo e nella religione cristiana si veda DAG TESSORE, *Il digiuno*, Città Nuova, Roma 2006.

³³ L'insieme di queste norme costituisce il quarto dei cinque precetti generali della Chiesa («In giorni stabiliti dalla Chiesa astieniti dal mangiare carne e osserva il digiuno») che ha come fine di garantire ai fedeli il minimo necessario nell'impegno penitenziale (cfr. Catechismo della Chiesa Cattolica, n° 2041); tuttavia «per legge divina, tutti i fedeli sono tenuti a fare penitenza, ciascuno a proprio modo» (can. 1249 del Codice di Diritto Canonico), specialmente nel tempo penitenziale della Quaresima.

³⁴ Il paragrafo normativo della Nota *Il senso cristiano del digiuno e dell'astinenza* della Conferenza Episcopale Italiana (1994) dà delle linee chiare per vivere comunitariamente o singolarmente i precetti quaresimali: Disposizioni normative e orientamenti pastorali:

13. Concludiamo la presente Nota pastorale con le seguenti disposizioni normative, che trovano la loro ispirazione e forza nel canone 1249 del Codice di diritto canonico: «Per legge divina, tutti i fedeli sono tenuti a fare penitenza, ciascuno a proprio modo; ma perché tutti siano tra loro uniti

facoltà ai singoli fedeli di commutare l'osservanza dell'astinenza in tutti i venerdì che non sono di Quaresima con qualche altra opera di penitenza, di preghiera o di carità, a discrezione del singolo fedele; si consiglia inoltre di osservare il digiuno e l'astinenza nel giorno di Sabato Santo fino alla Veglia Pasquale; si è infine stabilito che ci si può astenere dall'osservanza dell'obbligo della legge del digiuno e dell'astinenza per una ragione giusta, come ad esempio per motivi di salute.

Se per il mondo protestante, il digiuno è tendenzialmente lasciato alla discrezione dell'individuo, nella Chiesa ortodossa il digiuno non si applica che in "periodi liberi": la settimana seguente la Pasqua, il periodo tra Natale e la Vigilia della Teofania e una settimana precedente il grande digiuno della Grande Quaresima. Al di fuori di questi periodi i fedeli digiunano due

da una comune osservanza della penitenza, vengono stabiliti dei giorni penitenziali in cui i fedeli attendano in modo speciale alla preghiera, facciano opere di pietà e di carità, sacrificino se stessi compiendo più fedelmente i propri doveri e soprattutto osservando il digiuno e l'astinenza». Queste disposizioni normative sono la determinazione della disciplina penitenziale della Chiesa universale, che i canoni 1251 e 1253 del Codice di diritto canonico affidano alle Conferenze Episcopali.

1) La legge del digiuno «obbliga a fare un unico pasto durante la giornata, ma non proibisce di prendere un po' di cibo al mattino e alla sera, attenendosi, per la quantità e la qualità, alle consuetudini locali approvate».

2) La legge dell'astinenza proibisce l'uso delle carni, come pure dei cibi e delle bevande che, ad un prudente giudizio, sono da considerarsi come particolarmente ricercati e costosi.

3) Il digiuno e l'astinenza, nel senso sopra precisato, devono essere osservati il Mercoledì delle Ceneri (o il primo venerdì di Quaresima per il rito ambrosiano) e il Venerdì della Passione e Morte del Signore Nostro Gesù Cristo; sono consigliati il Sabato Santo sino alla Veglia pasquale.

4) L'astinenza deve essere osservata in tutti e singoli i venerdì di Quaresima, a meno che coincidano con un giorno annoverato tra le solennità (come il 19 o il 25 marzo). In tutti gli altri venerdì dell'anno, a meno che coincidano con un giorno annoverato tra le solennità, si deve osservare l'astinenza nel senso detto oppure si deve compiere qualche altra opera di penitenza, di preghiera, di carità.

5) Alla legge del digiuno sono tenuti tutti i maggiorenni fino al 60° anno iniziato; alla legge dell'astinenza coloro che hanno compiuto il 14° anno di età. 6) Dall'osservanza dell'obbligo della legge del digiuno e dell'astinenza può scusare una ragione giusta, come ad esempio la salute. Inoltre, «il parroco, per una giusta causa e conforme alle disposizioni del Vescovo diocesano, può concedere la dispensa dall'obbligo di osservare il giorno (...) di penitenza, oppure commutarlo in altre opere pie; lo stesso può anche il Superiore di un istituto religioso o di una società di vita apostolica, se sono clericali di diritto pontificio, relativamente ai propri sudditi e agli altri che vivono giorno e notte nella loro casa».

16. L'insieme di queste riflessioni, destinate a rimotivare e a rinvigorire la prassi penitenziale del digiuno e dell'astinenza all'interno della comunità cristiana, non può concludersi senza un appello particolare alle famiglie e a quanti hanno responsabilità educative. [...] Anche nella scuola, in particolare attraverso l'insegnamento della religione cattolica, si espongano i motivi e le forme del digiuno cristiano e si illustrino i significati personali e sociali dell'impegno penitenziale e in generale di ogni sforzo ascetico equilibrato. I giovani siano istruiti anche circa l'obbligo morale e canonico del digiuno, che ha inizio con i 18 anni. Ai fanciulli e ai ragazzi si propongano forme semplici e concrete di astinenza e di carità, aiutandoli a vincere la mentalità non poco diffusa per la quale il cibo e i beni materiali sarebbero fonte unica e sicura di felicità e a sperimentare la gioia di dedicare il frutto di una rinuncia a colmare la necessità del fratello: «Vi è più gioia nel dare che nel ricevere» (At 20,35).

volte la settimana ossia il mercoledì ed il venerdì. Il digiuno consiste nel non mangiare al mattino e dopo sesta (mezzogiorno) e astenendosi da ogni cibo di derivazione animale (carne, pesce compreso, uova latte e latticini) nonché dal vino e dalle altre bevande alcoliche e dall'olio d'oliva. In Quaresima, si digiuna con particolare rigore (il pesce è consentito solo la Domenica delle Palme e la festa dell'Annunciazione e l'olio e il vino solo il sabato e la domenica) come nei giorni dal 1 al 14 agosto: il digiuno della Dormizione della Madre di Dio.

Questo è l'esito complesso di un processo secolare in cui differenti dettami furono imposti ai cristiani: nei primi secoli, stando alla letteratura cristiana antica, il digiuno era raccomandato il mercoledì e il venerdì e fu poi esteso alla settimana santa e alla quaresima, durante le quali si consumava solo un pasto, evitando carne, vino e in alcune comunità anche latte, burro, formaggio e uova³⁵. La Chiesa vide infatti nel digiuno un rinvigorismento della preghiera, una preparazione a ricevere lo Spirito Santo, una difesa contro le tentazioni, una condizione per prestare soccorso ai poveri risparmiando le proprie spese³⁶.

Vi è un digiuno particolarmente importante nella tradizione cristiana, per il valore di esercizio spirituale che ha assunto: il digiuno monastico. Fin dagli albori di questa esperienza ascetica, la privazione ha caratterizzato il regime alimentare di monaci e monache che abitavano nelle grotte, nelle celle, nei monasteri egiziani. Poco cibo e lunghi periodi di digiuno erano uno strumento per allenare il corpo, per disciplinare il monaco all'obbedienza, per svuotarlo di volontà proprie, desideri e voglie³⁷. La privazione e il rifiuto del consumo di cibo furono e restano strumenti donne usati come forme di espressione della propria fede, come forme di comunicazione, come espressione di un dialogo con Dio, come strumento di controllo sul proprio corpo. Non è però il carattere e il significato individuale che qui interessa, ma il valore comunitario di queste pratiche. Nel corso della storia del monachesimo il digiuno ha sempre costituito un tratto identitario molto forte e anche oggi, nelle comunità femminili e maschili una regolamentazione precisa del cibo ha il suo cardine nell'astinenza e nell'assenza temporanea, ma totale del cibo³⁸.

³⁵ CARLA NOCE, *Il digiuno nel cristianesimo antico*, In *Il digiuno nella Chiesa antica. Testi siriaci, latini e greci*, a cura di IGNAZIO DE FRANCESCO, CARLA NOCE, MARIA BENEDETTA ARTIOLI, Paoline, Milano 2011.

³⁶ TERESA M. SHAW, *The Burden of the Flesh: Fasting and Sexuality in Early Christianity*, Fortress Press, Minneapolis 1998.

³⁷ Si veda: LUCIEN REGANULT, *Vita quotidiana dei padri del deserto*, Piemme, Casale Monferrato (AI) 1994, in particolare il capitolo VI: Il regime alimentare, pp. 76-97.

³⁸ CAROLINE W. BYNUM, *Sacro convivio, sacro digiuno*, Feltrinelli, Milano 2001.

Come si è visto, gli ebrei non solo conoscono numerose prescrizioni alimentari, ma seguendo l'invito biblico, digiunano in molte occasioni. Il digiuno esige l'autodisciplina ed è uno sforzo intrapreso per controllarsi e per concentrarsi sull'aspetto spirituale della propria esistenza. Negando simbolicamente i bisogni vitali essenziali che l'uomo ha in comune con gli animali, ci si concentra sugli aspetti della natura umana che avvicinano l'uomo a Dio. La casistica è ampia: i digiuni possono essere pubblici o privati, prestabiliti o per speciali occasioni³⁹.

Il digiuno è descritto dall'espressione "inchinare l'anima" (Levitico 16,29.31; 23, 27.32; Numeri 29,7) e nella letteratura rabbinica vi sono digiuni privati – che servono per espiare ma anche per rafforzare una preghiera, per fare un atto di sottomissione speciale a Dio; sono digiuni personali, solitamente compiuti nelle giornate di lunedì e giovedì, in ricordo rispettivamente dell'ascesa di Mosè al Monte Sinai e del suo ritorno- e pubblici. Il digiuno di *Yom Kippur* è il più conosciuto e il più praticato il dieci del mese di *Tishri*. È un giorno totalmente dedicato alla preghiera, chiamato il "sabato dei sabati", e vuole l'ebreo consapevole dei propri peccati, chiedere perdono al Signore. Se tutti i primi dieci giorni di questo mese sono caratterizzati dall'introspezione e dalla preghiera, questo è un giorno di afflizione ed espiazione. Il digiuno che mette alla prova il corpo ha lo scopo di rendere la mente libera da pensieri e di indicare la strada della meditazione e della preghiera. Prima di *Kippur* devono essere saldati i debiti morali e materiali che si hanno verso gli altri uomini: si deve chiedere personalmente perdono a coloro che si è offesi: a Dio per le trasgressioni compiute verso di Lui, mentre quelle compiute verso gli altri uomini vanno personalmente risarcite e sanate. La purezza con cui ci si avvicina a questa giornata da alcuni è sottolineata dall'uso di vestire di bianco. L'assunzione della responsabilità collettiva è una delle caratteristiche di questo giorno: in uno dei passi più importanti della liturgia si chiede perdono facendo riferimento agli errori collettivi, con una preghiera nella quale si chiede che vengano sciolti tutti i voti e le promesse che non possono essere state mantenute durante l'anno. Questa lunga giornata di venticinque ore viene conclusa dal suono dello *Shofâr*, il corno di montone, che invita di nuovo al raccoglimento, e subito dopo dalla cerimonia di "separazione" dalla giornata con cui si inizia il giorno comune.

I bambini che non hanno l'età del *bar/bat Mitzvah* sono incoraggiati a

³⁹ Per una trattazione sistematica delle tipologie, con riferimento alle fonti, si veda: ALFREDO MORDECHAI RABELLO, *I digiuni nell'ebraismo*, in «Daimon. Diritto comparato delle religioni», cit., pp. 189-199.

digiunare per qualche ora e, ogni anno, ad aumentare le ore di digiuno fino al *bar/bat Mitzvah*. Gli ammalati e le donne incinte devono chiedere il parere del medico e possono essere dispensati dal digiuno. Il principio fondamentale è che in caso di pericolo la proibizione può essere tolta: questo si applica prima di tutto allo *Shabbat*, il sabato ed è stato esteso a *Yom Kippur*.

La pratica del digiuno nell'Islam è molto nota⁴⁰: durante tutto il mese lunare di *Ramadan*, l'unico nominato esplicitamente nel Corano (*sura* II, 185) il fedele si astiene completamente da cibi solidi e liquidi dal sorgere del sole fino al suo tramonto. *Ramadan* pone il credente di fronte alle sue dipendenze fisiche e mentali: vuole essere un periodo di rinnovata armonia pretesa da Allah, non un predominio dell'anima sul corpo, ma lo sforzo di raggiungere un equilibrio che non sia solo interiore. Calato nel suo giusto contesto, il mese di digiuno musulmano appare pertanto come una prova da superare, il cui raggio d'azione investe i credenti sia nel suo esercizio fisico (si astiene da cibi e bevande) che nel suo impegno spirituale (astenendosi da pensieri cattivi e da azioni non conformi all'islam). Il digiuno non nasce come pratica assolutamente nuova ed esclusiva dell'Islam, perché già in epoca preislamica non erano sconosciuti i ritiri spirituali in luoghi remoti ed inaccessibili, lontani da accampamenti e centri abitati (come l'ascetismo dei cristiani dei primi periodi). Un'abitudine collegata da sempre a questi periodi di purificazione è proprio l'astensione dal cibo, dalle bevande e dai contatti sessuali, allo stesso modo in cui avverrà in seguito nella tradizione islamica. Maometto inizialmente istituì un giorno di pentimento di digiuno, probabilmente sul modello dello *Yom Kippur* perché all'inizio della storia della religione musulmana il profeta dovette confrontarsi molto spesso con la comunità ebraica residente nella penisola araba. Un *hadit* (detto) attribuito al profeta raccolto nel *Il Sahih* di al-Bukhari, narra che egli raggiunse Medina e vide alcuni ebrei che digiunavano nel giorno di *ashura* (il 10 del mese lunare di *muharram*). Il profeta chiese loro che cosa si stessero celebrando e gli fu risposto che si trattava del giorno in cui Dio liberò i figli di Israele dai nemici e che in tale circostanza Mosè digiunò. Allora disse testualmente in arabo, rivolto agli ebrei: «Nahnu 'awla bi Musa minkum» che significa «Abbiamo più doveri verso Mosè che verso di voi», E anch'egli digiunò⁴¹.

⁴⁰ MARIE-THÉRÈSE Urvoy, «Digiuno», in *Dizionario del Corano*, in Mohammed. ALI AMIR-MOEZZI (a cura di), *Dizionario del Corano*, Mondadori, Milano, 2007, p. 212. Per un approfondimento sulla dottrina giuridica del digiuno, in particolare quella malikita maggioritaria nei paesi dell'Europa orientale, si veda: MOHAMMED HOCINE BENKHEIRA, *Le jeûne en Islam: aspects juridiques*, in «Daimon. Diritto comparato delle religioni», cit., 201-216.

⁴¹ MICHELE VALLARO, SERGIO NOJA, VIRGINIA VACCA, (a cura di), *Al Buhari, Detti e fatti del Profeta dell'Islam*, Torino, Utet, 1982, p.154.

Nella *sura* II, 185, troviamo una chiave di lettura del comandamento:

«E il mese di Ramadan, il mese in cui fu rivelato il Corano come guida per gli uomini e prova chiara di retta direzione e salvezza, non appena ne vedete la nuova luna, digiunate per tutto quel mese, e chi è malato o in viaggio digiuni in seguito, e vuole che compiate il numero dei giorni e che glorifichiate Iddio, perché vi ha guidato sulla retta Via, nella speranza che Gli siate grati».

Così il digiuno sarebbe legato alla consegna del Corano nel mese di Ramadan, quindi l'atto di astensione simboleggia la «reintegrazione» nel centro dell'essere dell'uomo che per il suo sostentamento rifiuta temporaneamente il cibo materiale per nutrirsi solo della parola divina. «In verità lo rivelammo nella Notte del Destino. Cos'è mai la Notte del Destino? La Notte del Destino è più bella di mille mesi. Vi scendono gli angeli e lo Spirito, col permesso di Dio, a fissare ogni cosa. Notte di pace fino allo spuntare dell'aurora», così recita la *sura* XCVII, 1-5, la Notte del Destino: secondo la tradizione, durante quella notte fu fatto scendere il Corano nell'interezza ed Allah decretò il destino della creazione per l'anno a venire. Essa è la notte santa del mese benedetto e cade nel 27° giorno del mese di Ramadan.

Per tutta la durata del digiuno, al credente viene raccomandato un comportamento particolarmente pio e scrupoloso di devozione a Dio e di attenzione nei confronti degli altri fedeli, evitando i discorsi inutili, indecenti e importuni, le maldicenze, gli insulti e la calunnia, la menzogna e quant'altro rechi danno ad altri; si deve essere invece disponibili, gentili e concilianti. Il digiuno richiede una fatica grande ed un impegno notevole, sia fisico che interiore, ma non è una condizione di privazione dettata da un castigo, né una sofferenza gratuita imposta indiscriminatamente senza misura. E quando il sole è tramontato, il digiuno viene rotto, preceduto da una breve preghiera di ringraziamento e di lode (*sura* II, 187). Segue il pasto che segna la rottura giornaliera del digiuno, detto *iftar* che significa "rottura del digiuno", spesso costituito da cibi gustosi e particolari, ma a patto che non siano entrati in contatto col fuoco. La sera, quando tramonta il sole, i musulmani interrompono il digiuno con i datteri e un bicchiere d'acqua secondo la tradizione.

Nelle tradizioni religiose orientali, sia hinduiste, sia buddhiste, la circostanza dell'assenza di cibo è parimente presente: richiami alla moderazione e alla sobrietà nell'assunzione del cibo si alternano con pratiche di digiuno, in alcuni casi molto rigide: il digiuno è legato a processi di purificazione e pulizia e come tale viene osservato in alcuni periodi dell'anno legati alla luna o in alcuni momenti della giornata, per esempio dopo mezzogiorno per i monaci buddhisti zen.

Nel mondo hinduista e jainista il digiuno è diffuso in preparazione di

pellegrinaggi e feste⁴². In particolare, nel calendario lunare induista si digiuna l'undicesimo giorno dopo la luna calante e l'undicesimo giorno dopo la luna crescente, nel corso di una ricorrenza chiamata *Ekadasi*: *Ekadasi* è un giorno di austerità osservato regolarmente. *Eka* significa "uno", e *dasi* è la forma femminile di *dasa*, che significa "dieci": *Ekadasi* è dunque l'undicesimo giorno della luna, crescente o calante, di ogni mese. In questi giorni speciali bisogna digiunare da cereali e legumi (cibi legati all'incarnazione del peccato, il *Papapurusa* punito da *Visnu*) o osservare un digiuno totale, e dedicarsi con uno sforzo particolare a offrire servizio di devozione. Il numero undici rappresenta la somma dei cinque sensi, dei cinque organi di azione (mani, piedi, bocca, organi della riproduzione e organi di escrezione), più la mente. Poiché la mente controlla i sensi e gli organi di azione, essa è di fondamentale importanza per gli esercizi intrapresi nel giorno di *Ekadasi*.

5. Conclusioni: commensalità senza cibo

È una modalità iper-moderna di condivisione del digiuno di *Ramadan* a permettere di sottolineare, in sede di conclusioni, come tra le varie circostanze di assenza di cibo per ragioni religiose (dalla proibizione alla negazione) il digiuno in particolare sia uno strumento fortemente conviviale, non solo perché necessario per preparare la festa della condivisione del cibo (si pensi alla ricorrenza del tema dello spezzare il digiuno come gesto simbolico condiviso), ma perché esso stesso è propulsore di legami sociali e religiosi. Si tratta di una nuovissima *app* per i-phone creata da Google⁴³, in cui l'avverbio più ricorrente in home è "together", insieme: "Do more together this Ramadan" è la scritta che campeggia insieme a quattro sezioni:

1. plan together: Keep track of every event so you don't miss a thing;
2. get together: Spend time with loved ones, no matter where they are;
3. eat together: Find and share your favourite recipes;
4. enjoy together: Find entertainment the whole family can enjoy.

Il digiuno di Ramadan è occasione, grazie alla *app*, di passare il tempo, di condividere l'attesa, di trasformare l'assenza di cibo in commensalità, durante i 43.200 minuti di Ramadan.

⁴² JAI NARIAIN KAUSHIK, *Fasts of the Hindus around the Week: Background Stories, Ways of Performance and their Importance*, Books for All, Delhi 1992.

⁴³ <https://www.google.com.ng/intl/en/landing/ramadan/> 23.09.2016.

L'assenza di cibo è tratto comune alle religioni: in quanto dono di Dio, della terra, di entità sovrumane, differenti cibi e differenti bevande sono ritenuti sacri, divini, positivi, buoni, compresi quelli interdetti, periodicamente o permanentemente. Come il consumo di cibo, anche la sua assenza ha un valore simbolico e religioso e comunitario: come si è più volte sottolineato è incontro con il sovra-umano e anche con l'(altro) umano.

Oltre alla condivisione di un pasto, ai credenti è anche richiesto di rispettare insieme regole alimentari privative e, in particolare, un tempo di digiuno, dove far emergere, anche fisicamente, la necessità di porre attenzione alla sfera spirituale, religiosa, sacra durante il vivere quotidiano. Per questa ragione il digiuno, in differenti tradizioni, è vissuto in compagnia e non in solitudine: si condivide, ci si aiuta e ci si motiva, si attende insieme la rottura del periodo di rinuncia. Il digiuno, la forma più totale di assenza di sostanza-cibo, è, paradossalmente, la circostanza più aggregativa capace di creare un senso e di dar vita a pratiche di commensalità.

I Baccanali del 186 a.C.: la diffusione del culto e la sua repressione

DANIELA TARDITI

1. *Il racconto di Livio e le evidenze archeologiche*

La scoperta avvenuta a Tiriolo (CZ) nel 1640 del *Senatus consultum de Bacchanalibus*¹, inciso su una *tabula* bronzea, costituente l'unico esemplare sull'argomento ritrovato, oltre che interessante per una riflessione sui rapporti determinatisi, nel periodo successivo alla II guerra punica, tra Roma e i territori a sud dell'impero ed, in particolare, sulle sue relazioni con le popolazioni bruzie presenti in Calabria, consente di conoscere le decisioni adottate dall'autorità centrale, il Senato romano, rispetto alla pratica del culto bacchico/dionisiaco diffuso nel Sud dell'Italia.

Si trattò infatti di decisioni che trovarono occasione, almeno formalmente, in un problema di natura religiosa, ma che sfociarono in un provvedimento autoritativo dei *patres*.

Unitamente allo studio e all'analisi del contenuto del provvedimento, risulta dunque di estrema importanza indagare gli aspetti più salienti del fenomeno per cercare di comprendere i possibili motivi che generarono l'intervento senatorio del 186 a.C., inquadrandolo nel clima politico-culturale dell'epoca. Non si capirebbe infatti il perché di prescrizioni tanto rigide e stringenti senza ricostruire il periodo e le vicende storiche, i rapporti di Roma con le popolazioni italiche, il ruolo ed il potere del Senato, le differenze tra la religione ufficiale romana e i culti di origine greco-orientale.

Oltre che interessante dal punto di vista storico-archeologico, il S.C. è infatti soprattutto una disposizione legislativa, un testo normativo, una serie di comandi emanati dal Senato di Roma ai Teurani, contenente rigorose e tassative prescrizioni da rispettare. Inoltre il provvedimento dimostra, come d'altronde

¹ CIL, I, 196 = CIL, I², 581 = CIL, X, 104 = ILLRP 511 = ILS 18.

emerge anche dalle fonti letterarie e dalle ricognizioni archeologiche, che già da tempo nei territori dell'Italia meridionale il culto misterico, di evidente origine greca, era conosciuto e praticato soprattutto nelle aree più interne.

Anche nella capitale Bacco era adorato, sebbene sembri che i Romani non attribuissero alle sue celebrazioni "*quello spessore misterico*" proprio dell'adorazione greca², servendosi della religione per "*conservare lo stato mondano*"³ e non per fini più elevati. I Romani avevano infatti le loro tradizioni che tutelavano e rispettavano ossequiosamente, non occupandosi però la religione romana della salvezza dell'uomo in quanto singolo, ma come appartenente ad una comunità più ampia, familiare, gentilizia e civica⁴. La salvezza del singolo era, come sottolineava Pettazzoni, insita nella salvezza della patria.

Dalle fonti storiche emerge come il dio Bacco fosse adorato in Roma già tempo prima dell'episodio del 186 a.C.⁵ e che le feste⁶ in suo onore fossero tra le più popolari anche nella capitale⁷. Qui il dio aveva altari⁸ dedicati dove

² ALFREDO ANTONAROS, *La grande storia del vino*, Pendragon, Bologna, 2000, p. 51.

³ PIETRO GIANNONE, Discorso XI, *De' Bacchanali*, in *Opere inedite* (di) scritte nella sua lunga prigionia in Piemonte, rivedute ed ordinate con l'aggiunta di una vita dell'Autore, da Mancini Pasquale Stanislao, Vol. I, C. Pomba e comp. Editore., 1852, p. 194: Bacco "*in Roma era stato fin dal principio della città ricevuto e adottato come proprio e potente nume*".

⁴ Cfr. GIUSEPPE MIHELICIC, *Una religione di libertà, Raffaele Pettazzoni e la scuola romana di Storia delle Religioni*, Città Nuova, Roma, 2003, p. 79.

⁵ PIETRO GIANNONE, op. cit., p. 207.

⁶ MACROBIO, *Saturnalia*, I, 4: *Bacchanale festum*, Bacchanali; VAL. MAX., *Facta et dicta memorabilia*, VI, 3,7: *Bacchanalia sacra*, le feste bacchiche.

I Bacchanali erano celebrati ogni tre anni nelle ore notturne, e furono proibiti nel 186 a. C.

⁷ Cfr. ALFREDO ANTONAROS., op.cit, p. 51.

⁸ Cfr. ANGELO TIMPERI, *Note da Bolsena*, in *Archeologia in Etruria meridionale*: Atti delle giornate di studio in ricordo di Mario Moretti, a cura di M. Pandolfini Angeletti, Civita Castellana, 14-15 novembre 2003, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2006, pp. 163-167. Nel territorio dell'Etruria meridionale, corrispondente a Bolsena, in particolare nel peristilio della domus II, sono stati rinvenuti i resti di "*uno strato di bruciato che appare ricollegabile ad una distruzione traumatica del complesso etrusco preesistente, strati dal quale provenivano (...) i resti del celebre trono delle pantere, sigillati sotto una coltre di malta*". Inoltre l'A. ricorda che la studiosa francese Massa Pairault ipotizzò che l'ubicazione originaria del trono potesse essere nella parte sotterranea della domus, adibita al culto dionisiaco, e che, con il 186 a.C, dopo le persecuzioni bacchiche, il trono sarebbe stato distrutto. Sembra ipotizzabile, secondo l'A., che un incendio nel III secolo abbia distrutto il tetto, caduto poi sul trono e sulle terrecotte, poste al piano inferiore. Cfr. FRANÇOISE-HÉLÈNE MASSA-PAIRAULT - JEAN MARIE PAILLER, *Bolsena V, La Maison aux Salles Souterraines. Les terres cuites sous le Péristyle*, Fouilles de l'Ecole Française de Rome, T.V. fasc. I, p.25.

Nel 1965, nella sala del ninfeo era stato rinvenuto un frammento di tegola con iscritto *Fulfunzl* (ANDRÉ BALLAND - ANDRÉ TCHERNIA, in *Rivista di epigrafia etrusca*, XXXIV, 1966, pp. 315-317, n. 5-7).

Secondo OLIVIER DE CAZANOVE (*Bacanal ou cisterne?*, À propos des salles souterraines de la Domus II à Bolsena et de leur interprétation comme lieu de culte dionysiaque, in *L'antiquité classique*, LXIX, 1, 2000 pp. 237-253) il posto non era un luogo di culto, ma una cisterna, anche se l'evidenza archeologica sembrerebbe indicare che si trattasse di un punto dedicato al culto bacchico.

si effettuavano sacrifici ed in suo onore si tenevano anche i giochi bacchanali⁹ che, come molti altri giochi (gli apollinari, i saturnali), erano considerati cose religiose e pie¹⁰.

Tacito riferisce che in onore del dio, riconosciuto come inventore del vino, si tenevano riti gai e festosi¹¹. Dai documenti risulta inoltre che in epoca più risalente, nel corso di tali celebrazioni, sull'altare dedicato a Bacco ed in suo onore venissero offerte libagioni e vino. Ciò almeno fino a che tali adunanze non degenerarono, divenendo fonte di immoralità e di oscenità.

Diversi riferimenti a Bacco ed alle celebrazioni in suo onore ricorrono in Ovidio¹², mentre Sant'Agostino riferiva: "*Sic Bacchanalia summa celebrantur insania*", richiamandosi a quanto già descritto da Varrone sulla celebrazione di queste feste nella città di Lavinio, dove si protraevano per un mese.

La pratica dei culti bacchici nei territori del Sud Italia risulta provata inoltre dalle decorazioni dei vasi provenienti in gran numero dalla Puglia e dalla Campania riproducenti scene bacchiche; ed anche in territorio etrusco, per esempio a Tarquinia, oltre a varie raffigurazioni, in alcune urne antiche il defunto era effigiato con vesti di baccante¹³. Il Senatoconsulto del 186 a.C. segnò infatti "*l'ultimo termine della fabbricazione di vasi apuli e lucani*"¹⁴.

In alcune sepolture sono stati inoltre rinvenuti vasi decorati con rappresentazioni di Bacchanali indicative probabilmente dell'iniziazione o del grado di essa, raggiunto dal defunto. In prosieguo, anche sui sarcofagi scolpiti e sulle urne cinerarie cominciarono ad apparire raffigurati gli stessi elementi¹⁵.

La vicenda del 186 a.C. ebbe una certa risonanza nella storia di Roma di quel periodo¹⁶ e probabilmente anche della storia successiva, lasciando di sé un triste ricordo. Risulta, ad esempio, da alcuni riferimenti storiografici che,

⁹ PIETRO GIANNONE, *ibidem*. Il dio, "avea tempi ed are dove si sacrificava, e si erano introdotti anche i giuochi bacchanali che celebravansi in suo onore. Come a dio cui si attribuisce l'invenzione del vino che rende gli uomini allegri, si facevano a lui sacrifici sacri e festevoli".

¹⁰ *Idem*, p. 194.

¹¹ TACITO, *Historiae*, Lib.V, 5, "*Quippe Liber festos laetosque ritus posuit*".

¹² OVIDIO, *Fasti*, VI, 504 e ssg; *Metamorph.*, XI, 7, III, 692-733; AGOSTINO, *De Civitate Dei.*, VI, 9, 1: "*ubi Varro ipse confitetur a Bacchantibus talia fieri non potuisse nisi mente commota. Haec tamen postea displicuerunt senatui saniori, et ea iussit auferri*". Cfr. *ibidem*, VII, 21. XVIII, 13

¹³ Vedi GIUSEPPE MICALI, *Storia degli antichi popoli italiani*, Vol. II, III ed., Firenze, 1849, p. 165.

¹⁴ ODOARDO GERHARD, *Note e dichiarazioni sul rapporto intorno i vasi volcenti*, in *Annali dell'Istituto di Corrispondenza Archeologica*, Vol. 3, Tipografia di Belle Arti, Roma, 1831, p. 203.

¹⁵ SEBASTIANO CIAMPI, *Dei vasi chiamati etruschi o greci*, in *Biblioteca Italiana o giornale di letteratura, scienze e arti*, compilato da vari letterati, T. XXVI, Anno VII, Milano, aprile, maggio e giugno 1822, pp. 167-168.

¹⁶ Cfr. DANIELLE GOUREVITCH, MARIE THÉRÈSE RAEPSAET-CHARLIER, *La donna nella Roma antica*, Giunti, Firenze-Milano, 2003, p. 191.

a seguito dell'episodio dei Baccanali in cui, come narra Tito Livio¹⁷, furono coinvolti anche la sacerdotessa Annia Paculla¹⁸ e suo figlio, il nome dei Capuani rimase in odio ai Romani che, da quel momento, si mostrarono con i primi severi, sospettosi e diffidenti¹⁹. L'interpretazione della vicenda però si presenta alquanto complessa.

Sappiamo infatti che il Senato si era mostrato inizialmente tollerante verso i nuovi riti, mentre in una fase successiva cercò di combattere ed annientare tutti quei culti che apparissero in qualche misura "*pericolosi e comunque non assimilabili al costume romano*"²⁰.

A seguito dei maggiori contatti con la Grecia infatti, come affermava Giannone, la religione a Roma "*entrò in grande confusione*", determinandosi una separazione tra coloro che non credevano più nell'esistenza degli dei o che questi si curassero dell'uomo, e quelli che ricollegavano agli dei anche le cose più scellerate, sostenendo che essi le approvassero. Cosa quest'ultima che, secondo l'A., era avvenuta proprio nel 186 a.C. riguardo alle adunanze notturne dei Baccanali²¹.

Infatti, come osservava Granata, in accordo con il Boxhorn, e come testimoniato anche da Virgilio²², pur esistendo sin dalle origini in Roma il divieto di introdurre religioni o dei stranieri, col tempo questi cominciarono ad essere ammessi almeno per due ragioni fondamentali: perché gli dei proteggesero i Romani e non impedissero loro le conquiste di nuovi regni e, ancora,

¹⁷ L'A. narra della diffusione e della successiva repressione dei baccanali nella sua opera, dedicando all'argomento ben undici paragrafi (*Ab Urbe condita*, XXXIX, 8-19).

¹⁸ In alcune opere meno recenti la sacerdotessa è chiamata anche Paculla Minia Capuana.

¹⁹ Cfr. FRANCESCO GRANATA, *Storia Civile della fedelissima città di Capua*, I e II, Diss. I, Stamperia Muziana, Napoli, 1752, p.191.

²⁰ CHIARA MELANI, *I Baccanali in Storia illustrata di Roma antica. Dalle origini alla caduta dell'Impero*, Giunti Editore, Firenze, 2000, p. 69.

²¹ PIETRO GIANNONE, *op. cit.*, p. 206. "*Dopo che dalla Grecia e dall'Asia fu introdotto il lusso(...) si ridusse la religione in forte confusione (...). Di qui nacquero due mali assai peggiori, poiché in siffatte questioni, essendo difficile tenere la via di mezzo, si videro gli uomini correre per due opposti sentieri e cadere in due estremi vizi; alcuni scuotere assolutamente il giogo della religione, disprezzar gli dei, e credere che niente s'impacciassero di noi e di tutte le mondane cose; altri, al contrario, riferir tutto a' numi, e farli entrare fin nelle cose empie e scellerate, siccome avvertì Plinio: adulteria inter ipsos fingi, mox iurgia et odia, atque etiam fortorem esse et scelerum numina (Nat. Hist., II, 7). Onde ancora avvenne che gli uomini per coprire le loro colpe e nefandezze lusingavansi che i numi le permettessero, anzi che per far cosa a lor grata ed accetta avessero a commettersi. Di ciò fanno pruova evidentissima le abominevoli azioni che sotto lo specioso pretesto di rendere a Bacco più grati sacrifici, si commisero in Roma ed in più luoghi d'Italia dà baccanti nelle notturne assemblee. Il che non solo per l'ampia materia e stranezza del soggetto, ma perché assai a' di nostri se n'è favellato in occasione di essersi trovato tra' Bruzi il senatusconsulto inciso in bronzo che decretò lo sterminio de' Baccanali di cui Livio ampiamente ragiona(...)*".

²² VIRGILIO, *Aen.*, 8.

perché gli stessi Romani erano soliti, in caso di assedio di una città, invocare per mezzo dei sacerdoti, i Numi di quella città perché la abbandonassero. Successivamente i conquistatori adottavano gli dei stranieri, edificando templi in loro onore e omaggiandoli con vari sacrifici. Inoltre, avendo Roma esteso i suoi domini e venendo a contatto con molti popoli, che adoravano diversi dei, essa li assicurava alla città, riuscendo così a controllarne le celebrazioni. Ma la legge regia, ricordava Granata, non era andata in disuso, tanto che in alcune occasioni il Senato era intervenuto, vietando che si celebrassero alcuni riti stranieri²³.

Il filoellenismo di Roma però non era insincero, nel senso che la *nobilitas* romana assimilò profondamente la cultura greca, sebbene si debba anche tenere presente che la difesa della grecità fosse per essi strumentale e subordinata ai suoi interessi²⁴. Infatti dal discorso del console Postumio, tracciato nell'opera liviana, si evidenzia come le leggi romane fossero contrarie alla tolleranza illimitata dei culti non approvati, ed emerge anche quanto rispetto riconoscessero i Romani alla "patria religione"²⁵, elemento importante per la salute della *res publica* e, dall'altra parte, quanti disordini potessero derivare dalla pratica di culti stranieri²⁶.

La Gallini crede però che né i culti del 213 a.C. né quelli del 186 a.C. furono vietati perché "stranieri"; per la studiosa infatti le ragioni alla base dell'intervento senatorio furono politiche²⁷. Lettura condivisa anche da altri studiosi.

Da un'altra prospettiva, la studiosa Celia Schultz ha pensato che l'interpretazione degli eventi sia stata maggiormente complicata dall'ostilità di Livio per l'argomento e dall'inconsistenza dei dettagli del suo racconto. Lo storico scrisse infatti che i culti bacchici erano stati introdotti più di recente in Italia e che pertanto essi fossero sconosciuti alla maggior parte dei romani²⁸.

²³ FRANCESCO GRANATA, *ivi*, p. 192. L'A. infatti riferisce dell'episodio del 326 a.C. in cui, a causa di una forte pestilenza, la popolazione sacrificava nel foro ad alcuni dèi stranieri. Il senato fu costretto a intervenire inviando gli edili; ed ancora, durante la guerra cartaginese, non essendo riusciti a trionfare e gli edili a sedare gli adepti e sacrificanti, il senato fu costretto a incaricare con decreto il pretore urbano M. Atilio, che riuscì a calmare gli animi. Il decreto fu letto in pubblica adunanza.

²⁴ FELICE COSTABILE, *Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana - civitates foederatae, coloniae e municipia in Italia meridionale attraverso i documenti epigrafici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p.106.

²⁵ GIUSEPPE VINCENZO AIRENTI, *Ricerche storico-critiche intorno alla tolleranza religiosa degli antichi romani*, Stamperia Bonaudo, Genova, 1814, p. 41.

²⁶ GIUSEPPE VINCENZO AIRENTI, *ivi*, p. 125

²⁷ CLARA GALLINI, *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Laterza Editore, Bari, 1970, p. 18.

²⁸ CELIA SCHULTZ, *Women's religious activity in the Roman Republic*, the University of North Caroline Press, 2006, p. 82. "The events of that year have received much attention, and the subject remains one

Tale aspetto, però, non poteva essere completamente vero: i documenti archeologici e letterari attestavano già tempo prima la loro presenza e conoscenza. E, sempre seguendo la narrazione liviana, leggiamo che il console Postumio, cui era stata affidata la conduzione dell'inchiesta, rivolgendosi ai cittadini romani, affermò che era impossibile che essi non fossero a conoscenza che da tempo in Roma si praticassero i Baccanali²⁹.

Senza dubbio, ha osservato Buono-Core Varas, la società romana visse nel III secolo a.C. uno dei momenti più drammatici della sua storia: una penetrazione di elementi ellenistici che portano a pensare ad una sorta di anarchia religiosa, accompagnata da un chiaro disorientamento politico³⁰.

Ma già prima di questa data sappiamo che l'organizzazione centrale era intervenuta per sedare alcuni gravi e pericolosi episodi verificatisi in altre parti dell'impero³¹ e che, in una fase antecedente alla repressione dei riti bacchici, Roma era attraversata da fenomeni considerati come fonte di corruzione.

Secondo Rostovtzeff³² sarebbero state le legioni di Manlio Vulsone ad introdurre i culti dionisiaci dal regno di Pergamo; Tenney Frank³³ pensò

of the most intractable problems in the study of Roman religion. (...) Interpretation of the events of 186 is greatly complicated by Livy's hostility to the subject and the inconsistency of detail within his account. Further complications arise from the fact that literary and archaeological evidence contradicts several elements of Livy's story, such as his contention that the Bacchic rites had only recently been introduced to Italy and that they were under known to most Romans." LIVIO, *Ab urbe condita*, XXXIX, 8, 5: "Initia erant quae primo paucis tradita sunt, dein uolgari coepta per uiros mulieresque. Additae uoluptates religioni uini et epularum, quo plurimum animi inlicerentur".

²⁹ LIVIO, *Ab urbe condita*, XXXIX, 15,6: "Bacchanalia tota iam pridem Italia et nunc per urbem etiam multis locis esse, non fama modo accepisse uos, sed crepitibus ulium ululatibusque nocturnis qui personant tota urbe, certum habeo, ceterum quae ea res sit ignorare".

³⁰ RAUL BUONO-CORE VARAS, *La mentalidad política y religiosa de Roma en el siglo III a.C.*, Ponencia presentada en la XII Semana de Estudios Romanos organizada por la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, el año 1986, in *Memorias de Historia antigua*, Istit. De Historia antigua, Universidad de Oviedo, IX, 1988, p. 7. Cfr. JEAN BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion romaine*, Paris, 1969, p. 150.

³¹ Per esempio, nel 198 a.C. era stata soppressa una *coniuratio* attraverso la conduzione di una *quaestio* da parte del pretore urbano Cornelio Lentulo contro alcuni schiavi. La procedura seguita aveva molti aspetti in comune con quella che sarà poi adottata per la repressione dei Baccanali: ordine di reprimere la congiura, arresto dei sospetti, uccisione di cinquecento schiavi punici e riduzione in catene degli altri, premi e libertà per gli schiavi informatori. Nello stesso anno era stato eletto console Gneo Manlio Vulsone, che alcuni anni dopo, nel 187 a.C., era tornato vittorioso dopo la guerra contro i Galati ed aveva celebrato il suo trionfo offrendo intrattenimenti con donne musiciste e banchetti con pietanze preparate da cuochi esperti. I politici romani in quella circostanza lo accusarono di corruzione, e Livio descrive questo episodio proprio come quello che segnò l'inizio della corruzione a Roma Cfr. LIVIO, *Ab urbe condita*, XXXIX, 6-7-8.

³² Cfr. ADRIEN BRUHL, *Liber Pater: Origine et expansion du culte dionysiaque a Rome et dans le monde romain*, De Boccard Editeur, Paris, 1953, p. 86.

³³ FRANK TENNEY, *Classical Quarterly*, XXI, 1927, pp. da 128 a 132.

invece ad una maggiore propagazione di questi ad opera dai prigionieri di Taranto, venduti come schiavi dopo che la città divenne *ager publicus*. Il Bruhl contestò entrambe queste ipotesi sostenendo che i riti bacchici, prima di penetrare a Roma, si diffusero lentamente ed “in sordina” per alcuni anni tra le popolazioni italiche³⁴.

Come ricorda l’A., non era solo in casa che questi riti venivano celebrati, ma in pubblico, nel foro e sul Campidoglio dove si vedevano gruppi di donne pregare e sacrificare non più secondo il costume degli antenati. I *patres* allora intervennero reprimendo i riti, ma ciò non bastò, per cui cercarono di ripristinare i vecchi usi religiosi o permisero, sempre sotto la sorveglianza e il controllo delle autorità, gli usi religiosi ed i culti stranieri³⁵.

Così come era già avvenuto per altre situazioni prima del 186 a.C., anche in prosieguo, nel 173 a.C., il Senato romano intervenne contro i filosofi greci ed in quell’anno vennero espulsi dalla città due filosofi epicurei. Nel 161 a.C. un S.C. espulse filosofi e retori, mentre il filosofo Carneade era stato allontanato da Roma su richiesta di Catone.

Non si trattò quindi nel 186 a.C. di un fatto eccezionale; senza dubbio, però, in quell’occasione la città fu scossa fortemente dalle decisioni dei *Patres*.

I reati imputati agli adepti, secondo quanto tramandato da Livio, erano gravissimi ma, soprattutto, i Bacchanali generarono riprovazione per l’accusa di delitti rituali commessi dagli stessi aderenti. Come sottolinea Pailler, il Mommsen non mise certo in dubbio i reati attribuiti agli accusati da Tito Livio, ma anzi ritenne che le autorità romane intervennero a sedare l’episodio troppo tardi, attribuendo l’episodio a una “*pousée généralisée de superstitions irrationnelles dans la société romaine*”³⁶.

Le misure deliberate nel 186 a.C. dipesero probabilmente dalla scoperta

³⁴ ADRIEN BRUHL, *op.cit.*, pp. 86-87 e p. 83. E già nel 216 a.C., si era verificato un altro episodio: due Vestali che avevano infranto il loro giuramento di castità erano state condannate a morte. L’A. ricorda che Q.F. Pittore fu inviato come ambasciatore in Grecia per consultare l’oracolo di Delfi ed i conseguenti sacrifici per espiare il peccato delle Vestali (una coppia di galli ed una di Greci furono seppelliti vivi nel foro boario). Altri episodi che precedettero lo scandalo del 186: nel 218 a.C., le espiazioni da compiere trovate nei libri Sibillini (raccolta di oracoli di fabbricazione greca) e nel 217 a.C. i sacrifici da offrire indicati dagli stessi testi; Nel 213 a.C. invece alcuni “buoni cittadini” si erano lamentati col Senato per la pratica di culti stranieri nelle pubbliche piazze: preti itineranti riuscivano ad esercitare il controllo sulle menti, approfittando delle plebi durante il periodo non certo facile delle guerre puniche. Infine nel 212 a.C. il Senato, obbedendo alle profezie contenute in un testo e attribuite ad un certo *Marcius*, ordinò in onore di Apollo giochi e sacrifici secondo il rito greco.

³⁵ ADRIEN BRUHL, *ivi*, p. 83.

³⁶ JEAN-MARIE PAILLER, *La spirale de l’interprétation: les Bacchanales*, in *Annales Économies, Histoire, Sociétés, Civilisation*, 37 année No. 5, 1982, p. 930. Cfr. THEODOR MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, III, cap. XIII, trad. it., Firenze, Sansoni, 1972, pp. 1067-1069.

della vasta diffusione del fenomeno, come sembrerebbe desumersi dalle parole dello stesso Livio³⁷. Fino ad allora infatti le autorità, che erano a conoscenza dell'esistenza del culto, non erano ricorse a misure drastiche. Ma la denuncia di Hispala Fecenia, ripercorsa nell'opera liviana, mise in evidenza chiaramente che esso riguardava e coinvolgeva ormai anche i cittadini romani ed in gran numero, aspetto che sembrerebbe confermato anche nei precisi richiami contenuti nelle commedie di Plauto³⁸.

Come evidenziato da Elisa Romano, l'episodio dei Baccanali, pur essendo chiara espressione dell'ostilità verso il nuovo, mette in luce anche l'ambiguità e la contraddittorietà dei comportamenti tenuti dalle autorità romane. Nel 205 a.C., periodo più critico della campagna di Annibale in Italia, ricorda infatti l'A., i senatori avevano accettato l'introduzione del culto della Grande Madre e il trasferimento dell'idolo di questa divinità dall'Asia Minore. Il motivo di tale scelta aveva trovato una formale giustificazione nel luogo di provenienza della divinità: lo stesso di Enea, ricollegandosi così alla genealogia mitica di Roma³⁹.

La presenza nei rituali bacchici di uomini e donne di diversa origine ed estrazione sociale, la frequenza e segretezza delle adunanze e la larga partecipazione alle stesse ingenerarono il timore di un complotto rivoluzionario, di una *coniuratio*, insomma.

Ha osservato infatti Guzzo⁴⁰ come *"alle stranezze proprie dei riti bacchici, si aggiunsero turbolenze che paiono di carattere sociale, trovando alimento nelle popolazioni rurali e negli strati più bassi dell'Urbe"*.

Ma secondo Cabanes, quanto Livio ci riferisce sulla congiura clandestina e sul numero ingente di partecipanti che spinse il Senato ad intervenire, non basterebbe a spiegare né la grande diffusione, né le paure che ne dipesero. L'A. si chiede: *"Si trattò di una reazione nazionale contro un'ellenizzazione giudicata pericolosa? Quale fu il ruolo della Campania, di Capua, di Taranto e dell'Etruria in questa fioritura dionisiaca?"*⁴¹. Certamente questi territori avevano esercitato un'influenza forte sulla capitale, ed erano stati tutti scenario delle feste bacchiche.

³⁷ LIVIO, *Ab Urbe condita*, XXXIX, 13,14 : *"multitudinem ingentem, alterum iam prope populum esse"*.

³⁸ PLAUTO, *Aulularia* vv. 408-413; *Bacchides*, v. 53; *Miles gloriosus* v. 858.

³⁹ ELISA ROMANO, *"Allontanarsi dall'antico": novità e cambiamento nell'antica Roma*, in *Storica*, Rivista quadrimestrale, anno XII, N. 34, 2006, Viella, Roma, 2007, p. 35.

⁴⁰ PIER GIOVANNI GUZZO, *I Brettii*, Storia e Archeologia della Calabria preromana, Longanesi & C., Milano, 1989, p. 72.

⁴¹ PIERRE CABANES, *Introduzione alla storia del mondo antico*, a cura di Anselmo Baroni, Donzelli Editore, Roma, 2002, pp. 245-246. L'A. conclude *"Tanti sono gli interrogativi che meritano di essere posti per comprendere la complessità del caso dei Baccanali"*.

2. Breve ricostruzione storica del culto dionisiaco

Lo studio della religione dionisiaca, sulla cui origine greca o tracia la dottrina ha espresso diverse posizioni e che rimane tuttora un punto discusso, lascia però emergere chiaramente come il culto di Dioniso risalga ad un'epoca molto remota. Strettissimi legami lo ricollegano alla Tracia e all'Egitto cui rinviano numerose citazioni degli storici, tra cui Erodoto, sebbene la presenza del culto sia attestata anche in Grecia, dove sarebbe apparso tra l'VIII e il VII⁴² secolo a.C.; ciò non dimenticando però che, per alcuni studiosi, la conoscenza del dio risalirebbe ad un'epoca ancora più remota⁴³.

In ogni caso, se pure si collocasse l'adorazione del dio in Grecia non prima dell'VIII secolo a.C., dall'analisi delle fonti appare chiaramente come in territorio ellenico la tradizione dei suoi culti ebbe un'importanza ed una centralità mai prima registrate in nessun altro contesto. Il suo passaggio in Magna Grecia avvenne in misura conseguenziale, se non addirittura con i primi stanziamenti micenei.

Sembra inoltre che Dioniso dovesse apparire come un dio molto particolare: pare che le donne, le menadi, si associassero sin da epoca antica per venerarlo, anche quando ad esse fosse preclusa la partecipazione ad altri riti religiosi, ma anche che le associazioni o organizzazioni dedite al culto fossero cosa ben diversa dai culti pubblici, cui partecipava tutta la cittadinanza.

Certamente affascinante doveva apparire la leggenda della nascita del dio, della quale si tramandavano tante piccole varianti, ma tutte comunque più o meno parallele e fantastiche e caratterizzate dal richiamo agli stessi aspetti e alle mitiche figure⁴⁴, elementi questi ampiamente tratteggiati da Euripide nelle *Baccanti* ed evidenti anche nelle rappresentazioni grafiche e nei ritrovamenti archeologici. In particolare, dai luoghi dedicati al dio, adorato a volte in associazione ad altri dei e spesso collegato alla protezione del mondo infero, oltretutto più direttamente agli aspetti della vita agricola e conosciuto come dio del vino.

Risulta infatti come già nel VII secolo a.C. il culto fosse stato istituito ufficialmente ad Atene, Corinto e Delfi. Da allora le feste *Dionisie* si diffusero

⁴² Certamente però "*la rappresentazione più influente e grandiosa del dionisiaco è solo alla fine del V secolo: Le Baccanti di Euripide rappresentate intorno al 405*". Così scriveva WALTER BURKERT, *La religione greca*, (tit. orig. *Griechische Religion der archaischen und klassischen Epoche*, Berlino, 1977), II. ed. ital., con trad., riv., corr e mod. da Giampiera Arrigoni, Jaca Book, Milano, 2003, p. 321.

⁴³ Secondo alcuni di essi Dioniso era una divinità già presente a Creta tra il XV e il XIII secolo a.C. E comunque il nome del dio sembrerebbe attestato in area micenea già in quel periodo. La tematica meriterebbe certamente di essere approfondita e studiata in maniera più dettagliata e precisa.

⁴⁴ le menadi, il monte Citerone, il mito di Licurgo, il riferimento a Penteo, la vendetta di Dioniso.

largamente in gran parte della Grecia ma, dalle fonti affiora come, seppure libere, tali feste non fossero mai state licenziose e lascive come invece divennero successivamente. Quando ciò avvenne non è facile dire con esattezza; certo, è possibile che la presenza di alcuni elementi incise progressivamente sulla loro modificazione.

Il culto dionisiaco, passato a Roma in un'epoca non facilmente precisabile, ma che per gli storici oscilla tra il V e il III secolo a.C., venne associato al culto italico di *Liber*, divinità pienamente accettata dai Romani, i quali già nel 493 a.C. gli avevano, insieme a Cerere e Libera, dedicato un tempio sull'Aventino. Infatti in un passo del *De natura deorum*⁴⁵ di Cicerone, si legge che Libero, figlio di Semele era stato elevato a dio, ma non era lo stesso Libero, adorato dagli antenati unitamente a Cerere e Libera, e la cui importanza culturale poteva desumersi dalle pratiche misteriche.

I *Liberalia* venivano descritti come festività semplici e tradizionali, caratterizzate da rituali elementari e basate sull'offerta di cibo e vino, non rumorose come sembra invece avvenisse in Grecia. Affiora quindi come, dietro alle celebrazioni tradizionali e pubbliche di Libero o Bacco, si andarono sviluppando di nascosto i Bacchanali, segreti ed iniziatici e festeggiati di notte⁴⁶. Il momento fondamentale di questo cambiamento sembrerebbe essere avvenuto in coincidenza con l'identificazione di Libero con Bacco, testimoniato anche dagli storici. Ma questo passaggio, come sostenuto dal Bruhl, non avvenne prima del III secolo. Secondo l'A., giunto dalla Grecia il culto bacchico generò probabilmente un "risveglio degli antichi culti naturalistici". E nonostante le differenti tesi su questo aspetto, sembra infatti potersi dire che, mentre il dio Dioniso avesse una connotazione agraria, il dio Bacco fosse più legato ad aspetti orgiastici ed orfici⁴⁷. Quindi, seppure conosciuto

⁴⁵ CICERONE, *De natura deorum*, II, 24.

⁴⁶ Riguardo alla Grecia WALTER BURKERT, (*op.cit.*) riferiva che "Accanto alle feste statali stanno sempre le cerimonie (orgia), celebrate da gruppi minori, collegi, associazioni culturali; spesso si sottolinea come esse fossero "trieteriche", celebrate cioè ad anni alterni; presto si svilupparono culti segreti, i "misteri". Desumibile già dai richiami in Euripide e Livio, è lo stesso testo del S.C. *de Bacchanalibus* a vietare di celebrare riti sacri in pubblico o in privato, né si ammetteva la possibilità che questi si tenessero in segreto. Oltre alle differenze rispetto ai culti pubblici, cui partecipavano tutti i cittadini, anche la presenza di sacelli, come quello di Sant'Abbondio, non fanno che testimoniare la presenza quanto meno di "luoghi usati come sede del culto segreto di Bacco" (AMEDEO MAIURI, *Pompei ed Ercolano: fra case e abitanti*, Giunti, Firenze, 1998, p.119). E comunque, seppure non si accettasse l'idea di una degenerazione del culto, così come sembra potersi desumere dalle parole di Livio, né le tante ipotesi su questo aspetto espresse dagli studiosi, sono certamente emersi i punti di contatto e le differenze tra i *Bacchanalia* e i *Liberalia*. Sul tema vedi, tra gli altri ENRICO MONTANARI, *Identità culturale e conflitti religiosi nella Roma repubblicana*, Edizioni dell'Ateneo, 1988, p. 119 e ssg.

⁴⁷ Cfr. MANUEL-ANTONIO MARCOS CASQUERO, *Plauto y el dios de la libertad y del vino: Liber-Dioniso-Baco*, in *Minerva*, rivista de filologia clasica, n. 17, 2004, p. 115.

in Italia sin dal VI secolo, è solo nel corso del III secolo che il culto ricevette più adesioni, mutando in alcuni importanti aspetti.

Non va inoltre dimenticato che il carattere misterico del culto dionisiaco presentava anche alcuni legami con il culto orfico e con il Pitagorismo. Questi aspetti, ovviamente distanti dalla religiosità ufficiale, caratterizzati da rituali di iniziazione, non erano come tali, e lo si può facilmente capire, accessibili a tutti: i luoghi delle adunanze, il giuramento, la segretezza erano elementi del tutto nuovi. Ecco perché non tutti i cittadini conoscevano i rituali, molto diffusi invece in Italia meridionale dove sembra fossero prediletti dalla popolazione più ricca⁴⁸.

Inoltre, nonostante la presenza di atti lascivi sembri testimoniata ampiamente per la Grecia, in territorio ellenico i Baccanali non furono mai vietati. Da qui passarono certamente in Magna Grecia, in Etruria ed infine a Roma, dove vennero probabilmente visti con sfavore a causa della natura rumorosa e libera delle cerimonie. Queste, caratterizzate dalla rappresentazione di varie figure, ripercorrevano la mitica storia del dio e certamente dovevano essere tumultuose e, comunque, sempre notturne⁴⁹. Ed ecco ancora un ulteriore elemento da considerare: il culto del dio Libero era maggiormente legato al mondo agricolo, mentre i Baccanali ai misteri.

I luoghi in cui venivano praticati i rituali erano lontani dalle città, e dalle descrizioni sembra che questi ultimi fossero deliranti, violenti, in qualche caso paurosi. Certamente lascivi, considerate le descrizioni delle donne e degli uomini travestiti ed i riferimenti alle danze e agli inni. Le baccanti, in particolare, erano le vere protagoniste di questi riti, e il ricorso alla danza e all'uso di strumenti musicali è attestato anche dalle raffigurazioni scolpite sui sarcofagi.

Narra Livio che le accuse di omicidio e di omofagia, la possessione dell'adepto fino all'identificazione col dio, l'uso smodato del vino, il carattere sfrenato e licenzioso dei rituali, il forte rumore prodotto durante il loro svolgimento, l'esaltazione e lo stordimento di uomini e donne, furono gli aspetti che maggiormente impressionarono i *patres*, sebbene probabilmente non si trattò in origine che di cerimonie religiose e solenni che celebravano e rinsaldavano il legame con la terra. Eppure, altri riti simili si svolgevano a Roma senza che ciò avesse determinato grandi sconvolgimenti.

Riferimenti a Bacco sono inoltre presenti in moltissimi autori classici gre-

⁴⁸ TITO LIVIO (*Ab urbe condita*, XXXIX, 13, 14) in proposito precisava: "*in iis nobiles quosdam uiros feminasque*"

⁴⁹ Aspetto sottolineato nel racconto liviano (XXXIX, 8, 3) per il quale il *Graecus ignobilis* giunto in Etruria, mestierante di riti ed indovino era "*occultorum et nocturnorum antistes sacrorum*".

ci e latini, contenuti in tragedie, commedie, odi e poesie, ma l'opera chiaramente più importante sull'argomento è la tragedia euripidea *Le Baccanti*.

Dioniso era inoltre principalmente noto come il dio del vino⁵⁰. Risulta naturale quindi individuare un legame con i territori della Magna Grecia e dell'Etruria dove, come abbiamo visto, il culto era molto radicato. Ma se si rinvencono numerosi riferimenti al dio in associazione al vino, è anche emersa a Roma l'esistenza di un rigido divieto⁵¹: quello di bere vino⁵² da parte di una donna. Il che avrebbe giustificato anche la sua morte⁵³.

Nell'Italia meridionale, anche dopo la II guerra punica, il culto dionisiaco era comunque certamente sopravvissuto: qui, oltre ad alcuni presidi stabili, la capitale aveva occupato terre e costituito accordi e trattati. In molti casi i territori furono sottoposti a condizioni non facili: oltre a confische di territori, Roma aveva stretto anche alcuni *federa iniqua*, mentre dopo la II guerra punica colpì quei centri che si erano mostrati a lei ostili. Il territorio si era impoverito e molti si diressero verso la capitale.

La cultura greca si era irradiata proprio da queste aree grazie alle nuove vie di comunicazione⁵⁴ ed, incidendo sulla religione e sui costumi morali e la vita sociale, era facilmente giunta nella capitale, sebbene osteggiata da alcuni conservatori come Catone. Ciò venne a creare una spaccatura ed anche una certa preoccupazione all'interno di una parte dell'*élite* governante romana, la quale temette forse il rischio di un mutamento nei valori tradizionali ed una minaccia ai *mos maiorum*.

È bene ricordare, però, che in passato il Senato di fronte a situazioni analoghe non aveva reagito sempre allo stesso modo: in alcuni casi, come abbiamo visto, aveva permesso l'ingresso di culti stranieri, modificandone

⁵⁰ VIRGILIO, *Geor.*, 2, 454: "*Baccheia dona*", vino.

⁵¹ Per il timore del tradimento, sebbene il divieto per le donne non fosse più tanto radicato in età repubblicana, come sottolinea Plinio.

⁵² Sembra al contrario che, durante la celebrazione dei Baccanali in Grecia, alle baccanti fosse proibito bere dell'acqua, pena la loro immediata condanna a morte. Ciò avvenne, come precisa l'A., solo dopo che queste degenerarono, divenendo violente e disdicevoli. Cfr. voce *Baccanali* (a cura di) BRANZOLFO TOIA, in *Enciclopedia italiana e dizionario della conversazione*, vol. III, Tasso editore, Venezia, 1839, pp. 522-523.

⁵³ DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiquitates romanae*, 2,25,6; PLINIO, *Naturalis Historia*, 14, 117, VALERIO MASSIMO, *Facta et dicta memorabilia*, 2,1, 5.

⁵⁴ Dopo circa sessanta anni, il territorio bruzio sarà interessato dalla costruzione della Via Popilia, che partendo da Capua arrivava fino Reggio. Ciò al fine di avere un controllo militare del territorio; e sempre al console P. Popilius Laenas si dovrà la riforma dell'*ager publicus*, con cui saranno destinate all'agricoltura aree adibite prima alla pastorizia (C.I.L. I² 2, 638; ILS I, 23). Cfr. sul tema FELICE COSTABILE, *Enigmi delle civiltà antiche dal Mediterraneo al Nilo - Atene, la Magna Grecia, l'impero di Roma*, Iiriti Editore, Reggio Calabria, 2007, p. 390.

leggermente le loro regole, però non vietandoli mai del tutto. I culti eccessivamente distanti dalla tradizione romana erano stati invece allontanati, sebbene il miglior modo per controllarli rimanesse la loro assimilazione⁵⁵.

Certamente, però, il carattere individualista, rivoluzionario, nuovo, l'esperienza mistica, il senso di liberazione propri di questi culti erano aspetti in grado di attrarre il popolo. Avvenne pertanto che alcuni cittadini si allontanarono dai rituali tradizionali romani e spesso si trattava di appartenenti a classi subalterne, se non addirittura di schiavi che, unitamente a molte donne, celebravano i Baccanali. Il culto bacchico di tipo misterico, che quindi si era conservato nei territori meridionali, cominciò ad essere praticato anche a Roma. Da qui la repressione.

In effetti abbiamo potuto scorgere lo stretto legame dei culti bacchici con la Magna Grecia, da cui molti studiosi pensano che questi presero le mosse. Per la Calabria, Piromalli ha sottolineato come durante l'età ellenistica *"i culti greci accettati creano una comunanza culturale greco-brettia."*⁵⁶ Inoltre le terre bruzie avevano abbandonato per ultime Annibale e resistito a Roma, ed anche le suggestioni terminologiche sembrano ricollegare il culto a queste aree.

Concordo inoltre con la tesi di chi sostiene che le difficoltà incontrate da questi territori avevano reso più facile la possibilità che ivi si diffondessero e si celassero per molto tempo i Baccanali.

Culti bacchici sono attestati a Taranto, Eraclea, Locri, ed ancora in Etruria, mentre la triade Libero, Libera e Cerere sembra avere avuto origine sicula o comunque provenire da città tirreniche. Da qui, attraverso la Campania, sarebbe giunta in Lazio, dove si diffusero anche l'orfismo ed il pitagorismo.

3. Le cause dell'intervento del Senato

Bisogna allora chiedersi quali furono i motivi scatenanti l'azione del senato, precisando però che le tesi espresse nel tempo dalla dottrina su questo aspetto sono state tra loro molto diverse ed, in alcuni casi, anche contrapposte.

A partire dalla scoperta del testo di Tiriolo fino ad oggi gli studiosi infatti

⁵⁵ Ma, come precisa ERICH S. GRUEN, (*Studies in Greek culture and Roman policy*, University of California Press, 1996, p. 40) *"The decision to strike against the followers of Bacchus suddenly and surprisingly broke that pattern"*.

⁵⁶ ANTONIO PIROMALLI, *La letteratura calabrese*, III ed., Pellegrini editore, Cosenza, 1996, p. 13.

non hanno smesso di domandarsi le ragioni delle rigorose misure adottate, essendo tutti concordi nel riconoscere quell'episodio come un momento significativo e certamente singolare della storia repubblicana di Roma. Appare però interessante confrontare tesi meno recenti ed altre a noi temporalmente più vicine sull'argomento.

Secondo Bossi⁵⁷ l'episodio doveva essere ricollegato al divieto, da sempre esistente e vigente in Roma, di venerare divinità straniere, già presente nelle XII tavole e ricordato da Cicerone⁵⁸. A questo scopo l'A. citava una serie di casi in cui altre divinità straniere erano state bandite da Roma, al fine di dimostrare che l'intolleranza religiosa contro i culti stranieri non costituisse una novità. Anche per l'Airenti, nel 186 a.C., la volontà dei magistrati era quella di estirpare, sterminare e sopprimere il rito straniero segreto, e certamente non solo quella di impedire i delitti, e ciò si desumerebbe dal racconto liviano ed anche dal S.C.. Avrebbe dimostrato chiaramente questa volontà il fatto che i Bacchanali furono proibiti non solo a Roma, ma in tutta Italia e, inoltre, che si cercarono i sacerdoti del culto. Egli pensava però che fino al 186 a.C. non si avesse ancora il sospetto di cospirazioni segrete perché in quel caso le autorità romane non si sarebbero limitate a cercare solo i sacerdoti, ma anche i capi secolari e si sarebbe istruito il popolo sui loro iniqui disegni⁵⁹.

Anche nel secolo scorso una parte della dottrina⁶⁰ ha letto l'episodio come una reazione del Senato al fine di difendere la religione di Roma dalle sovrapposizioni straniere.

Al contrario, il Levi⁶¹ pensava che l'opinione molto diffusa in dottrina, secondo la quale il S.C. *de Bacchanalibus* non fosse un atto repressivo a carico della facoltà di associazione in quanto tale, ma piuttosto rivolto contro le associazioni di carattere segreto, fosse quanto meno discutibile. Il S.C. infatti, aggiungeva l'A., non impediva solo la segretezza delle riunioni, ma limitava anche *“le associazioni e le loro riunioni, stabilendo l'obbligo della registrazione presso i poteri di polizia spettanti al pretore urbano”*. Precisava infatti l'A. che *“la segretezza dell'associazione dionisiaca fu certamente un elemento che intervenne nella proibizione senatoria, ma fu l'associazione in quanto tale a*

⁵⁷ LUIGI BOSSI, *Osservazioni critiche sulla Storia d'Italia*, raccolte da Carlo Annoni, opuscolo III, Stamperia Ostinelli, Como, 1829, p. 59.

⁵⁸ *“Deos peregrinos ne colunto”*, ricordato da CICERONE, *De Legibus*, lib. II.

⁵⁹ GIUSEPPE VINCENZO AIRENTI, *op.cit.*, p. 128 e sgg.

⁶⁰ Cfr. DECIO CINTI, *Storia delle religioni*, Editore Piccin, 1961, p. 397.

⁶¹ MARIO ATTILIO LEVI, *Roma antica, Società e costume*, Vol. II, UTET, Torino, 1976, p. 554. Ricorda infatti successivamente l'A. come la libertà illimitata di associazione venne riconosciuta da una legge Clodia del 58 a.C., revocata da un senatoconsulto nel 56 a.C. e da una legge nel 55 a.C. G. Cesare vietò tutte le associazioni di qualunque genere, e la materia venne riordinata nel 7 d.C. da Augusto.

destare preoccupazioni, in quanto, con la sua diffusione conduceva parte della popolazione a sfuggire agli inquadramenti tradizionali nelle clientele e nei culti gentilizi che con le clientele si collegavano”.

Ma Bossi riteneva che l’episodio dei Baccanali non potesse essere ridotto solo a un fatto di natura religiosa. Il timore era, per l’A., da ricercarsi probabilmente nelle “segrete adunanze” di cui non era chiaro alla classe dirigente romana lo scopo. Senza citare la politica, però, il discorso del console Postumio non colpiva il fatto religioso, il rito, ma l’organizzazione, che era l’aspetto che faceva maggiormente paura⁶².

Come ha messo in evidenza la Gallini, però i Baccanali, ricalcando la stessa organizzazione della *res publica* (magistrature e promagistrature), assumevano una connotazione latina e locale, cosa questa molto diversa dall’estraneità di cui veniva accusato il rito⁶³.

Per Forti, l’episodio dei Baccanali e la persecuzione dei Druidi in Britannia e nelle Gallie rappresentavano “due grandi atti di civile intolleranza”: minando la sicurezza delle persone e del governo e corrompendo la morale furono, per lui, ragioni politiche⁶⁴ e non religiose a dar motivo alle persecuzioni⁶⁵.

⁶² LUIGI BOSSI, *Della istoria d'Italia antica e moderna*, Giegler, Bianchi e Co, Milano, 1819, pp. 392-393. “Io non credo che questo fatto (abolizione dei baccanali) possa riferirsi al solo oggetto religioso (...); perché il console Postumio, scoperti avendo que' riti che di nascosto si praticavano e quelle segrete adunanze, denunziò tosto quella scoperta al popolo come importantissima, e non da Roma solo, ma da tutta l'Italia chiese che eliminati fossero que' riti come contrari alla morale, e forse ancora più perniciosi o pericolosi per la politica. Non era dunque l'oggetto di Postumio quello di abolire un nuovo culto, ma quello bensì di impedire le segrete adunanze, delle quali forse non conosceva bene lo scopo; e se parlando al popolo accennò, secondo Livio, la esclusione già data ai culti stranieri, egli ad altro oggetto nol fece se non per indurre il popolo ad accogliere la di lui proposizione, senza punto entrare negli arcani della politica e dello interesse dello stato. Egli è perciò che uscendo dal proposito de' culti e delle cerimonie, addusse altresì nella orazione medesima all'esempio dei vaticinatori, che dal foro, dal circo, e dalla città ancora erano stati cacciati. Non è quindi meraviglia se nel famoso *senatusconsulto de' Baccanali*, scoperto nello scorso secolo nell'Abruzzo e nobilmente illustrato da Matteo Egizio, diconsi i Baccanali medesimi contrari alla religione dello stato; non si volle già dire per questo che contrari fossero al codice rituale; ma volle bensì indicarsi che lo stato facevasi scrupolo (nel qual senso tante volte viene usurpata da Cicerone la parola religio), di permettere quelle segrete società e quelle private cerimonie nelle quali temevasi, che commettere si potessero gravi disordini o anche delitti.” In questo caso, pur descrivendo accuratamente i fatti avvenuti nel 186 a.C., notiamo come l’A., riferendo del S.C., che pure definisce famoso, sbaglia nell’indicare il luogo del ritrovamento e parli erroneamente dell’Abruzzo, anziché della Calabria.

⁶³ CLARA GALLINI, *op.cit.*, p. 55.

⁶⁴ Sul tema ARNOLD J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy*, II, Oxford, 1965, II, Torino, 1981, p. 469, ha scritto che “Il punto di vista dal quale il governo romano affrontò i suoi problemi fu, tuttavia, non religioso, bensì politico”.

⁶⁵ FRANCESCO FORTI, *Libri due delle Istituzioni di Diritto Civile*, accomodate all’uso del foro, opera postuma, vol. II, ed. Viesseux, Firenze, 1841, p. 31.

Diversamente la pensava il Barinetti per il quale, invece, il senatoconsulto sui Baccanali non poteva essere definito atto di intolleranza perché con esso si erano combattuti gli abusi e l'immoralità, più che i riti e le credenze⁶⁶.

Già Micali aveva affermato che il Senato intervenne perché avvertì pericolo per la *"pubblica e privata salute"*⁶⁷.

Una tesi certamente affascinante, di cui ci informa il Bruhl, fu sostenuta da M. Cichorius⁶⁸: i senatori nel 186 a.C., con le loro decisioni, si sarebbero ispirati ad un editto di Tolomeo IV Filopatore⁶⁹ relativo ai preti egizi. L'editto avrebbe prescritto che coloro che fossero stati iniziati ai Misteri di Dioniso, nei tre giorni successivi al loro arrivo avrebbero dovuto rendere una dichiarazione scritta, facendo conoscere immediatamente chi avesse loro impartito l'insegnamento del culto. In più, secondo Cichorius, M. Emilio Lepido, inviato in Egitto nel 201 a.C. per amministrare il regno e poi tutore dei figli del sovrano egizio, nel 186 a.C., essendo uno dei personaggi più influenti dell'assemblea senatoriale romana oltreché pontefice massimo, avrebbe dunque ben potuto far conoscere l'editto del re ai senatori e farne adattare la procedura al diritto pubblico romano⁷⁰.

Secondo Holleaux⁷¹, invece, l'analogia tra i due testi sarebbe stata solo apparente, in quanto il monarca egizio aveva soltanto chiesto informazioni sull'organizzazione delle loro associazioni e sul *ἑρως λόγος*, non parlando affatto di autorizzazione necessaria al fine di celebrare i Misteri.

Roussel⁷², infine, ha dimostrato che il fine del monarca greco-egizio era quello di dare al culto dionisiaco, da lui seguito, la medesima organizzazione e gerarchia della religione egiziana, proprio perché Dioniso ricevesse gli stessi onori di altre divinità indigene⁷³. Ciò per giungere infine ad un riconoscimento formale e ad una unificazione delle società stesse dei Baccanti⁷⁴. E certamente non si può dire che questo fosse ciò che i Senatori volevano ottenere nel 186 a.C. a Roma.

⁶⁶ PIETRO BARINETTI, *Diritto romano*, p. gen. 2, Vallardi, Milano, 1864, p. 143.

⁶⁷ GIUSEPPE MICALI, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁸ CONRAD CICHORIUS, *Römische Studien*, Leipzig, 1922, p. 21.

⁶⁹ In greco Πτολεμαῖος Φιλοπάτωρ, Ptolemaios Philopator. Sembra che anche lui adorasse Dioniso. (Cfr. BRUHL, p. 108); Sul tema cfr. Anche FURIO JESI, *Notes sur l'édit Dionysiaque de Ptolémée IV Philopator*, Journal of Near Eastern Studies, Vol. 15, No. 4 (Oct., 1956), pp. 236-240.

⁷⁰ ADRIEN BRUHL, *ivi*, pp. 107-108.

⁷¹ MAURICE HOLLEAUX, *Rome, la Grèce et les monarchies hellénistiques*, De Boccard, Paris, 1921, p. 73, n. 1.

⁷² PIERRE ROUSSEL, *Les cultes égyptiens à Délos du III^e au I^{er} siècle av. J.C.*, Paris- Nancy, 1916, p. 241.

⁷³ Cfr. ADRIEN BRUHL, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁴ ADRIEN BRUHL, *ivi*, p. 109.

Del caso si occuparono negli anni Trenta del Novecento soprattutto il Gelzer⁷⁵ ed il Fraenkel⁷⁶, le cui tesi furono riunite e sintetizzate dal Bequignon, permettendo così una maggiore comprensione degli aspetti giuridici e, in particolare, della *quaestio extra ordinem*, rafforzando la solidità congiunta del S.C. e del racconto del processo fatto da Livio⁷⁷.

Il De Sanctis, in accordo con il Reinach⁷⁸, riconobbe che l'episodio del 186 a.C. fu "*uno di quegli scoppi di cieco fanatismo*"⁷⁹, che lo fanno avvicinare alla persecuzione dei Cristiani⁸⁰ da parte di Nerone. E le incongruenze e i difetti di chiarezza nei documenti ufficiali concernenti l'episodio della repressione potrebbero spiegarsi forse proprio in relazione al contrasto tra la tradizionale precisione degli atti amministrativi del Senato e la "*montatura fanatica*"⁸¹, cui lo stesso senato non riuscì a sottrarsi in quell'occasione.

Inoltre nonostante fosse prevista l'applicazione della pena di morte per i

⁷⁵ MATTHIAS GELZER, *Die Unterdrückung der Bacchanalien bei Livius*, in *Hermes*, 71, 1936, pp. 275-287.

⁷⁶ EDUARD FRAENKEL, *Senatusconsultum de Bacchanalibus*, in *Hermes*, 67, 1932, p. 369-396. L'A. riguardo al *Senatus consultum de Bacchanalibus*, notando la presenza di irregolarità stilistiche, sostenne la presenza di più vasti rimaneggiamenti, osservando che (p. 392), la confusione fosse da attribuirsi probabilmente al redattore che "*wird ein des Lateinischen einigermaßen Kundiger Südtaliker, vielleicht ein Mann mit oskischer oder griechischer Muttersprache gewesen sein*". Contro questa ipotesi, si veda JOSEF KEIL, *Dans Sogenannte Senatus Consultum de Bacchanalibus* in «*Hermes*», 68, 1933, p. 306-320.

⁷⁷ Cfr. JEAN MARIE PAILLER, *op. cit.*, 1982, p. 931.

⁷⁸ SALOMON REINACH, *Une ordalie par le poison à Rome et l'affaire des Bacchanales*, "Revue archéologique", XI, janvier-juin 1908, p. 252. ID., *Cultes, mythes et religions* III, Paris, 1908, p. 266 e sgg.

⁷⁹ GAETANO DE SANCTIS, in *Rivista di Filologia e d'Istruzione classica*, NS, XI, 1933, p. 124-125 [=Ed. Fraenkel sul S.C. de Bacchanalibus, in ID., *Scritti minori*; (nuovamente editi da Aldo Ferrabino e Silvio Accame), VI, 2, Roma, 1972, pp. 856-857].

⁸⁰ Cfr. TACITO, *Annales*, 15,44, 2-5, l'epistola tra Plinio il Giovane e Traiano (*Ep.* 10,96-97). Cfr. sul tema MARTA SORDI, *Il Cristianesimo e Roma*, Cappelli, Bologna, 1965, e PIER VINCENZO COVA, *Testimonianze letterarie latine sul Cristianesimo dei primi due secoli*, in (Guida) Nuova Secondaria, n. 1, 1994, pp. 63-66.

⁸¹ Cfr. GAETANO DE SANCTIS, *op.cit.*, p. 125. L'A., in relazione allo studio del Fraenkel (art. cit.) scriveva: "*Nel caso particolare del S.C. de Bacchanalibus è opportuno rilevare che la violenta soppressione dei Bacchanali in Italia sul principio del II secolo av. Cr. rappresenta uno di quegli scoppi di cieco fanatismo che si possono paragonare alla persecuzione neroniana contro i cristiani, e, nell'età moderna allo Hexenvahn o ai processi contro gli untori. Ciò è così evidente che non avrebbe bisogno di essere messo in luce, ma fu a ogni modo, di fronte all'insensibilità generale dei critici circa la valutazione di quei fatti, messo in luce da S. Reinach e sulle sue tracce, pur con le opportune riserve, da chi scrive, in St. dei rom. IV. I p. 598 e ssg. Che in un tale stato di cose con la usuale circospezione e precisione amministrativa del senato cozzasse la montatura fanatica cui il senato non riuscì a sottrarsi, che ne nascesse nei documenti ufficiali concernenti la soppressione incongruenze e difetti di chiarezza, è ovvio e dovrebbe presumersi anche se tali documenti non si avessero. S'intende che per stabilire la portata effettiva di queste premesse per la interpretazione e valutazione del S.C. de Bacchanalibus si richiederebbe d'integrare i risultati raggiunti dal Fraenkel con una ricerca altrettanto coscienziosa e minuta quanto la sua.*"

colpevoli ed il clima politico non fosse certo molto sereno, Grimal fa notare come il culto non fu vietato, ma si permise che esso venisse celebrato sotto la sorveglianza dei magistrati. In questo caso però, aggiunge l'A., non può certo parlarsi di tolleranza, né di libertà di coscienza; semmai le autorità erano prudenti di fronte a "*a ciò che consideravano come una manifestazione evidente del divino*" e sempre che ciò non costituisse un pericolo per l'equilibrio dell'Urbe. Questo tipo di comportamento giustificherà infatti, come ancora sottolinea l'A., la politica contro i Cristiani seguita durante l'impero⁸².

Pettazzoni osservò così come l'episodio da noi considerato segni "*il precedente giuridico per l'intervento dello stato romano contro altre religioni*"⁸³ come il Giudaismo e il Cristianesimo.

Il Pailler ha inoltre osservato come il testo del S.C. ed il racconto liviano costituiscano due documenti precisi, concordanti e complementari ma, aggiunge lo storico francese, nonostante la ricchezza della documentazione, il caso resta oscuro⁸⁴. Su quest'ultima riflessione concorda anche Bauman⁸⁵ quando parla di aree grigie che ancora residuano intorno alla soppressione del culto del 186 a.C.

Tito Livio con la sua opera ci ha permesso di comprendere in parte le intenzioni dei patres, ma, per il Bruhl, bisogna tenere conto che per i senatori del 186 a.C. i rapporti tra l'uomo e la divinità erano sigillati da un contratto che non poteva essere violato impunemente⁸⁶.

Casalino sottolinea infatti come il culto bacchico-dionisiaco, "*pur essendo agli antipodi della mentalità romana*" non aveva mai ricevuto divieti relativi

⁸² PIERRE GRIMAL, *La civiltà romana*, a cura di J. P. Le Divelec, Sansoni, Firenze, 1961, Newton & Compton, Roma, 2007, pp. 85-87. (tit. orig. *La Civilisation romaine*, Arthaud Paris, 1960, pp. 101). "*La reazione del Senato romano fu spietata. Un senato-consulto proibì, sotto pena di morte, di formare associazioni dionisiache. Ma il culto stesso del dio non fu interdetto, purché fosse celebrato apertamente e da un clero sottoposto alla sorveglianza dei magistrati. Non è tuttavia il caso di parlare, in questa circostanza, di tolleranza romana. Il sentimento che ispirava i senatori non era affatto quello del rispetto della libertà di coscienza, ma corrispondeva a una elementare prudenza di fronte a ciò che consideravano come una manifestazione evidente del divino. Coscienti della ricchezza infinita del divino, i senatori non ignoravano che la religione ufficiale non giungeva ad abbracciarlo interamente ed erano pronti a procurare allo Stato i benefici di qualsiasi teurgia. In cambio, esigevano che le pratiche tollerate non fossero pericolose per l'equilibrio e per la disciplina dell'Urbe. Questo stato d'animo, che persistette fino alla caduta di Roma, giustifica in gran parte la politica seguita dagli imperatori nei riguardi del cristianesimo.*"

⁸³ RAFFAELE PETTAZZONI, *Saggi di storia delle religioni e di mitologia*, Roma, p. 163. Cfr. ENRICO MONTANARI, *Categorie e forme nella storia delle religioni*, Editoriale JakaBook, Milano, 2001, p. 17.

⁸⁴ JEAN-MARIE PAILLER, *op. cit.*, 1982, p. 929.

⁸⁵ RICHARD A. BAUMAN, *The Suppression of the Bacchanals: Five Questions*, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, Vol. 39, No. 3 (1990), p. 336.

⁸⁶ ADRIEN BRUHL, *op. cit.*, p. 104.

alla celebrazione dei riti purché il dio non ne fosse offeso. *“Infatti il Senatus Consultum del 186 a. C. si limitò a tutelare l'ordine politico e/o religioso con la proibizione delle adunate segrete di più persone e delle loro scorribande notturne che, evidentemente, costituivano un pericolo per la salute spirituale del popolo, essendo contrarie allo stile austero e sereno della religiosità romana”*⁸⁷.

4. Altre tesi a confronto

Secondo la Gallini, confrontando i Bacchanali con altre associazioni ad essi contemporanee o sorte precedentemente, i primi dovevano apparire fuori norma oltretutto il primo esempio di un culto divino che convogliasse al proprio interno individui e gruppi di varia estrazione sociale ed occupazionale. La studiosa arriva infine ad ipotizzare un tentativo di protesta sociale all'interno del quale erano confluite varie forme di risentimento⁸⁸.

Per Rupke, nel 186 a.C. si verificò probabilmente la prima occasione in cui il culto di una divinità venne considerato come una minaccia per la comunità, anche se già nel 213 a.C. si era giunti a proibire la celebrazione pubblica di riti stranieri. Per giustificare il divieto però il Senato fece riferimento alla minaccia di cospirazione e non alla presenza di incontri notturni di uomini e donne, testimoniati da Livio, o alla paura del culto di origine orientale, che tanto ha influenzato le varie descrizioni degli eventi⁸⁹.

Alcuni studiosi hanno pensato che seppure la descrizione liviana fosse stata in qualche punto esagerata, ciò che appare sorprendente è che migliaia di persone vi partecipassero da anni senza che i magistrati apparissero consapevoli di questo⁹⁰. Restano da identificare le fonti primarie ed eventual-

⁸⁷ GIANDOMENICO CASALINO, *Il nome segreto di Roma: metafisica della romanità*, Edizioni Mediterranee, 2003, p. 124. *“È da notare – continua l'A. – qui la prudenza dei senatori, della classe dirigente romana, dovuta alla convinzione in sé giusta e tradizionalmente ortodossa, che si affrontava un argomento inerente il Sacro, e che pertanto non doveva essere oltraggiato si da porlo contro lo stesso Popolo romano e la sua Fortuna”*.

⁸⁸ CLARA GALLINI, *op. cit.*, pp. 85 e 27.

⁸⁹ JÖRG RÜPKE, *Religions of the Romans*, translated and edited by Richard Gordon, Polity Press., Cambridge, 2007, p. 33. *“(…) Two aspects of this interference by the political leadership are worth stressing. (1) The year 186 B. C. seems to have been the first occasion when the worship of a prestigious and prominent deity was perceived as a real threat to the community, although there had already been some disturbances in 213 (during the second Punic war) which had led to the prohibition of foreign rites being celebrated in public. (2) it was obviously felt necessary to justify that first case of direct policing of a basically non-Roman cult. The main justification offered was the threat of conspiracy, not the voyeuristic phantasies of nightly orgies reported by Livy, or the pre-view of the so-called oriental cult, which have obsessed so many accounts of these events”*.

⁹⁰ SCHMITZ LEONHARD, v. *Dyonisia*, in William Smith (ed), *Bacchanalia*, in *Dictionary of Greek and*

mente la misura della loro distorsione da parte di Tito Livio⁹¹.

Per Luisi, in effetti, qualcuno in Senato ebbe interesse a far passare il gruppo dionisiaco e la sua organizzazione come “una congiura clandestina ai danni dello Stato”⁹², e continua l’A., Catone era presente alla seduta senatoriale e anzi fu “*l’ispiratore della repressione*” ed “*in quel contesto certamente avrà preso la parola per ammonire i consoli e avvertire gli amici del gruppo politico cui aderiva del pericolo che incombeva sullo Stato*”.

Secondo Reinach, dal racconto di Livio si può constatare che non vi fu un’indagine seria, ma soltanto una denuncia, forse estorta, che diede il pretesto alle autorità romane per instaurare un regime di terrore, ma quello che è più importante è che l’intento principale non fosse la salvezza dei costumi romani, quanto la distruzione dell’ellenismo in Italia⁹³.

Kathryn Lomas sottolinea come il trattamento usato verso i baccanti nel

Roman Antiquities, Edition 2, Walton and Maberly, 1857, p. 414. “We have, in our account of the Roman Bacchanalia closely followed the description given by Livy, which may, indeed be somewhat exaggerated; but, considering the difference of character between the Greeks and Romans, it cannot be surprising that a festival like the Dionysia when once introduced among the Romans, should have immediately degenerated into the grossest and coarsest excesses. Similar consequences were seen immediately after the time when the Romans were made acquainted with the elegance and the luxuries of Greek life; for like barbarians knew not where to stop, and became brutal in their enjoyments. But whether the account to Livy be exaggerated or not, thus much is certainly, that the Romans ever since the time of the suppression of Bacchanalia, considered these orgies as in the highest degree immoral and licentious, as we see from the manner in which they applied the words derived from Bacchus, Baccher, Bacchans, bacchatio, baccheius, and others. But the surprising circumstance in the account of Livy is, that the Bacchanalia should have been celebrated for several years in the boisterous manner described above, and by thousand persons, without any of the magistrates appearing to have been aware of it. While the Bacchanalia were thus suppressed another more simple and innocent festival of Bacchus, the Liberalia continued to be celebrated at Rome every year on the 16th of March.”

⁹¹ JEAN-MARIE PAILLER, *op. cit.*, 1982, p. 931.

⁹² ALDO LUISI, *La terminologia del terrorismo nella vicenda dei Baccanali del 186 a. C.*, in *Terror e Pavor, violenza, intimidazione, clandestinità nel mondo antico*: atti del Convegno Internazionale, a cura di Gianpaolo Urso, Cividale del Friuli, (22-24 settembre 2005), ETS, 2006, pp. 145-156. “Qualcuno nel Senato aveva interesse a far passare il movimento dionisiaco come una congiura clandestina ai danni dello stato e ad atzarvi contro il popolo, a dare un orientamento politico alla persecuzione dei Baccanali, presentando gli adepti come gruppo unito dal punto di vista sacrale, economicamente forte, legato da giuramento che consisteva nel mantenere il segreto su quanto si compisse nel tiaso, a sua volta manovrato da un altro gruppo di potenti, come quello scipionico, che annoverava al suo interno ammiratori della cultura greca, ma anche influenti fautori di correnti filoelleniche.” (pp. 149-150). Ciò sempre se, avverte l’A., così può essere inteso un frammento giuntoci grazie a Festo (314 p. 280 L) del *De Coniuratione* di Catone, che “secondo Jordan (IORDAN H., *Stutgardiae* 1860, (1966), LXXVII), Catone avrebbe tenuto in Senato appunto nel 186 a.C.”. Di questo frammento sulla cospirazione resta una sola parola del discorso (*prece*), oltre al titolo, ma già quest’ultimo risulta abbastanza indicativo.

⁹³ SALOMON REINACH, *ivi*, p. 252, “Aujourd’hui, le récit de Tite Live en main, l’histoire constate qu’il n’y eut pas d’enquête sérieuse, mais une dénonciation unique, peut-être estorquée, à coup sur mensongère, qui donna prétexte à l’établissement d’un régime de terreur: ce ne fut pas le salut des mœurs romaines, mais la ruine de l’hellenisme en Italie”.

186 a.C. evidenze certamente nervosismo, probabilmente dovuto alla natura segreta e ristretta del culto, così come ai disordini pubblici che esso probabilmente generò⁹⁴. Mentre Luisi pensa che gli aderenti al culto percepissero però di aderire a un gruppo clandestino, amministrando la giustizia al suo interno e gestendone la cassa⁹⁵. Egli ritiene infatti che Livio abbia sposato la tesi di Catone della congiura perché *“riteneva potesse frenare le nuove conventicole clandestine, portatrici di disordine sociale e morale”* forse diretto a *“una difesa al programma di Augusto⁹⁶ volto al rinnovamento dei costumi”*.

Sirago ipotizza che all'origine dell'intervento romano ci sia stata paura di sconvolgimenti sociali. Non si trattava però, per l'A., di semplici fanatici religiosi, ma *“di cogenti necessità individuali che trovavano risposta nella pratica di quei riti”*⁹⁷, perché il culto del dio Dioniso prometteva liberazione individuale e morale, diffondendosi così maggiormente tra le classi umili⁹⁸. *“Di qui alla libertà sociale il passo è breve: perciò l'accentuarsi del divario tra ricchi e poveri e la crescita numerica della schiavitù favorirono la diffusione del culto bacchico specialmente nelle contrade di più avvertita sofferenza, come in Etruria”*⁹⁹. Infatti, continua l'A., in Puglia la raccolta di tanti schiavi ribelli non sarebbe mai avvenuta se non vi fosse stato ad unirli un unico ideale religioso¹⁰⁰.

⁹⁴ KATHRYN LOMAS, *Rome and the Western Greeks, 350 BC-AD 200: Conquest and Acculturation in Southern Italy*, Routledge, London and New York, 1993, p. 81. E rif. ERICH S. GRUEN, *Studies in Greek Culture and Roman Policy*, Leiden, 1996, 39-78. LIV., XXXIX, 8.3-9.1.

⁹⁵ Cfr. ALDO LUISI, *op. cit.*, pp. 154-155; l'A. fa riferimento e si collega alla necessaria autorizzazione senatoria imposta col decreto per le riunioni e alle varie prescrizioni in esso contenute perché ci si potesse riunire.

⁹⁶ Il programma di restaurazione dei *mos maiorum* augusteo andava nella stessa direzione seguita da Catone, nel II secolo a.C. (ALBERTO PRIETO ARCINIEGA, MARIA ENCARNA SANAHUJA YLL, *El papel de la mujer en las Bacanales Romanas*, in AA.VV., *Memorias de Historia Antigua*, n. 5, 1981, (Ejemplar dedicado a: Paganismo y cristianismo en el occidente del imperio romano) p. 150.

⁹⁷ VITO ANTONIO SIRAGO, *Puglia Romana*, Edipuglia. Bari, 1993, pp. 126- 127.

⁹⁸ Cfr. sul tema GIUSEPPINA BASTA DONZELLI, *Teatro euripideo: Linguaggio lirico e rilevanza drammatica*, in *Cultura e lingue classiche*, 3 a cura di Biagio Amata, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1993, p. 75. *“Le Cariti, Le Muse, Afrodite, i riti delle Grande Madre e di Bacco, la musica e il canto e la danza possono placare la disperazione e il risentimento e restituire alla gioia della vita”*.

ILEANA CHIRASSI, *Il Magos e la Pharmakis*, in *Religions orientales - Culti misterici*, Neue Perspektiven, (a cura di) Corinne Bonnet, Jörg Rüpke, Paolo Scarpi, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2006, p. 167: L'episodio dei Bacchanali è espressione del rapporto *“così spesso affiorante tra mondo “servile”, mondo degli oppressi e mondo “magico”, dove il mondo magico appare come luogo entro il quale si è certi di poter trovare rimedi efficaci per situazioni intollerabili”*.

⁹⁹ VITO ANTONIO SIRAGO, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁰ VITO ANTONIO SIRAGO, *ibidem*.

Reinach¹⁰¹, invece, ricercò dei legami tra questo episodio ed altri della storia, per esempio quelli verificatisi negli anni 331 e 180 a.C., ma individuò anche delle accuse simili a quelle rivolte ai baccanti, nei casi contro i Cristiani e, successivamente, i Manichei, i Giudei e i Templari.

Ad ogni modo si trattò di una “*sofferta delibera*”, ma certamente produsse effetti drammatici sugli aderenti al culto non solo nella capitale, ma in tutta Italia¹⁰².

Anche l'aumentato numero dei partecipanti ai Bacchanali aveva probabilmente accresciuto i dubbi e le paure del Senato, costringendolo ad intervenire radicalmente ed in modo unitario contro un culto causa ormai di reati, non bastando più il ricorso alla sola *coercitio*. Quest'ultima infatti non dando vita alla creazione di una norma generale, avrebbe condotto a dei limitati interventi, ogni volta tra loro autonomi. Disponendo, al contrario, la repressione ad opera dei magistrati, i senatori davano così vita alla “*creazione di una norma in senso moderno: I Bacchanali sono un illecito di per sé e non in quanto occasione eventuale di delitto*”¹⁰³.

Entrata Roma a contatto con queste difficoltà, è chiaro che la *coniuratio* non poteva più essere intesa come un semplice giuramento, ma parlandosi di omicidi, addirittura rituali, di avvelenamenti e di altri gravi crimini, così come si evince dalle parole di Livio, si palesava il rischio di sovversione dello Stato. Ed altri autori riguardo ai bacchanali hanno infatti ipotizzato il rischio di attività sovversive, volte a indebolire il potere centrale e caratterizzate dalla commissione di gravi reati. Esse convergono nell'ipotizzare da parte degli aderenti forme di sovversione dell'ordine pubblico, tradizionalmente tutelato dalle istituzioni repubblicane e, in particolare, dai *patres*.

Come sottolinea Corsetti, alcuni culti dissidenti si innestarono sulle celebrazioni convenzionali, divenendo Dioniso il santo patrono di associazioni iniziatiche parallele e, come sostenuto da alcuni autori, si sarebbe trattato “*di sette che, organizzate in clan familiari, esigevano un esame morale dei candidati e funzionavano sulla base di una gerarchia iniziatica*”¹⁰⁴.

¹⁰¹ SALOMON REINACH, *op. cit.* p. 252.

¹⁰² ALDO LUISI, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰³ LUIGI GAROFALO, *Alcuni scritti di Giuseppe Branca sulle “convenzioni costituzionali” nell'antica Roma*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Cedam, Padova, 2009, p. 57. Secondo l'A., se ci poniamo “specificamente” la domanda se la norma del Senato fosse o meno una norma vincolante, la risposta non potrà che essere positiva “*in quanto si cita il S.C. come atto normativo (fonte di diritto), imperativo, vincolante di per sé, mentre gli editti dei magistrati sono solo eventuali. Infatti il Senato censet, decernet, né chiede al magistrato, ma gli attribuisce poteri*”.

¹⁰⁴ JEAN PAUL CORSETTI, *Storia dell'esoterismo e delle scienze occulte*, (tit. orig. *Histoire de l'ésotérisme et des sciences occultes*, Librairie Larousse, 1992), Gremese Editore, Roma, 2003, p. 27.

Si può quindi immaginare che, a seguito delle voci sugli incontri notturni tra uomini e donne, i riti furono visti come “*una minaccia per la pubblica sicurezza e si temeva favorissero la diffusione di organizzazioni segrete soprattutto fra le classi più povere*”¹⁰⁵.

Bisogna inoltre ricordare che a Roma tutte le riunioni di cittadini erano legali solo quando a convocarle fosse un magistrato o un tribuno, non ammettendo lo stato alcun'altra associazione organizzata cui i cittadini partecipassero¹⁰⁶.

Infatti, aggiunge Ziolkowski, la libertà di associazione era estranea al mondo dell'élite romana, che considerava ogni gruppo organizzato e indipendente dallo Stato una *coniuratio* criminale, un modo per rovesciare la repubblica. La repressione del 186 a.C. non fu provocata, per l'A., dalle voci sugli omicidi rituali e sugli altri crimini, ma “*da un crimine capitale nel senso letterale del termine: l'ampia diffusione del culto e il suo carattere organizzato, e inoltre la mancanza di qualsiasi controllo su di esso da parte dell'apparato politico e religioso della repubblica*”¹⁰⁷.

Di gruppo “*altamente strutturato*”, e come tale “*visto come minaccioso per l'ordine sociale*” hanno parlato Beard, North e Price¹⁰⁸. Secondo i tre studiosi, la soppressione dei gruppi bacchici doveva aver “*testato il limite della lealtà degli alleati*” per la capitale, che interferiva così nelle questioni interne dei suoi alleati.

A parere di altri studiosi, invece, il Senato soppresse l'organizzazione per conservatorismo, oppure perché la gerarchia interna del gruppo bacchico non era stata approvata dai *patres*, e la lista di crimini elencati da Livio sarebbe il risultato dei suoi pregiudizi morali.

Ma, partendo dal presupposto che una delle leggi delle XII tavole vietava sacrifici pubblici o privati sia in casa che in luogo consacrato a dei, se non da parte di chi fosse preposto a tale ufficio, l'Airenti pensava che tale regola non potesse ritenersi applicabile solo ai culti romani e non anche a quelli

¹⁰⁵ ALFREDO ANTONAROS, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁶ ADAM ZIÓLKOWSKI, *Storia di Roma*, Bruno Mondadori, Economica, Trad. dal polacco di Danilo Facca, Milano, 2000, pp. 207.

¹⁰⁷ ADAM ZIÓLKOWSKI A., *ivi*, p. 208.

¹⁰⁸ MARY BEARD, JOHN NORTH, SIMON PRICE, *Religions of Rome*, vol. 1, Cambridge University Press, 1998, p. 95 e n. 84. Gli studiosi ritengono che fosse proprio la minaccia per l'ordine sociale, costituita dall'elevata organizzazione del gruppo, l'obiettivo dell'azione repressiva del Senato.

Sulla preoccupazione che le consorterie bacchiche (che presumibilmente dovevano esistere a Tiriolo, centro bruzio) potessero assumere connotazioni sociali e politiche antiromane, reale preoccupazione *sub specie religionis*, dei consoli e del senato, Cfr. FELICE COSTABILE, *Dalle poleis ai municipia del bruzio romano*, in *Storia della Calabria antica*, età italica e romana, a cura di S. Settis, Gangemi, Roma-Reggio, vol. II, 1994, p. 443.

stranieri. Ed inoltre se così fosse stato perché, si chiedeva l'A., incaricare gli edili di farne ricerca e bandirli?

Ed ancora, sempre nelle XII tavole era prescritto il divieto di adunanze notturne¹⁰⁹. In una di esse, e precisamente nella tavola VIII, 26 era scritto "*Si quis in urbe coetus nocturnos agitassit, capital esto*"¹¹⁰ ("Se qualcuno tenne in Roma combriccole notturne, sia delitto capitale"). Per garantire la sicurezza della *res publica* ed evitare congiure, insomma, erano vietate le adunanze notturne. Sappiamo infatti che al tramonto del sole non erano più permessi senatoconsulti e l'ora era detta 'Intempesta', cioè non appropriata agli affari¹¹¹. Ed anche le adunanze clandestine, cioè non autorizzate¹¹² furono punite.

¹⁰⁹ Di questo divieto ci informa Gaio. Molti studiosi hanno riflettuto su di esso. Solo per citarne alcuni, vedi per es. GIUSEPPE VINCENZO AIRENTI, op. cit., p. 132. Ma anche ADAM ZIÓLKOWSKI (op. cit., p. 207), il quale afferma "*Dato che i mezzi per il mantenimento dell'ordine erano di natura esclusivamente sociale, non c'è da meravigliarsi se già le XXII Tavole facevano del coetus nocturnus un reato (8.26) e se i gruppi organizzati non autorizzati dallo Stato erano trattati alla stregua di congiure, anche nel caso in cui loro scopo fosse la salvezza eterna, cosa apparentemente apolitica. "Apparentemente" proprio perché, secondo i Romani il fatto stesso che dei cittadini si organizzassero aveva sempre un carattere politico.*" Ed anche CLARA GALLINI (op. cit., p. 73), la quale richiama anche il passo di CIC. (*De legibus* II, 21), in riferimento al divieto fatto alle donne di celebrare riti notturni, salvo quelli che ritualmente per il popolo si compiranno: "*Nocturna mulierum sacrificia ne sunt praeter olla quae pro populo rite fient.*". Il brano terminava con queste parole: "*Neve quem initiant nisi ut adsolet Cereri Graeco sacro*", ribadendo quindi ancora la necessità che non venisse iniziato nessun altro secondo il rito greco, se non a Cerere, come consentito dall'usanza. Cfr. sul tema anche RAFFAELA GAROSI, Indagini sulla formazione del concetto di magia nella cultura romana, in Paolo Xella (a cura di), *Magia*: Studi di storia delle religioni, in memoria di R. Garosi, Bulzoni, Roma, 1976, p. 13-93.

D'altronde sempre nel testo decemvirale, oltre al divieto di tenere riunioni notturne, erano ricomprese altre norme che sottolineavano la commissione dell'illecito o del crimine nel corso della notte. Per questi reati era prevista l'applicazione di pene molto gravi. Inoltre la precisazione che alcuni reati venissero commessi con il favore delle tenebre, mette in evidenza come tale aspetto venisse considerato un elemento aggravante. Si pensi, ad es., al diritto di uccidere l'adulto, colpevole di avere rubato prodotti del suolo nella notte (con altre norme, riferito in DIGESTO, 50,16, 233,2), o ancora al furto notturno commesso dall'adulto, punito più severamente dell'omicidio (PLINIO, *Naturalis Historia*, 18.3.12). Sull'argomento, Cfr. l'accurato studio di MARIO ATILIO LEVI (*Le gentes a Roma e le XII Tavole*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 21.1, hommage a Edmond Frézouls, Series: Annales littéraires de l'Université de Besançon, Centre de Recherches d'Histoire Ancienne, Belles Lettres, Paris, 1995,1, p.140). Sul tema dei *coetus nocturni*, vedi lo studio approfondito di HANS-FRIEDRICH MUELLER, *Nocturni coetus in 494 BC*, in *Augusto augurio*, *Rerum humanarum et divinarum commentationes in honorem Jerzy Linderski*, Konrad C.F.(ed), Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 77-88.

¹¹⁰ "*Cautum esse cognoscimus, ne qui in urbe coetus nocturnos agitare*".

Nel 186 a.C. ai *tresviri capitales* fu affidato il servizio delle *vigiliae* (guardia notturna), oltre al compito di impedire le veneticole notturne e di prevenire gli incendi. Cfr. BERNARDO SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Cedam, Padova, 2009, p. 516.

¹¹¹ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano riordinate*, Vol VIII, p. II, Santini, Venezia, 1831, pp. 93-94

¹¹² Sembra da una legge Gabinia, riferita solo da Marco Porcio Latrone (decl. *Contro Catilina*, C.19) secondo cui "*Primum XII tabulis cautum esse cognoscimus, ne quis in urbe coetus nocturnos agitare, deinde lege Gabinia promulgatum, qui coitiones ulla clandestinas in urbe conflaverit, more maiorum capitali supplicio multetur*". La legge in questione avrebbe quindi previsto il ricorso alla pena

Come riferisce Cicerone¹¹³, così come il provvedimento relativo ai Bac-

capitale per chiunque avesse violato il divieto di assemblee clandestine. Sebbene sospetta, Theodor Mommsen affermò che le parole di Livio (XXXIX, 15) “*maiores uestri ne uos quidem, nisi cum aut uexillo in arce posito comitorum causa exercitus eductus esset, aut plebi concilium tribuni edixissent, aut aliquis ex magistratibus ad contionem uocasset, forte temere coire uoluerunt; et ubicumque multitudo esset, ibi et legitimum rectorem multitudinis censebant debere esse*”, avrebbero confermato la Legge Gabinia. Ed aggiungeva l’A., “*Ideo nemo privatus concionem convocare potuit, nisi a magistratu daretur*”. (THEODOR MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiliae in libreria schwersiana, 1843, p.33). Sul tema Cfr. anche FRANCESCO MARIA DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, Vol. 2, Adriatica, Bari, 1973. “(...) i decemviri si sarebbero limitati a interdire, sotto comminatoria della pena capitale, i coetus nocturni, e la lex Gabinia le coitiones clandestinae: si tratta evidentemente non di associazioni, ma di riunioni dei cittadini tenute di notte e in segreto”. (p.77), e sulla legge Gabinia, si vedano anche le pp. 69 e 76. Sul tema Cfr. anche le riflessioni di LAURA SOLIDORO MARUOTTI, *Sul fondamento giuridico delle persecuzioni dei cristiani*, in AA.VV., *Cristiani nell'impero romano*: giornate di studio, S. Leucio del Sannio, a cura di Pier Luigi Rovito, Benevento: 22-29 marzo e 5 aprile 2001, Arte tipografica, Napoli, 2002, p.159. “*Il timore che i collegia potessero favorire riunioni illecite e notturne, dunque adunanze sediziose e turbamento dell'ordine pubblico, risulta costantemente avvertito dal potere centrale e periferico in tutto il periodo del Principato. Questo senso del pericolo affondava a sua volta le radici in un antico divieto decemvirale di riunioni notturne non autorizzate(...)*”, riportando anche il riferimento alla legge Gabinia.

Mentre Bandini (VINCENZO BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, A. Giuffrè, Milano, 1937, p. 44) scriveva “*Il divieto decemvirale ne quis in urbe coetus nocturnos agitare, la lex Gabinia proibente le coitiones clandestine, non limitano che questa libertà di riunione, non riguardano il diritto di associazione*”. Riferimenti alla disposizione decemvirale e alla legge Gabinia sono anche in GAETANO ARCIERI, *Storia del diritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili e del diritto amministrativo*, Perrotti, Napoli, 1853, p. 74. In GAETANO DE SANCTIS, *Storia dei Romani: La fondazione dell'impero*. Pt.1. *Dalla battaglia di Naraggara alla battaglia di Pidna*, Bocca, Torino, 1923, p. 533. ANTONIO MARTINI, *Arti, mestieri e fede nella Roma dei Papi*, Cappelli, 1965. E in GENNARO MARIA MONTI, *Le corporazioni nell'evo antico e nell'alto medio evo*, G. Laterza, Bari, 1934, p. 21. Nel *Dizionario Enciclopedico delle leggi romane* di Berger troviamo invece che la Legge Gabinia risalirebbe al 139 a.C. (“*Fiorbade secret meetings (clandestinae coitiones) directed against the state*”), non avendo quindi nulla a che vedere con la omonima legge del 67 a.C. Cfr. ADOLF BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, The American Philosophical Society, New series - vol. 43 - part 2, Philadelphia 1953, Reprinted 1991, p. 552. Mentre per Frézouls “*peut-être une lex Gabinia de 139 av. J.C., dirigée contre les coitiones clandestinae, mais très indirectement attestée*”. (EDMOND FRÉZOULS, *De la maiestas populi Romani à la majesté impériale*, in Heinz Duchhardt - Richard A. Jackson - David Sturdy (editors), *European Monarchy*, Stuttgart, Steiner, 1992, p. 21). Se ciò fosse vero, però, noto come a questo stesso anno, il 139 a.C., viene riferita l'espulsione dei Caldei e degli adoratori di Giove Sabazio da Roma.

Inoltre ERICH S. GRUEN, (*The last generation of the Roman Republic*, Berkeley, University of California Press, Berkeley- Los Angeles-London, 1995 p. 227), per il quale essendo M. Porcio Latro l'unica fonte dell'informazione e non essendo identificato l'autore della legge, sarà prudente non dare troppo peso a questa informazione, sebbene non possa escludersi si tratti di A. Gabinius, tribuno nel 67 a.C. e sostenitore di Pompeo.

Si è però dubitato dell'attendibilità storica della notizia, oltretutto della paternità dell'opera. Il Pailler definisce la legge Gabinia “*célèbre et douteuse*”. Costituendo questa una testimonianza isolata non è, per l'A., ammissibile in quanto tale, ma è interessante, tanto da chiedersi: “*ne faut-il pas y voir une reconstruction des justifications données aux poursuites contre les catiliniens, en fonction des souvenirs de l'affaire de 186 et de l'étape qu'elle marquait dans l'évolution du droit associatif?*”. Cfr. JEAN MARIE PAILLER, *Bacchanalia, la repression de 186 a. J. A Rome et en Italie: vestiges, images, tradition*, Ecole Française De Rome, Palais Farnese, Roma, 1988, p. 259, n. 48.

¹¹³ CICERONE, *De Legibus*, II, 15, 37.

canali era la chiara espressione delle severità degli antenati con l'inchiesta e il ricorso all'esercito, anche il generale dei Tebani, Pagonda con una legge perpetua aveva vietato tutte le adunanze notturne, perché la religione non venisse usata come pretesto per tenere tali riunioni.

Infatti, secondo Pothier, tra i motivi alla base della persecuzione dei baccanali, ci fu principalmente che gli aderenti si riunivano per celebrare i riti di notte, senza capo o direttore di adunanza¹¹⁴.

Infine a parere di Sanahuja Yll e Prieto Arciniega i crimini e la licenziosità dei baccanti, da un lato permisero che il popolo comprendesse i motivi della repressione, e dall'altro costituirono una scusa perfetta per porre fine a numerose proteste sociali e alla mobilitazione dei gruppi capaci di mettere in crisi lo Stato¹¹⁵.

Altro aspetto da analizzare riguarda poi la mancata presa di posizione dei tribuni plebei contro la condanna a morte di moltissimi cittadini, su cui si è soffermata l'attenzione dello Ziolkowski. Egli spiega questa mancanza di azione col fatto che, appartenendo anche i tribuni a un'élite di potere, nel clima tormentato e di persecuzione che si stava vivendo nel 186 a.C., approvarono la condanna, anche se i consoli l'avevano adottata senza ascoltare il consenso popolare. Ma appunto per questo *“una volta che i tribuni se n'erano lavati le mani, non c'era altra istituzione in grado di ergersi a difesa dei diritti civili”*¹¹⁶. Secondo quanto riferito da Polibio¹¹⁷, infatti, era di competenza senatoriale la repressione dei crimini contro l'ordine pubblico (tradimento, complotti, avvelenamento, assassinii) e così avvenne nel 186 a.C., anno in cui la repressione fu capillare per tutto l'Impero¹¹⁸.

Per Pettazzoni, invece, la persecuzione colpì non un movimento politico, ma un moto religioso, essendo gli adepti non dei congiurati, ma persone legate da un giuramento che nelle religioni di mistero vincola gli iniziati. L'A., parlò infatti di un “dualismo religioso” tra i Baccanali e la religione dello Stato romano *“nettamente delineato ed altrettanto efficacemente espresso nel discorso stesso del console Postumio”*¹¹⁹.

Elemento che certamente aveva prodotto una lacerazione all'interno

¹¹⁴ ROBERT JOSEPH POTHIER, *op. cit.*, p. 94.

¹¹⁵ Per ALBERTO PRIETO ARCINIEGA, MARIA ENCARNACIÓN SANAHUJA YLL (*op. cit.*, p. 149 e p. 145), questa ammissione del culto di Cibele è chiara espressione delle contraddizioni della classe dirigente romana.

¹¹⁶ ADAM ZIÓLKOWSKI, p. 207.

¹¹⁷ POLIBIO, VI, 13,5.

¹¹⁸ ADAM ZIÓLKOWSKI, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁹ RAFFAELE PETTAZZONI, *Italia religiosa*, Laterza, Bari, 1952, p. 14.

dell'assetto tradizionale religioso e politico romano¹²⁰.

I gruppi dirigenti insomma avevano combattuto per "l'immodificabilità" della tradizione¹²¹, oppure la repressione fu un pretesto per allontanare dei membri appartenenti ad altre sette politico-religiose radicali, considerate pericolose per lo Stato¹²².

Il Senato, infine, vietando i Baccanali, aveva introdotto la norma e conferito al magistrato il potere di esecuzione¹²³ contro il culto bacchico.

5. Considerazioni sul S.C. e sulla ricostruzione liviana

È emerso come Bacco fosse conosciuto a Roma, essendo stato il dio associato a Liber, ma è probabile che nella capitale il suo culto, forse a causa dei maggiori controlli operati dalle autorità, avesse perso il suo carattere misterico, conservandolo invece nei territori della Magna Grecia.

Infatti i territori come il Bruzio fino ad allora erano stati meno controllabili e sembra accertato che lì i riti si praticassero da tempo.

Altro effetto di questa maggiore diffusione fu inoltre che il culto si andò diffondendo tra le classi più basse, e ciò anche a Roma dove sembra venne assimilato e confuso con il culto italico del dio Libero, certamente tradizionale ed innocuo, mentre segretamente si svolgevano i Baccanali. Quando nella capitale cominciarono a diffondersi gli eccessi, i Baccanali vennero vietati, sopravvivendo sembra però in alcune zone.

Con riferimento all'iscrizione penso che il ritrovamento della tavola abbia una certa importanza perché ci ha permesso di valutare le decisioni ed i provvedimenti adottati, in una fase storica complessa e decisiva per i rapporti tra Roma e i territori del sud Italia.

L'invio dei divieti in diverse parti dell'impero servì infatti a rendere più facile la conoscibilità delle direttive romane anche in zone più lontane e recondite. E forse proprio per questo maggiormente caratterizzate dalla presenza del fenomeno associativo bacchico.

¹²⁰ Cfr. GESINE MANUWALD, (*Roman Republican Theatre*, Cambridge University Press, 2011, p. 224) che, in linea con Flower, scrive: "The Bacchic myths can, however, be seen as a means "to explore the terrible consequences within a community which had suffered a deep internal division over the reception of a new idea or policy" (FLOWER HARRIET I., *The Tradition of the Spolia Opima: M. Claudius Marcellus and Augustus*, *Classical Antiquity*, 19, n. 1, 2000, p. 30.

¹²¹ ELISA ROMANO, *op. cit.*, p. 34.

¹²² ALBERTO PRIETO ARCINIEGA, MARIA ENCARNACIÓN SANAHUJA YLL, *op. cit.*, p. 149.

¹²³ LUIGI GAROFALO, *ivi.*, p. 59. Ricorda l'A. che: "È dunque il Senato che domina e sospende le garanzie (la provocatio, l'intercessio tribunitia) fino agli anni 123-122 a.C. ".

Al momento del ritrovamento dell'iscrizione ci si rese però ben conto del suo valore materiale, non dando invece molta importanza al suo contenuto e alle ragioni della sua stesura, costituente certamente un elemento particolare. Il S.C. comunque destò una certa attenzione, dimostrata dalle varie traduzioni che l'iscrizione ricevette. Il testo, oltre al S.C., contiene nella sua ultima parte un'epistola dei consoli rivolta ai magistrati dell'*ager Teuranus* perché fossero fatte rispettare le prescrizioni, ed una serie di regole. Se si può allora pensare che le autorità romane conoscessero le associazioni dei baccanti, inviando gli ordini e rivolgendosi direttamente a loro come interlocutori, non siamo però altrettanto certi che ai senatori fosse noto l'*ager Teuranus*, se così come ha notato una parte della dottrina e come sembra potersi evincere dai diversi caratteri incisi sulla tavola, il nome dei Teurani venne aggiunto al testo originario solo in un secondo momento.

Il provvedimento elenca dei divieti tassativi: il divieto generale di tenere baccanali, vietando le riunioni, o meglio, stabilendo che chi avesse ritenuto necessario un baccanale, avrebbe dovuto recarsi a Roma dal pretore urbano e poi dal Senato, che avrebbe deliberato nella composizione di cento senatori; la proibizione per i cittadini romani, latini o alleati di entrare tra le baccanti, sempre che non si fosse ottenuta l'autorizzazione del senato nella stessa composizione.

Il decreto stabiliva ancora che nessun uomo fosse sacerdote, nessun uomo o donna fosse capo dei sacrifici, né alcuno volesse aver in comune denaro, divieti da cui si evince la preoccupazione profonda del senato verso una qualche forma di organizzazione dei baccanti.

Il richiamo alla cassa, ai fondi propri degli affiliati a disposizione della congrega, dovevano costituire con ogni probabilità una fonte di preoccupazione, tanto che il S.C. ne vietava l'uso ed il possesso. Si statuiva altresì che nessuno volesse vincolarsi con giuramento, voto, promessa o obblighi, né promettersi aiuto reciproco, divieto nato evidentemente dall'esigenza di evitare patti, legami solidali, giuramenti o promesse, forse per paura che i baccanti celassero qualcosa di segreto o di oscuro, o pensando di non saper controllare gli effetti delle loro decisioni. O ancora perché si temeva che il loro numero potesse crescere a dismisura, come dice Livio.

Il sesto divieto contemplava che nessuno volesse celebrare riti sacri in segreto, né in luogo pubblico o privato, o fuori la città se non si fosse recato dal pretore urbano il quale avrebbe deliberato secondo la sentenza nel Senato, sempre in composizione di cento. La prescrizione di non celebrare riti in segreto tradisce quello che probabilmente era il vero timore dei senatori, o almeno uno dei motivi scatenanti; ma la proibizione valeva

anche per i sacrifici offerti in pubblico o in privato, tanto che per celebrarli sarebbe stata necessaria l'autorizzazione nelle forme ormai ribadite dal testo; quindi, anche da questo passo, appare chiara la necessità per i senatori di controllare, di sapere, di conoscere un fenomeno fino ad allora rimasto per loro evidentemente oscuro o poco noto.

Ritorna quindi spesso la stessa formula, ma se si fosse trattato solo di un artificio retorico, ed i senatori l'avessero adottato solo al fine di scoprire l'esatto numero dei baccanti, o per arrestarne un numero più elevato, non possiamo saperlo. Certo è che non avendo disposto, secondo quanto testimoniato da Livio, l'uccisione di tutti i partecipanti alle congreghe, potremmo ipotizzare che quanto scritto nel testo sarebbe stato rispettato. Non è escluso quindi che, fatta una richiesta formale al senato, non superando il limite numerico imposto per partecipare, insomma adeguandosi al controllo delle autorità e, ovviamente, non commettendo atti vietati ed illeciti, non si sarebbe ordinata l'uccisione degli adepti.

Ancora nel testo era disposto che nessuno volesse celebrare riti sacri ai quali assistessero più di cinque persone, due maschi e tre femmine, se non dietro autorizzazione del pretore urbano e del Senato, sempre secondo le regole già indicate.

Le preoccupazioni spingono ancora le autorità ad ammettere riunioni cui partecipino non più di cinque persone, maggiormente controllabili quindi, tranne che pretore e *patres* autorizzassero un numero più alto di partecipanti. Se non fosse stato questo il motivo, perché il S.C. avrebbe ammesso espressamente il numero massimo di cinque persone per partecipare alle riunioni? Avrebbero ben potuto i senatori vietare *sine condicione* le riunioni, senza alcuna eccezione o deroga.

Infine nella parte conclusiva può leggersi che *“la loro decisione è stata che siate a conoscenza della deliberazione del senato e rendiate pubbliche queste decisioni in assemblea nel termine di non meno di tre mercati consecutivi: se vi fossero di quelli che agissero in modo contrario a quanto è stato scritto sopra, è stata decretata per loro la pena capitale. Il Senato ha così giustamente deciso che incidiate questo testo su una tavola di bronzo da far affiggere dove possa essere facilmente conosciuta e che così come è stato scritto, nel termine di dieci giorni, da quando vi sarà consegnata la lettera, siano eliminati i Baccanali, se ve ne è alcuno, eccetto il caso in cui vi sia qualcosa di sacro. Nell'agro Teurano.”*

In quest'ultima parte troviamo contenute una serie di regole disposte dai consoli per i magistrati locali perché i divieti e le prescrizioni venissero fatti rispettare. Le regole per la conoscibilità dei divieti, e quindi per l'affissione della tavola e l'avvertimento di distruggere i Baccanali in dieci giorni

dalla consegna dell'epistola, nel caso vi fossero, ad eccezione di qualche rito sacro¹²⁴.

Quest'ultimo brano rivolto al territorio dei Teurani è molto indicativo, stabilendo la pena capitale come punizione per i trasgressori, ma lasciando anche sopravvivere evidentemente le are e i luoghi consacrati a Bacco, considerati sacri ed inviolabili. Quanto alla pena di morte non era uno strumento nuovo, e certamente non doveva essere un abuso, considerati anche i tempi difficili, nonché i reati gravi di cui erano imputati i baccanti.

Se inoltre si tiene conto di quanto sostenuto dal Costabile, ossia che la *deditio in fidem* avrebbe potuto giustificare la limitazione di sovranità di popoli che pure avessero stretto un *foedus* con Roma, allora certamente le decisioni dei senatori assumerebbero un altro significato ed una diversa giustificazione. Inoltre niente prova che il territorio dei Teurani fosse pienamente autonomo.

Con riguardo invece alla narrazione dei fatti operata da Livio, noto come alcuni elementi da lui messi in rilievo¹²⁵ siano in linea con i dati letterari e archeologici da noi analizzati.

L'A. parla del ricorso alla violenza da parte degli aderenti ai culti bacchici, giustificando così la necessità delle decisioni del potere centrale, ma ci offre anche ulteriori informazioni. Afferma, per esempio, che i Baccanali a Roma rimasero a lungo celati perché la città era grande, non informandoci però di quanto tempo intercorse tra il passaggio di questi dall'Etruria a Roma. Probabilmente si trattò di un lasso di tempo non piccolo.

Il suo racconto appassionato e dettagliato richiama inoltre degli aspetti dei riti molto singolari (si pensi ad es. all'iniziazione dell'adepto, ai rituali sul Tevere), alcuni dei quali trovano rispondenza nel testo del S.C.

Livio narra che i protagonisti provenivano dall'Aventino, mentre la sacerdotessa era campana, ed anche queste informazioni trovano conferma nei dati storici forniti da altri autori.

Quanto alle modifiche apportate dalla sacerdotessa Annia Paculla alle cerimonie, o il particolare che le riunioni divennero notturne e si accrebbe

¹²⁴ CICERONE, *De legibus*, II, 16, 40 "*Sacrilego poena est, neque ei soli qui sacrum abstulerit, sed etiam ei qui sacro commendatum*". È comminata pena al ladro di cose sacre, e non solo a colui che sottrarrà cosa sacra, ma anche a chi sottrarrà cosa affidata a luogo sacro". Trad. (intr., note) di FILIPPO CANCELLI, in *Le Leggi* di Marco Tullio Cicerone, Studia Juridica, LXXXVIII, III ed., L'Erma di Bretschneider, Roma, 2008, p. 139. Cicerone, dopo avere riferito della repressione dei Baccanali attraverso "l'antico provvedimento senatorio", e della legge di Pagonda (Cfr. n. 110), alternando richiami a disposizioni greche e avvenimenti di Roma, riferisce di questi provvedimenti.

¹²⁵ Il ministro greco che giunge dall'Etruria, il fatto che i culti prima noti solo a pochi, vengano poi conosciuti da una moltitudine di persone, il tipo dei reati (stupri, omicidi, reati di falso) elencati, tutti di una certa gravità e che giustificano le misure drastiche adottate dalle autorità.

il loro numero, oltretutto il numero dei partecipanti, penso che ciò avrebbe potuto davvero spingere i senatori ad intervenire in misura più drastica, essendosi aggravato il fenomeno, ingigantito, o avendone essi preso coscienza solo in quel momento. Insomma è ben possibile che quando la popolazione partecipante ai riti andò aumentando, il senato decise di emanare il S.C.

Ritengo insomma plausibile che le innovazioni dei riti diedero adito alla repressione e che, come sostenuto da Bauman, la reazione dei senatori a questi avvenimenti fu repentina. Ma Livio parla anche della partecipazione della popolazione più ricca di Roma. Da ciò si comprende allora anche il motivo per cui Livio riferisca della paura sia di coinvolgimenti di parenti, che di pregiudizi pubblici. Le preoccupazioni si accrebbero, portando quindi alla *quaestio extra ordinem* dei consoli, intesa come intervento eccezionale¹²⁶, in cui il magistrato era inquirente e giudicante (cognizione straordinaria). Ma soprattutto si trattò di una procedura autorizzata dal senato, considerati l'urgenza, il timore e la gravità dei reati, ragioni che avrebbero potuto giustificare anche il mancato ricorso alla *provocatio ad populum* ed ai *comitia*.

Insomma in vista di un fatto eccezionale anche i poteri del senato e dei consoli si erano accresciuti¹²⁷, mentre il ricorso alla *provocatio ad populum* avrebbe allungato i tempi, ed il senato non avrebbe mai voluto perdere oltremodo tempo¹²⁸. Né avrebbe potuto permetterselo, essendosi ormai ampiamente diffuse voci incontrollate sugli incontri notturni ed i reati commessi.

La procedura era insomma eccezionale e diversa da quella ordinaria, anche perché il senato non si era mai trovato a fronteggiare una simile situazione, ed era ovviamente diversa dai *iudicia* ordinari. Quanto al termine *coniuratio*, ciò era forse giustificato dalla temuta paura di una *coniuratio* contro lo Stato, dall'idea che si stesse complottando contro la *res publica*, congiurando insomma contro di essa.

Infine un aspetto non da poco: Livio conferma la diffusione anche fuori Roma delle disposizioni, riportando in modo preciso la notizia dell'emanazione del S.C. *de Bacchanalibus*.

L'A. afferma che il console Postumio, rivolgendosi al popolo, ricordò quali fossero gli dei di Roma, rispetto a quelli che alimentavano superstizioni, con ciò volendo chiarire una volta per tutte la differenza tra gli dei. Questo aspetto richiama alla mente le parole di Cicerone, che opera una netta distinzione tra il dio, figlio di Semele, e quello adorato con pratiche misteriose.

¹²⁶ Rispetto probabilmente al processo comiziale, che doveva apparire inadeguato.

¹²⁷ Così anche ERICH S. GRUEN (*ivi*, 1996, p. 41), che afferma "The senate's decree gave the consuls full power".

¹²⁸ Cfr. LUIGI GAROFALO, p. 50 e sgg.

che. Entrambi però, non dimentichiamolo, portavano lo stesso nome, Liber.

Ulteriore aspetto che trova riscontro nel testo epigrafico a noi giunto è il problema sociale: i partecipanti ai Bacchanali erano per Livio uomini inadatti al loro ruolo, donne, schiavi, appartenenti a classi subalterne, stranieri, ma secondo il suo racconto, non trovarono tutti la morte.

Molti di essi fuggirono, altri furono denunciati, mentre Cerrinio Campano, figlio della sacerdotessa, fu inviato in carcere con l'obbligo per i magistrati di sorvegliarlo perché non fuggisse o non si uccidesse. Elemento quest'ultimo molto particolare che può indurre a pensare che le autorità per il tramite di Cerrinio volessero conoscere meglio le riunioni dei baccanti, oltre ad avere avvertito la necessità di premiare gli informatori e per primi Ebuzio ed Ispala.

Riguardo ai reati dei baccanti, penso che essi per la loro gravità incisero certamente sulla scelta della pena, ma non furono l'unico motivo scatenante, temendo forse i senatori che l'organizzazione di cui i baccanti facevano parte potesse continuare nelle attività delittuose ed estendersi sempre di più. Probabilmente anche per questo motivo mandarono a morte ben settemila persone.

La conferma dell'emissione e della diffusione del S.C. ci viene dalle parole di Livio, che descrive l'episodio della repressione come terribile e conosciuto.

Non penso però, come alcuni sostengono, che nel 186 a.C. i baccanti stessero organizzando una sorta di complotto. Non ci sono elementi per pensare questo, né tantomeno le descrizioni dei riti fanno pensare che le azioni dei baccanti avrebbero potuto estendersi al di fuori della cerchia dei partecipanti ai tiasi. E se di complotto si fosse trattato, non si spiegherebbe il ricorso alla danza e alla musica durante il loro svolgimento. Si sarebbe invece progettata ogni azione in silenzio e nel più assoluto riserbo.

Le feste rituali, invece, avevano come scopo principale quello di adorare Dioniso, danzando in suo onore, abbandonandosi all'euforia, anche se il vino portava spesso ad azioni che erano violente e paurose. La notte poi doveva rendere tutto più misterioso.

L'informazione sui premi dati ai due giovani denunciati coraggiosi fa invece pensare ad una ricompensa per la collaborazione con lo Stato.

È possibile che Livio avesse il testo del S.C. da consultare, ma è molto più probabile che si rifecce alle opere di autori¹²⁹ che dell'avvenimento del 186 a.C. avevano scritto. Ma quello che è emerso con certezza è che, anche dopo

¹²⁹ Claudio Quadrigario, Valerio Anziate, e certamente a Catone.

la repressione nel sud Italia (ne abbiamo notizia per l'Apulia, e ciò avvenne probabilmente anche in Calabria), i culti continuarono ad essere praticati.

Inoltre, dopo i fatti del 186 a.C., Livio usa ancora il termine *coniuratio*, ma con riferimento alle rivolte dei pastori sebbene, come abbiamo visto, fosse molto stretto il legame tra appartenenti a queste classi sociali e riti bacchici.

Ed anche i reati imputati ai pastori, di cui l'A. stesso parla, sono fatti criminosi, che portano alla condanna di tantissime persone. Ciò avvenne nel 185, nel 184 e nel 181 a.C., anni immediatamente successivi alla repressione bacchica.

6. Conclusioni

Bacco, come hanno dimostrato i ritrovamenti archeologici, molte volte coincidenti con altari o are a lui dedicati, era conosciuto a Roma prima del 186 a.C., sebbene il suo culto fosse molto tempo prima praticato nei territori a sud della capitale. Ma i senatori non si erano mai opposti a questa come ad altre forme di adorazione, né erano intervenuti per regolare altri culti, se non nelle ipotesi che abbiamo visto e che risultano documentate. Ed il fatto stesso che di questi interventi sia rimasta traccia nelle fonti, dimostra come essi fossero però visti come provvedimenti eccezionali e particolari, tanto da dovere essere descritti e raccontati.

Sebbene molto legati alla tradizione dei propri culti, i Romani infatti avevano nel tempo assimilato altre divinità, spesso però adeguando le forme di adorazione e le celebrazioni al loro sistema, identificando divinità straniere con le proprie, molto spesso attribuendo ad esse *nomen* latino, ammorbidendo alcuni riti troppo lontani dalla loro cultura. Così era avvenuto per Osiride e per molte altre divinità provenienti dalla Grecia.

Ciò significa che prima del 186 a.C. qualcosa era intervenuto a modificare il culto di Bacco, o che esso non era più percepito come lo stesso dai Romani, e forse ciò era avvenuto a seguito dei maggiori contatti con i territori della Magna Grecia. Penso infatti, in accordo con una parte della dottrina, che i senatori non intervennero perché il culto bacchico era straniero, e ciò per vari motivi. Se fosse stato questo il vero motivo delle persecuzioni del 186 a.C. non potremmo spiegarci perché la divinità fosse stata assimilata a Liber, antica divinità italica, adorata certamente dal 493 a.C., data in cui fu eretto in suo onore il tempio sull'Aventino, e le cui celebrazioni continuarono a svolgersi anche in età repubblicana e durante l'impero; ed inoltre se questa fosse stata la scusa scatenante, nessun'altra divinità straniera sarebbe

mai stata adorata in Roma, cosa questa del tutto falsa, essendo numerose le divinità che i romani assimilarono, a cui dedicarono are, altari e cerimonie.

Ancora, abbiamo analizzato l'atteggiamento dei Romani che preferivano fare proprie le divinità provenienti da altri territori e non ripudiarle per svariati motivi, certamente di opportunità, ma anche per il timore¹³⁰ ed il senso di rispetto che essi avevano verso gli dei.

Che i culti bacchici si praticassero da tempo anche a Roma lo conferma lo stesso Livio, ma certo il II secolo a. C. non era un periodo molto tranquillo sotto il profilo politico e sociale, ed inoltre la capitale, come abbiamo accennato, era a quel tempo attraversata da influssi culturali e tradizioni molto diverse tra loro. Numerosi erano stati gli interventi volti a debellare altre *coniurationes* e nel caso di G. Manlio Vulzone come il senato avesse reagito negativamente all'ingresso di costumi lascivi. Penso però, in accordo con la ricostruzione del Bruhl, che i culti bacchici fossero ormai praticati in molti territori e che la capitale ne fosse circondata a sua insaputa. In essa il culto di Bacco veniva celebrato nelle forme tradizionali e ufficiali, nel periodo dedicato al dio, strettamente legato alla vendemmia, ma in realtà di notte i Baccanali erano già praticati da un ristretto numero di adepti.

Anche Livio riferisce che il console Postumio, parlando ai cittadini di Roma, affermò che era impossibile che essi non avessero mai sentito il rumore prodotto dai baccanti nella notte. Ma il culto bacchico si diffondeva sempre più soprattutto tra le classi subalterne, tra le donne nella città di Roma, generando un allontanamento degli aderenti dai costumi tradizionali romani.

Si potrebbe obiettare allora che esso non fu l'unico episodio di questo tipo. Abbiamo infatti visto come dal 213 a.C. in poi varie volte il senato fosse stato costretto ad intervenire per vietare o moderare alcuni culti. Ma nel

¹³⁰ CICERONE, *Verr.*, 2, 51, 113: "*Quae sunt omnia permagna, ventili illud maximum: tanta religione obstricta tota provincia est, tanta superstitio ex iustius facto mentis omnium Siculorum occupavit ut, quaecumque accidant publice privatimque ineommoda. propter eam causam sceleris iustius evenire videantur.* De har. resp. 12: "*Quae tanta religio est qua non in nostris dubitationibus atque in maximis superstitionibus unius P. Sevili ae M. Lucilli responso ae verbo liberemur?*"; De domo 103: "*Quam porticum pro amore, quem habetis in rem publicam et semper habuistis, non modo sententiis, sed, si opus esset, manibus vestris disturbare cuperetis, nisi quem forte illius castissimi sacerdotis superstitiosa dedicatio deterret!*". Nello stesso senso anche LIVIO, 7, 2, 3: "*et cum vis morbi nec humanis consiliis nec ope divina levaretur, victis superstitione animis ludì quoque scenici – nova res bellicoso populo, nam circi modo spectaculum fuerat – inter alia caelestis irae placamina instituti dicuntur*". Timore che non avrebbe dovuto essere eccessivo, costituendo altrimenti il sintomo di una vera e propria *superstitio*. A tal proposito Cfr. FRANCESCO SINI (*Impero romano e religioni straniere: riflessioni in tema di universalismo e tolleranza nella religione 'politeista' romana*, in *Sandalion* (quaderni di cultura classica, cristiana e medievale), Vol 21-22, a cura di Battagazzore A., Cicu L., Meloni P., Gallizzi, Sassari, 1998-1999, p. 94), che dedica un ampio approfondimento al tema.

186 a.C. l'accusa non fu una sola: i reati erano tanti, gravissimi ed inoltre i Baccanali si erano largamente diffusi.

Il senato era al corrente dell'esistenza dei Baccanali ben prima del 186 a.C., ma non intervenne lasciando che fosse praticato solo da stranieri e fuori Roma. Presa invece coscienza che il culto misterico si era esteso a Roma e tra i cittadini, dovette intervenire. Se ciò non fosse vero, se cioè non vi fosse stata alcuna conoscenza dei rituali, sarebbe stato impossibile anche per Plauto descrivere i riti bacchici prima dello scandalo del 186 a.C.

Inoltre si tenga presente che, oltre all'elemento di natura religiosa, la presenza di classi subalterne, di schiavi, di donne, il cui numero aumentava sempre più, faceva temere anche dal punto di vista della contaminazione sociale. Il clima politico non era sereno e la capitale, che aveva combattuto nel Mediterraneo ed in suolo italico, si era trovata a dover fronteggiare le conseguenze economiche che le guerre puniche avevano comportato, nonché emergenze sociali e forme di ostilità a volte anche molto dure.

Non ritengo, come una parte degli studiosi, che la causa scatenante fu quindi l'origine straniera del culto per i motivi su esposti. Né penso ad una ragione solo religiosa, perché a Roma esistevano molte divinità straniere e culti particolari che i Romani celebravano da tempo.

Infine nemmeno giustificazioni esclusivamente di tipo morale avrebbero potuto spingere le autorità alla repressione, esistendo a Roma molti culti lascivi e caratterizzati da manifestazioni non certo caste.

Ed ancora non credo che le autorità considerassero il culto bacchico come un atto di intolleranza, altrimenti il culto sarebbe stato bandito per sempre, il nume cancellato, le are distrutte. Né infine penso a ragioni solo politiche, in quanto se così fosse stato i senatori sarebbero intervenuti anche prima, evitando una diffusione così capillare del fenomeno.

Ritengo invece che i riti fossero rimasti a lungo celati per il senato, oscurati dal culto pubblico e ufficiale o comunque che le autorità romane ne avessero sottovalutato la portata e, soprattutto, non avessero considerato l'effetto attrattivo che essi avevano invece prodotto.

Si trattava inoltre di riti segreti e notturni, quindi sconosciuti nelle pratiche. E difficile, se non impossibile, sarebbe stato individuare i luoghi in cui gli incontri avvenissero.

Reputo inoltre che gli elementi del coinvolgimento sociale (tutte quelle persone, *"Quasi un altro popolo"* per usare le parole di Livio), in particolare la presenza delle donne, uomini giovani e schiavi, stranieri, aggiunto alla segretezza dei luoghi delle adunanze, ai riti fino a quel momento sconosciuti e all'allontanamento dalla religiosità tradizionale romana generarono timore, paura, angoscia e riprovazione.

Concordo con Bauman quando sostiene che le autorità intervennero perché il culto si svolgeva fuori dal controllo del governo romano. I senatori erano ignari di quanto avvenisse oppure non conoscevano l'esatta portata ed estensione del fenomeno. Si aggiunga poi che, secondo quanto testimoniato da Livio, giunse la notizia della commissione di reati gravi, come l'omicidio, e della partecipazione a episodi di violenza.

E penso con North che le autorità non si sarebbero opposte al culto, come non lo fecero prima all'adorazione di Bacco, mentre al contrario avrebbero voluto controllarlo, regolamentarlo.

Sappiamo infatti che tradizionalmente il popolo romano aveva sempre mostrato grande rispetto per le divinità, per le tradizioni, temendo anzi la vendetta divina e agendo solo in situazioni favorevoli e di buon auspicio. Pertanto le autorità non temettero la sostituzione con il dio Liber, cui Bacco era già stato assimilato senza troppi problemi, ma forse tra le paure ci fu che un gruppo di aderenti ormai grande, a conoscenza di segreti noti solo a loro, potesse creare forme di resistenza, di "protesta sociale", come scrive la Gallini.

I *patres* intravidero insomma il pericolo, una *coniuratio* ai danni dello stato, forse proprio a seguito delle pressioni di Catone, così come pensa Luisi. E condivido le parole di Sirago secondo cui all'origine dell'intervento ci fu paura di sconvolgimenti sociali.

C'era infatti un aspetto nuovo che differenziava questo culto dagli altri, e su cui poco gli studiosi si sono concentrati: era un culto misterico, lontano dalla tradizione religiosa romana, che prometteva di annullare le differenze di classe, di sesso, di età. Ecco perché esso si era maggiormente ed inizialmente diffuso fuori Roma e tra le persone più disagiate, mentre il culto originario di Bacco era rimasto legato anche alle classi di rango più elevato.

Inoltre da parte delle autorità era necessario intervenire una volta per tutte attraverso un'azione che fosse esemplare e che costituisse un deterrente anche per i casi futuri. Né sarebbe stato possibile per loro fare finta di nulla, ignorare il fenomeno, oramai noto alla maggior parte dei cittadini.

Non penso che alla base dell'attività dei baccanti ci fosse la volontà di una cospirazione ai danni dello stato o di indebolire il governo di Roma, ma piuttosto che il modo di celebrazione dei riti, la segretezza, le notizie che trapelavano sul giuramento e i reati commessi avessero preso alla sprovvista i senatori.

Che gli adepti fossero un gruppo "segreto" è senza dubbio vero, ma ciò perché probabilmente i baccanti temevano una qualche reazione politica, perché agivano fuori dal controllo statale e degli organi religiosi ufficiali. Questo forse generò o accrebbe il timore di sovversioni, rivolgimenti, orga-

nizzazioni parallele, e quindi le voci si moltiplicarono giungendosi a credere che si potesse verificare un sovvertimento nei valori romani tradizionali. Ciò maggiormente dopo che, come sostiene Livio, si sparse la notizia dei tipi di reati imputati ai baccanti, per paura degli omicidi e delle violenze, ma soprattutto dell'ignoto, di non sapere quello che avvenisse nelle congreghe notturne. Lo storico riferisce addirittura che alcuni uomini "venivano legati ad ordigni e nascosti in remote spelonche...".

Si era forse favoleggiato su alcuni aspetti e si erano diffuse paurose informazioni su quanto avvenisse di notte sulle montagne.

Il gruppo comunque doveva essere ben organizzato ed avere una propria gerarchia interna, tanto che nel S.C. si legge di sacerdoti e sacerdotesse, maestri dei riti, magistrati e promagistrati, rituali, cassa e fondi.

Il numero dei partecipanti sicuramente andava aumentando, senza che mai i *patres* ne fossero stati informati e per questo forse, come narra Livio, temettero il coinvolgimento dei parenti e di uomini delle istituzioni.

Una persecuzione quindi che spettava al senato, visti i gravi reati di cui i baccanti venivano accusati, e a cui seguì l'applicazione della pena più rigorosa.

In questo quadro può certo accettarsi che l'aspetto religioso ebbe un suo peso, pur non essendo stato questo, a mio parere, il motivo scatenante delle decisioni adottate dalle autorità, o almeno non l'unico motivo che diede origine all'azione repressiva. Non a caso anche i caratteri di liberazione e irrazionalità propri del culto bacchico-dionisiaco, avevano fatto sì che la religione dionisiaca ricevesse ampi consensi in varie parti del mondo, dall'Egitto alla Grecia, dalla Magna Grecia a Roma.

Aspetto non secondario era poi il ruolo delle donne, che stavano acquisendo sempre maggiore autonomia e libertà, e che già nel 195 a.C. avevano ottenuto la revoca della *lex Oppia*, ribellandosi e facendo le loro richieste dirette ai magistrati romani.

Le donne che, come abbiamo visto, erano certamente le principali depositarie della conoscenza di questi riti e bevevano vino, ballavano discinte, erano sospettate di commettere reati, erano le stesse che si occupavano dell'educazione dei figli, e negli ultimi tempi non si dedicavano più ai culti tradizionali romani. Le baccanti erano poi accusate di preparare e usare *venena*, per i quali altre donne già in passato avevano trovato la morte, tornando più di recente al centro dell'attenzione.

Nei tiasi c'erano poi gli italici, differenti sotto il profilo sociale e culturale, genti delle colonie e addirittura alcuni schiavi.

Si ha quindi l'impressione che tutto sfuggì di mano al senato, che non seppe altrimenti gestire questo fenomeno, non conoscendone l'esatta por-

tata, e che venne considerato un'emergenza. Ecco perché si probabilmente si ricorse all'uso della pena di morte, prima utilizzata contro le donne solo in rare ipotesi. E nonostante l'urgenza, il timore, la necessità di debellare il male prima che si diffondesse troppo, il Senato stabilì una garanzia necessaria per gli accusati: il processo.

Non penso che i baccanti stessero organizzando una qualche forma di ribellione organizzata, ma è quello che forse temettero le autorità romane, che altrimenti avrebbero agito con minor durezza.

L'unica esigenza che gli adepti avevano forse avvertito era quella di una maggiore liberazione dai vincoli tradizionali, che alcuni elementi come la *sparagmòs* o il fatto di bere vino per le donne sembrerebbero testimoniare. Infine si consideri che il culto, così teatrale e selvaggio, costituiva qualcosa di "nuovo", di misterioso, e proveniva dall'Oriente.

Ecco perché questi rituali avevano ricevuto larghe adesioni da parte dei poveri, degli affranti, degli appartenenti alle classi deboli, i quali finalmente si ritrovavano in luoghi lontani da quelli ufficiali e fuori dal controllo del marito, del *dominus*, delle autorità, della *civitas*.

Al contrario, il processo fu offerto come una garanzia per i baccanti, ed anzi la differenziazione che Livio fa tra coloro che avevano commesso reati, i quali vennero uccisi, e quelli che avevano solo giurato di commetterli, condannati alla prigione, dimostrerebbe solo questo. Se così non fosse le autorità romane avrebbero mandato a morte tutti quanti e non solo alcuni di essi, come documentato da Livio.

Si considerino infine alcuni aspetti che ritengo non marginali: le are, gli altari più antichi non vennero distrutti, ma furono lasciati sopravvivere in tutti i territori dell'impero, anche in quelli più lontani e difficilmente controllabili, non facendo il testo del S.C. alcuna distinzione. Ciò dimostra ancora una volta come non fosse il culto tradizionale di Bacco che le autorità intendevano combattere e distruggere, e la differenza è desumibile dallo stesso S.C.

La conservazione del culto è testimoniata fino al IV secolo d.C. in varie parti dell'impero, ed, in misura maggiore, proprio nei territori del sud. Anche questo non fa che avvalorare la tesi del forte radicamento del culto bacchico in Italia meridionale.

Non a caso nelle aree dove maggiore era stata la diffusione e la pratica del culto bacchico, esso continuò a conservarsi oppure, come sembrano testimoniare alcuni elementi archeologici, per esempio in Campania, il culto continuò ad essere celebrato senza soluzione di continuità.

La sopravvivenza dei Baccanali in Apulia è testimoniata dallo stesso Livio, che parla di *quaestio* e conseguente *coniuratio*, almeno fino al 181 a.C., evidenziandosi anche lo stretto legame dei riti con i pastori della Apulia.

Molti aspetti del culto, molti suoi elementi e la stessa leggendaria storia di Dioniso d'altronde si ricollegavano fin dalle origini con il mondo pastorale ed agricolo. Ed è anche possibile che i pastori, come pensa la Gallini, avessero adottato Dioniso come loro dio.

L'Apulia (il territorio di Taranto in particolare), *Sipontum e Buxentum*, ma anche le montagne della Lucania e del Bruzio e la Sardinia (nel 184 e nel 181 a.C.) tornano nei riferimenti di Livio. Ed episodi di *coniuratio pastorum* si erano già verificati, come Livio sottolinea, nel 196 a.C. in Etruria.

Ecco ancora un legame tra questi territori che, come dice la Gallini, erano uniti dalle stesse "*incipientis inquietudini sociali*"¹³¹. In queste aree il culto si era forse conservato nella forma più estrema e violenta.

I dati temporali avvicinano inoltre queste due forme di rivolte ed è quindi condivisibile l'idea della Capozza¹³² secondo la quale sarebbe probabile un qualche legame tra gli episodi dei Baccanali e i movimenti dei pastori, ben potendo questi ultimi praticare e conoscere, oltreché anche avere divulgato i culti bacchici. Certamente ciò avveniva in zone situate in territori di montagna o aree ad esse prossime. Tale aspetto potrebbe pertanto giustificare perché il ritrovamento del S.C. sia avvenuto a Tiriolo dove evidentemente il culto veniva praticato. È ben possibile che in un territorio nascosto e lontano si potesse svolgere qualcosa di simile. Ed ecco perché Roma estese il decreto a tutti, cittadini, alleati e latini.

Negli anni successivi, e sotto l'impero di Augusto, la figlia Giulia fu accusata di organizzare e prendere parte ai Baccanali, ed il culto è testimoniato fino al IV sec. d.C.

Esso, è certo, continuò ad essere praticato nel sud Italia. In Campania, per esempio, e in particolare, a Pompei, dove motivi bacchici sono dipinti nella Villa dei Misteri (I metà I sec. d.C.) e nel santuario di Sant'Abbondio. Il legame con gli appartenenti alle classi elevate romane è quindi certamente attestato dalle decorazioni presenti nei palazzi nobiliari, in cui il culto bacchico continuò ad essere celebrato.

Con il Bruhl penso che quello che le autorità romane combatterono nel 186 a.C. fu quindi la superstizione esterna e sconosciuta, e non la religione. Per questo essi lasciarono sopravvivere gli aspetti tradizionali, le are e gli altari di più antica tradizione e costruzione. E su questo aspetto concordano sia il testo epigrafico del S.C. che il racconto liviano.

Nel 186 a.C. le autorità avevano insomma combattuto, quello che molti

¹³¹ CLARA GALLINI, *op. cit.*, p. 38.

¹³² MARIA CAPOZZA, *Movimenti servili nel mondo romano in età repubblicana*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1966, p. 158.

anni dopo Ulpiano definirà, “convulsionismo religioso”¹³³.

I culti continuarono ad essere celebrati nelle ricche case affrescate, mentre numerose dediche a Liber Pater sono state rinvenute iscritte e incise su are ed altari di età imperiale, oltreché nella penisola anche nelle nuove colonie romane.

¹³³ D.1.- ULPIANO, *Ad ed. aedilium curulium*, 21.1.1.9-10.

In ricordo di Francesco Finocchiaro

Pubblichiamo qui gli interventi pronunciati nella giornata di studio su *Libertà religiosa e uguaglianza giuridica tra passato e presente. In ricordo di Francesco Finocchiaro*, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania il 13 novembre 2015.

L'iniziativa era intesa a onorare la memoria del Maestro a dieci anni dalla scomparsa, avvenuta a Roma il 22 maggio 2005.

La giornata si è aperta con le relazioni di Gaetano Lo Castro e Alessandro Albisetti, ed è proseguita con gli interventi di Salvatore Bordonali, Mario Tedeschi, Carmelo D'Urso, Mario Ricca, Andrea Bettetini, Orazio Condorelli.

Francesco Finocchiaro

GAETANO LO CASTRO

Francesco Finocchiaro nacque qui a Catania nel 1928 da una famiglia di giuristi: il nonno paterno, Francesco Paolo, era avvocato; il padre, Gaetano, fu studioso del diritto commerciale e docente assai apprezzato di diritto industriale presso questa Università, ove lasciò durevole ricordo dopo la sua prematura morte nel 1947, quando Francesco aveva solo diciannove anni ed era iscritto al secondo anno di Università; lo zio Giuseppe, al quale Francesco sarebbe rimasto legato per tutta la vita, fu illustre magistrato, e svolse le sue funzioni, oltre che in varie sedi in Italia, per lungo tempo nei territori d'oltre mare, in Cirenaica, Libia e Somalia, nel quale ultimo paese, dopo la guerra mondiale, contribuì in modo assai fattivo all'elaborazione del nuovo ordinamento giudiziario.

Laureatosi nel 1949, assistente presso questa Università dal 1950, Francesco Finocchiaro entrò nell'ordine giudiziario nel 1952 ed esercitò la fun-

zione giudicante per otto anni nei distretti delle Corti d'Appello di Catania e di Caltanissetta; libero docente di diritto ecclesiastico nel 1959, fu quello stesso anno dichiarato vincitore di concorso a cattedra universitaria; dal 1960 fu professore ordinario di diritto ecclesiastico prima in questa Università, poi, dal 1973, nella Università statale di Milano, e dal 1978 nella Facoltà giuridica dell'Università di Roma "La Sapienza", fino al suo collocamento a riposo, il 31 ottobre del 2003.

Finocchiaro iniziò la carriera universitaria con Luigi Scavo Lombardo, e, dopo il trasferimento di questi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Parma, intrattenne rapporti con Giuseppe Olivero, transitato anch'egli per Catania, e soprattutto assai fruttuosi e profondi con Luigi de Luca, divenuto ben presto per lui, con Scavo Lombardo, il principale punto di riferimento accademico. Qui a Catania del resto avevano lasciato orme incancellabili grandi cultori del diritto ecclesiastico, la cui presenza intellettuale era per così dire ancora palpabile e viva nel giovane Finocchiaro: da Nicola Coviello, grandissimo civilista, che tenne per quindici anni fino alla sua prematura morte l'insegnamento del diritto ecclesiastico; a Vincenzo Del Giudice, che gli succedette nell'insegnamento; a Mario Petroncelli, tra la metà degli anni trenta e i primi degli anni quaranta. Né bisogna dimenticare che negli anni di formazione del giovane Finocchiaro la Facoltà giuridica catanese visse una stagione di assoluto rilievo per la presenza nei vari settori del diritto di maestri di grandissimo valore scientifico e accademico.

Un influsso determinante per la formazione del pensiero di Francesco Finocchiaro ebbero certamente gli eventi politici che lo accompagnarono nella sua frequentazione universitaria, da studente, dal 1945 al 1949, nel periodo cioè che vide l'Italia, uscita distrutta dalla guerra mondiale, attraversare eventi epocali: il cambio del regime politico; il nuovo ordinamento costituzionale nella nuova forma di Stato nel frattempo acquisita.

Ed in effetti l'assetto costituzionale, quale è dato soprattutto dai principi fondamentali e dalla prima parte della Costituzione, sarebbe ben presto divenuto per il giovane studioso l'orizzonte non soltanto giuridico ma anche morale del suo impegno scientifico, di cittadino consapevole delle responsabilità richiamate dal delicato momento di trapasso da un ordine ad un altro.

Fatta la Carta costituzionale si sarebbe dovuto adeguare ad essa il complessivo ordinamento giuridico, in più punti, spesso non marginali né secondari, da quella dissonanti. Ma si sa come non fosse affatto facile abbandonare consolidate costruzioni, nelle quali si era vissuti e cresciuti, ed addentrarsi in nuove; e ciò non sempre per incapacità, ma talora soltanto per pigrizia ed a volte per quel *timor vacui* che attanaglia e impania l'anima e la volontà dei migliori degli uomini.

Non fu il caso di Finocchiaro; il quale, trovatosi per le vicende della vita a rivolgere la sua attenzione su quel settore dell'ordinamento dello Stato che riguarda il fenomeno religioso, lo studiò ponendolo decisamente sotto la luce dei principi costituzionali.

Al riguardo Finocchiaro, che non ignorava le preoccupazioni della scienza giuridica dell'epoca, non si sentì, e per l'età e per la sua formazione giuridica e per la sua sensibilità politica, ingabbiato od ostacolato dai canoni ermeneutici adottati dalla dottrina allora prevalente né dalle soluzioni da questa proposte.

A lui, in particolare, non importava costruire il sistema sulla base delle categorie internazionaliste allora correntemente applicate ai rapporti fra lo Stato e la Chiesa; quelle categorie che, salvo poche benché significative eccezioni, avevano e avrebbero furoreggiato in dottrina e in giurisprudenza per almeno un quarantennio in seguito alla stipula dei Patti Lateranensi, da questi indotte o derivanti.

Finocchiaro denunciò dunque, fin dal suo primo affacciarsi alla cattedra universitaria (cfr. *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, 1960), i "rapporti intensi, e talvolta adulterini" che il diritto ecclesiastico aveva allacciato con il diritto internazionale. Egli in particolare mise in evidenza i guasti, i condizionamenti e gli irrigidimenti che l'applicazione degli schemi internazionalistici ai rapporti tra lo Stato e la Chiesa aveva causato per la soluzione di non poche questioni, soprattutto dopo che di essi se ne ebbe impadronita la giurisprudenza, utilizzandoli quasi meccanicamente, senza un sufficiente vaglio critico, in tutti i campi propri della disciplina: e così per quanto concerne il libero esercizio del potere spirituale e della giurisdizione in materia ecclesiastica, come in tema di legittimità dei provvedimenti dell'autorità ecclesiastica relativi ad ecclesiastici e religiosi in materia spirituale o disciplinare; così ancora per quanto riguarda la rilevanza civile dei controlli canonici sulla amministrazione del patrimonio degli enti ecclesiastici, come sul problema della rilevanza da riconoscere alla giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale; e via dicendo. Lamentò specialmente il Finocchiaro (*ivi*) che l'adozione delle categorie del diritto internazionale, come conseguenza della stagione dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa inaugurata dai Patti del Laterano, avrebbe indirizzato "l'interesse del giurista più verso la sistemazione teoretica degli istituti che verso la soluzione, su scala umana, di concreti problemi".

Al contempo, e come conseguenza dell'emancipazione dagli schemi concettuali internazionalistici, egli auspicò, per i problemi di cui si occupa il diritto ecclesiastico, "la soggezione agli schemi del diritto costituzionale"; il che era o sarebbe stato, come egli stesso disse, nella prolusione catanese

del 1960, “un ritorno del figliuol prodigo alla casa paterna, con la quale forti erano stati i legami prima che, sotto l’influenza della cultura giuridica del tempo e di necessità di ordine politico e, perché no, psicologico”, non avessero prevalso gli anzidetti schemi del diritto internazionale.

Ove si tenga conto della formazione intellettuale e umana di Finocchiaro, anche a non conoscere la sua produzione scientifica, nessuno potrà immaginare che la sua fosse una sensibilità astratta che si sarebbe ridotta, al più, ad un indirizzo o ad una tensione metodologica.

In realtà la sua attenzione fin dai primi studi fu attratta da due problemi di fondo: quello della libertà e quello dell’uguaglianza giuridica, sui quali il Costituente aveva dettato norme che bene esprimono la civiltà giuridica del popolo italiano.

Sapeva Finocchiaro che estese riflessioni, alcune delle quali di alto livello culturale, erano state riservate alla libertà religiosa anche dai padri fondatori del diritto ecclesiastico.

Non poteva però sfuggire alla sua sensibilità formatasi alla luce dei valori costituzionali come viceversa scarsa attenzione fosse stata riservata dagli studiosi all’uguaglianza giuridica, per non dire della grama vita ch’essa conduceva nella concretezza dell’esperienza giuridica, nonostante l’uguaglianza fosse iscritta, con la libertà e la fraternità, nei principi fatti propri e diffusi dalla rivoluzione francese; ad esempio, era passata in dottrina, salve talune sparutissime eccezioni, quasi del tutto inavvertita la discriminazione fra la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, realizzatasi negli anni trenta con l’adozione, da una parte, della legislazione di derivazione concordataria, e, dall’altra, della legislazione sui culti c.d. ammessi.

In realtà questa mancata sensibilità per i temi dell’uguaglianza aveva radici alquanto lontane, indotta o permessa com’era da talune disposizioni privilegiate dello Statuto albertino.

Ma per Finocchiaro anche le disposizioni che apparentemente sembrano assicurare la libertà, se vissute fuori di un regime sostanziale di uguaglianza, perdono la loro nobiltà per decadere a norme di privilegio, non tollerabile per uno spirito autenticamente democratico. Per Finocchiaro, infatti, come egli stesso avrebbe detto nella sua monografia sull’*Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, del 1958 (che gli avrebbe meritato libera docenza e cattedra), nello Stato di diritto “il principio di libertà e quello di uguaglianza si limitano e condizionano reciprocamente”.

In breve, per Finocchiaro l’art. 3 Cost. esprime, per un verso, un principio istituzionale di uguaglianza, “ossia un principio di quelli, mutando i quali lo Stato muterebbe fisionomia”, e, per un altro verso, “conferisce ai cittadini italiani un diritto pubblico soggettivo al rispetto della uguaglianza dei singo-

li”, imponendo ai poteri dello Stato di “non varcare i limiti” determinati in modo categorico dalla formula costituzionale. Potrebbero pertanto i poteri dello Stato differenziare giuridicamente i cittadini senza violare la generale uguaglianza che è loro propria in uno Stato a forma democratica – la quale in quanto tale è tendenzialmente livellatrice -, ma non potrebbero andare oltre il limite minimo fissato in Costituzione. Alla luce di tali convincimenti Finocchiaro riconsiderò in tutta la sua ampiezza la normativa statale sul fenomeno religioso (con riferimento alla condizione delle confessioni religiose, a quella degli ecclesiastici e dei cittadini fedeli – ed al riguardo un’estesa e specifica attenzione avrebbe riservato ai problemi attinenti al matrimonio c.d. concordatario -) per proporre interpretazioni conformi alla disposizione e al principio costituzionale dell’uguaglianza giuridica.

La sensibilità per i valori affermati dalla nostra Carta fondamentale, dimostrata da Finocchiaro nella ricordata monografia, avrebbe rappresentato dunque una costante dell’intera sua produzione giuridica e rimane sostanzialmente immutata nel tempo. Essa non è fatta di affermazioni retoriche o anche soltanto enfatiche, né dà luogo a bandi o a crociate, ma si riversa tutta nell’interpretazione del dato normativo concernente le grandi e meno grandi questioni che sorgono nella concretezza della esperienza giuridica. Una sensibilità per la quale egli trasse linfa anche da esperienze giuridico politiche di altri Stati, per le quali egli nutrì grande attenzione, e che diede vita ad un volume su *La laicità dello Stato in Francia*, lasciato dall’autore in edizione provvisoria (e che spero ora di pubblicare postumo in una edizione critica, arricchito dalle cospicue riflessioni sul tema che egli andò sviluppando negli anni mentre era impegnato in altri impellenti obblighi editoriali).

Questo non significa affatto che lo studioso si appiattisse sul dato normativo, sia pure di livello costituzionale, e che ritenesse, come ritenevano i positivisti, privo di natura giuridica ed irrilevante per il diritto il fondamento sociale dell’ordine giuridico. Seguendo il Mortati, del quale avrebbe redatto in un prezioso volumetto una commossa biografia, Finocchiaro aderì alla tesi, da tale autore espressa nello studio su *La Costituzione in senso materiale* del 1940, per la quale l’ordine giuridico positivo e la fonte sociale politica da cui esso promana debbono essere considerati non su piani diversi, poiché, in una superiore e comprensiva unità, entrambi costituiscono la realtà giuridica, onde il primo non può essere compreso, proprio nella sua specificità giuridica, senza la seconda, e viceversa.

Così articolata, quella sensibilità giuridica per i valori costituzionali si ritrova a fondamento e ad ispirazione di tutti gli scritti di Finocchiaro, dedicati ai problemi di cui si occupa la disciplina da lui coltivata, anche in quelli che sembrano non toccare direttamente profili costituzionalistici.

Essa emerge nella monografia del 1993 sulle *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione*; ma aveva svolto una funzione decisiva per l'individuazione dei limiti costituzionali alla *Attività discrezionale della pubblica amministrazione in materia ecclesiastica*, in una monografia del 1960 portante tale titolo. E si avverte quella sensibilità nei due poderosi volumi del 1973 e del 1993 dedicati al matrimonio nel *Commentario al codice civile* di Scialoja e Branca; ed ancora si riscontra nell'aurea trattazione del *Diritto ecclesiastico*, in quel che è da ritenere più di un semplice manuale destinato alla scuola, che ad oggi conta dodici edizioni, e che ormai da cinque lustri un notevole influsso esercita nella preparazione delle nuove generazioni di studiosi, essendo oltretutto divenuto un riferimento privilegiato per la giurisprudenza di qualsiasi grado, la quale nel tempo ha dimostrato di trovare in esso le soluzioni più convincenti per equilibrio ed argomentazioni con riferimento ai problemi insorgenti nella concreta esperienza giuridica.

Tante le tesi sostenute da Finocchiaro nei molteplici campi attinenti alla disciplina da lui studiata: dalla interpretazione restrittiva del 2° comma dell'art. 7 della Costituzione, che egli ritiene garantire i Patti ivi menzionati e soltanto i Patti; allo scetticismo da lui nutrito verso le interpretazioni dell'art. 19 Cost. che in tale norma vedono non solo garantita la libertà di coscienza, ma altresì affermato il diritto alla libera formazione della coscienza; dalla critica alla qualifica dello Stato italiano come Stato "laico" e non semplicemente liberale e pluralista; all'identificazione dei "principi supremi" della Costituzione e ai dubbi da lui manifestati per l'affievolimento della supremazia del principio di uguaglianza giuridica operato dalla Corte costituzionale in una nota sentenza del 1971 in materia matrimoniale; alle molteplici costruzioni da lui elaborate con riguardo alla disciplina del c.d. matrimonio concordatario; e così per quanto concerne la trascrizione del matrimonio canonico nei registri dello Stato civile, da lui concepita ed elaborata come procedimento amministrativo, idoneo fra l'altro a fondare l'autonomia degli effetti civili rispetto all'atto del matrimonio; ed ancora per quanto concerne l'autonomia dell'atto di scelta del regime matrimoniale rispetto allo stesso negozio matrimoniale, dal punto di vista dogmatico probabilmente ardita (e tale è apparsa soprattutto ad alcuni esimi civilisti), ma idonea, soprattutto dopo essere stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale, a risolvere con equità e giustizia taluni problemi pratici di tutela dei diritti dei cittadini; ed idonea altresì a teorizzare quel riparto fra giurisdizione civile e giurisdizione ecclesiastica della competenza a giudicare delle molteplici vicende attinenti il rapporto matrimoniale, fuori degli accesi ideologismi che hanno infiammato talora la dottrina, con riflessi anche nel supremo collegio della Corte di Cassazione. Ma l'intero diritto ecclesiastico è stato da lui percorso con tesi

originali e persuasive: in materia di enti, di patrimonio, ecc.

Francesco Finocchiaro dedicò di fatto la sua prevalente attenzione allo studio del diritto dello Stato concernente il fenomeno religioso; ma non mancò di portare le sue riflessioni anche sul diritto della Chiesa; in particolare al processo di codificazione, nel periodo in cui andava elaborandosi la nuova codificazione della Chiesa, al rilievo della giurisprudenza nell'ordinamento canonico, infine al *Matrimonio canonico*.

Francesco Finocchiaro ebbe in vita la soddisfazione di avere realizzato nel corso dei suoi più che cinquanta anni di laborioso impegno accademico, scientifico e di insegnamento universitario, la sua vocazione di giurista; la soddisfazione, altresì, di aver visto ampiamente trasfuso il suo magistero nelle istituzioni giuridiche attraverso soprattutto l'opera della giurisprudenza, per la cui evoluzione quel magistero è stato determinante. Le tesi sostenute da Finocchiaro non sfuggono ovviamente a valutazione critica; ma credo si possa dire, senza retorica, che il diritto dello Stato riguardante il fenomeno religioso, oggi sia più vicino che mai alle idee che ispirarono Finocchiaro all'inizio della sua carriera.

* * *

Oltre che con Luigi Scavo Lombardo e Luigi de Luca, che, come prima ho ricordato, ne propiziarono l'ingresso e i primi passi nella carriera accademica, Finocchiaro intrattenne in Università rapporti fruttuosi e assai amichevoli con Cesare Magni, che ne fu grande estimatore e ne agevolò la chiamata presso la cattedra milanese nel 1973. A Milano ebbe rapporti intensi con Enrico Vitali, e lì conobbe Alessandro Albisetti, che ne fu allievo assai apprezzato, a cui sarebbe rimasto legato sempre da grande affetto, e che da tempo ne continua il magistero nella prestigiosa Facoltà giuridica milanese.

Prima ancora, a Catania, una profonda amicizia aveva legato Finocchiaro a Gaetano Catalano (che da Messina aveva seguito Scavo Lombardo nella città etnea) e poi al più giovane Mario Condorelli, fino alla sua prematura morte nel 1985. Sempre a Catania Finocchiaro ebbe come primo e più antico allievo Carmelo D'Urso, da lui assai stimato e benvenuto per le sue doti umane ed intellettuali, ed altri allievi a lui carissimi, Mirella Ursino, Salvatore Mazza. E qui ebbi modo d'incontrarlo anch'io da studente; dopo la morte di Scavo Lombardo (1968), alla cui cattedra bolognese Finocchiaro mi aveva inviato per approfondire i miei studi ed il mio impegno universitario, egli seguì la mia carriera scientifica ed accademica, fino alla mia chiamata romana nel 1985. A Lui sono rimasto vicino per quasi mezzo secolo in un rapporto di grande e rispettosa familiarità, apprezzandone la grande bontà d'animo,

la dirittura morale e il senso profondo di giustizia ch'egli faceva valere con decisione e forza, e, non ultimo, il rispetto per le idee altrui, rispetto che è molto più della tolleranza, la quale suppone e implica un sentirsi superiore agli altri o alle idee altrui, lontanissimo dal modo di essere e di pensarsi di Francesco Finocchiaro.

Nel periodo romano a Finocchiaro fecero riferimento, come a capo-scuola, i più giovani allievi Andrea Bettetini, Mario Ricca, Orazio Condorelli (quest'ultimo formatosi nella prestigiosa scuola di storia del diritto di Manlio Bellomo), Beatrice Serra, Lucia Graziano, Fabio Franceschi; studiosi che oggi illustrano l'insegnamento della disciplina, con originalità di accenti, ciascuno secondo la loro peculiare personalità e il loro genio, proprio così come avrebbe desiderato Francesco Finocchiaro.

Francesco Finocchiaro è morto a Roma il 22 maggio del 2005.

Ricordo di Francesco Finocchiaro

ALESSANDRO ALBISETTI

Dieci anni fa, il 22 maggio 2005, si spegneva Francesco Finocchiaro, pochi mesi dopo la prematura scomparsa dell'amatissima consorte Mirella Liberatore.

Veniva così meno una delle voci più fulgide della scienza giuridica ecclesiasticistica (e non solo), il cui magistero ha rappresentato e rappresenta un punto di sicuro riferimento per studiosi e operatori del diritto, nonché un insostituibile supporto per l'evoluzione della giurisprudenza più avveduta: non sembra, pertanto, fuor di luogo affermare che il suo insegnamento in materia religiosa è stato di fondamentale e prezioso arricchimento per il patrimonio culturale e giuridico del nostro Paese e delle sue istituzioni.

Come è noto, Francesco Finocchiaro ha insegnato nelle Università di Catania, Milano e Roma "La Sapienza": ed è proprio in qualità di "allievo milanese", nonché suo successore sulla cattedra di Diritto ecclesiastico e Preside della Facoltà di Giurisprudenza (dal 2006 al 2012) nell'Università degli Studi di Milano, che oggi mi è grato porgere affettuoso omaggio a un Maestro il quale, al pari dei suoi illustri predecessori Mario Falco, Cesare Magni e Luigi De Luca, ha onorato con rara sapienza la disciplina e la cultura ecclesiasticistica nel nostro Ateneo, in un momento particolarmente felice del suo impegno civile e della sua ingegnosa creatività.

In altra occasione ho ricordato come il mio incontro con Francesco Finocchiaro risalga al 1973, quando Luigi De Luca lasciò definitivamente l'Ateneo milanese, e come tale incontro si fosse sviluppato in un legame professionale e personale particolarmente intenso fino al 1978, quando anche Finocchiaro lasciò la nostra Università.

Di più, è questo il motivo per cui qualche anno fa ho deciso di raccogliere i suoi scritti "milanesi" in un volume che ho voluto intitolare *Saggi (1973-1978)*¹, proprio per mettere in evidenza quel breve periodo in cui il Maestro

¹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Saggi (1973-1978)*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuffrè, Milano, 2008.

ha profuso il suo impegno scientifico a Milano, impegno che appare davvero straordinario sia per la varietà degli argomenti trattati, sia per l'entità della produzione stessa, come il volume sta inequivocabilmente a testimoniare.

Il riferimento a questa raccolta di *Saggi* non è casuale.

In effetti, nell'occasione del decennale della sua scomparsa, mi è sembrato opportuno fare riferimento proprio a quegli scritti di Francesco Finocchiaro che si riferiscono agli anni milanesi.

Nella specie, mi piace ricordare, in particolare, un fondamentale contributo dell'Autore alla scienza giuspubblicistica: mi riferisco alla voce *Principi fondamentali* (artt. 7-8) in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca del 1975, nonché a quella ad essa complementare *Rapporti civili* (artt. 19-20) del 1977, che egli raccolse in un unico volume dal titolo *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione* (1976), fornendo così un primo fondamentale strumento per la formazione culturale di tante giovani generazioni.

Il ripensare alla problematica costituzionalistica in quegli anni non era per certo agevole, alla luce dei tanti rivolgimenti socio-politici e istituzionali che travagliavano il nostro Paese: tuttavia in questa sua opera Francesco Finocchiaro riuscì ad affrontare i vari temi connessi con grande lucidità ed equilibrio, unendo una visione di ampio respiro a una puntualità contenutistica e metodologica davvero encomiabili.

In questa sede, desidero soprattutto ricordare, per la sua attualità, la solida disamina dell'art. 19 della Costituzione, ove l'Autore, affrontando la vastissima problematica del concetto di libertà religiosa, dopo un'ampia premessa teorica sugli aspetti giuridici e non giuridici della stessa, concentra la propria attenzione su profili di grande concretezza, definendo la libertà stessa un diritto pubblico soggettivo dei singoli e dei gruppi sociali garantito dallo Stato. Nell'ambito delle facoltà promananti dal diritto di libertà religiosa vengono così presi in considerazione alcuni aspetti più specifici, tra i quali vorrei soffermarmi su quelli che l'Autore chiama "le tesi riduttive del diritto di libertà religiosa".

Al riguardo, Finocchiaro confuta la tesi di chi ritiene che la libertà religiosa avrebbe per oggetto il bene giuridico della fede, con esclusione, perché illecita, di qualsiasi forma di non credenza (Origone e, con toni più sfumati, Saraceni).

In modo analogo prende le distanze da altre forme, per così dire "aristocratiche", di libertà religiosa, tali perché essa verrebbe intesa come "virtù" o impegno civile, nel senso che si risolverebbe nella facoltà di poter fare le cose che sono degne di essere fatte (Bellini), oppure quale "partecipazione" attiva alla vita di un dato gruppo con fine di religione o di culto (Guerzoni).

Con altrettanta coerenza l'Autore esclude che la libertà religiosa sia una

libertà “privilegiata”, in quanto disciplinata nella Costituzione con norme speciali e più favorevoli (Gismondi): al più, egli osserva, la si potrebbe considerare tale per una sua indiscutibile priorità storica, oppure perché tutelata con norme penali speciali al pari della libertà di voto (art. 48 Cost.).

In proposito, va tuttavia sottolineato che Finocchiaro, con grande fermezza, dichiara che la tutela penale specifica della libertà religiosa non dà luogo a problemi di legittimità costituzionale solo quando sia rispettata l'eguaglianza di tutte le confessioni religiose e di tutti i cittadini².

* * *

Il tema dell'eguaglianza tra le confessioni religiose, tanto caro a Francesco Finocchiaro, viene da lui declinato in varie forme e prospettive.

Desidero così ricordare, al riguardo, un suo breve saggio del 1978, intitolato *Le intese nel pensiero dei giuristi italiani*³, ove l'Autore così esordisce: “la dottrina italiana si è venuta a trovare, nei confronti delle intese, nella stessa posizione in cui Don Chisciotte si trovava nei confronti di Dulcinea: non l'aveva mai vista ma se ne era innamorato. Avendo idealizzato una donna, l'aveva concepita in un certo modo e pensava a quella donna mai incontrata”.

Egli poi continua affermando che l'Assemblea costituente, in questa materia dei rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose, assunse come punto di partenza l'art. 4 del progetto Dossetti, il quale diceva che lo Stato si riconosceva membro della comunità internazionale e riconosceva perciò, come originari, l'ordinamento giuridico internazionale, gli ordinamenti giuridici degli altri Stati e l'ordinamento della Chiesa.

In altri termini, osserva Finocchiaro, l'Assemblea costituente cominciò a vedere i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica come rapporti tra ordinamenti originari, mentre le Confessioni acattoliche erano considerate delle mere entità da liberalizzare, entità alle quali occorreva assicurare una libertà che sino a quel momento non era stata loro garantita.

² In materia, mi sovviene uno scritto di MARIO CONDORELLI, *Garanzie costituzionali di libertà e di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1959, II, p. 11 ss., ove l'Autore rileva come il noto principio ruffiniano secondo cui “il vero principio di parità non suona a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo”, non va inteso altrimenti se non nel senso che il riconoscimento di un diritto singolare nei confronti della Chiesa cattolica non si pone necessariamente in contrasto col principio della libertà religiosa di tutte le confessioni.

Con questo però – dice Condorelli – non si vuole affermare la legittimità di una tutela penale differenziata tra i vari culti: anzi, come il Ruffini stesso sentì di dover precisare in seguito, una siffatta disparità sarebbe contraria alla libertà religiosa stessa, dal momento che “uguale libertà importa uguale protezione”.

³ In *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, a cura di CESARE MIRABELLI, Giuffrè, Milano, 1978, p. 15 ss.

Non vi fu, dunque, un'esplicita parificazione, in seno all'Assemblea costituente, delle Confessioni acattoliche alla Confessione cattolica come ordinamenti giuridici primari: e il discorso sembrò esaurirsi con la normativa di cui all'art. 8 della Costituzione.

Tutto questo si risolse, nel corso degli anni cinquanta, in una vana richiesta delle Confessioni acattoliche al Ministero dell'Interno di poter stipulare intese; ma il suddetto Ministero, in una visione del tutto burocratica, delegava la materia alla Direzione generale per gli Affari di Culto, che non esitò a respingere tali richieste tanto più che, in base all'art. 8, 3° comma, solo il Governo avrebbe potuto affrontare, in sede politica, siffatta problematica.

Secondo Francesco Finocchiaro fu così che i giuristi italiani, intenzionati ad occuparsi dell'art. 8 della Costituzione, si trovarono a lavorare "in un ambiente sociale saturo delle accennate inadempienze governative nei confronti delle richieste delle Confessioni acattoliche", dapprima assumendo una posizione restrittiva nei confronti delle intese, poi, a partire dagli anni sessanta, soffermandosi prevalentemente sulla legge di esecuzione delle intese stesse nelle fonti del diritto italiano (Landolfi e Quadri).

Ma il vero problema era un altro: mentre l'Assemblea costituente aveva considerato i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica come rapporti tra ordinamenti primari, seguendo così la nota teoria di Santi Romano in materia di ordinamento giuridico, non così era avvenuto esplicitamente per quel che concerne le Confessioni acattoliche, tant'è che la dottrina sembrò optare per una visione negativa al riguardo, ignorando che "i Valdesi hanno dato vita a un ordinamento giuridico anche perché hanno fatto la guerra, a suo tempo, contro chi non consentì a loro la libertà di religione. La Confessione israelitica dà vita a un ordinamento originario per le ben note vicende d'Israele".

Al proposito, l'Autore, rifacendosi all'insegnamento di Santi Romano⁴, ribadisce che anche le Confessioni acattoliche meritano la qualifica di ordinamenti originari perché anch'esse, di regola, possiedono i requisiti previsti dalla dottrina romaniana: 1) sono comunità organizzate; 2) sono comunità che si danno un proprio diritto; 3) sono comunità che non sono state create dallo Stato, ma che, invece, si sono autoprodotte, sono autocefale.

Per quel che concerne poi più specificamente le intese, egli sottolinea come la dottrina prevalente si adegui alla concezione che le Confessioni acattoliche non siano ordinamenti giuridici primari, e ne passa in rassegna alcune posizioni.

Del Giudice e Petroncelli ritengono che le intese abbiano un carattere

⁴ Mi piace ricordare, al riguardo, il suo bel saggio *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1975, I, p. 173 ss.

politico, sia perché non è stabilita alcuna forma specifica, sia perché, una volta stipulate, il Governo sarebbe libero di regolarsi a sua discrezione. In modo analogo Ciprotti ne esclude ogni valore giuridico, sia nel diritto interno che nel diritto internazionale. Per contro D'Avack, operando una corretta lettura dell'art. 8, 3° comma, ricorda che la Costituzione pone il principio della bilateralità pattizia della normazione in materia ecclesiastica e che le intese sono il perno di questo principio, riconoscendone quindi la giuridicità.

Ma, stabilito che le intese hanno un valore sostanzialmente giuridico, Finocchiaro si chiede se le intese siano atti di diritto esterno o di diritto interno.

La maggior parte degli autori propende per la tesi del diritto interno: Magni avvicina le intese alle *condotte* stipulate dagli Israeliti con i Principi di Piemonte e D'Avack le avvicina alle *convenzioni* stipulate in Germania fra i vari Stati e le comunità evangeliche.

Sia come *condotte* che come *convenzioni*, queste intese sarebbero contratti di diritto pubblico interno, vincolanti per lo Stato solo qualora esso decidesse di trasfondere questi accordi in legge.

Dal canto suo Gismondi accosta le intese ai *contratti collettivi normativi*, nel senso che esse potrebbero essere rese esecutive da una legge che il Parlamento emanerebbe a norma dell'art. 8, 3° comma, della Costituzione.

Anche Jemolo esclude che le intese siano atti di diritto esterno simili ai concordati; per trovare invece un autore che abbia sostenuto questa tesi è necessario uscire dall'ambito degli ecclesiasticisti e pensare a un costituzionalista come Paolo Barile che già nel 1952 accostava le intese ai concordati.

A questo punto Francesco Finocchiaro si domanda se le intese siano davvero collocabili all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato o piuttosto siano da collocare in un altro ordinamento.

In effetti, le intese non potrebbero mai essere collocate all'interno del diritto internazionale, come i concordati, dal momento che solo la Santa Sede è soggetto di diritto internazionale; e, in proposito, osserva che il diritto internazionale generale considera trattati solo i concordati e non le intese con le Confessioni acattoliche.

Per contro, egli sostiene che le intese potrebbero essere considerate atti vincolanti per lo Stato in un "ordinamento terzo" che viene creato di volta in volta nel momento stesso in cui lo Stato e le Confessioni acattoliche stipulano l'intesa: solo in questa prospettiva verrebbe vanificata la tesi secondo cui le intese sono atti meramente burocratici di diritto interno, bensì esse verrebbero considerate atti di diritto esterno che investono pienamente la responsabilità politica del Governo.

Pertanto, mentre i concordati appartengono (come i trattati internazio-

nali) all'ordinamento internazionale, le intese apparterrebbero a un "ordinamento terzo", sia rispetto all'ordinamento dello Stato che a quello delle Confessioni religiose, ma sarebbero pur sempre atti di diritto esterno, ovvero atti che importano una responsabilità politica per lo Stato, ove lo Stato si rendesse inadempiente.

E qui il Maestro si mostra per certo assai lungimirante e di grande attualità: egli, infatti, osserva che "ovviamente le Confessioni religiose non potranno convenire in giudizio il Governo se il Parlamento non approva le intese".

Il riferimento alle note vicende successive, e in particolare quello concernente l'intesa "fantasma"⁵ con i Testimoni di Geova, mi sembra, al riguardo, davvero ineludibile.

⁵ Cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Le intese fantasma*, in *Dieci saggi*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 33 ss.

Francesco Finocchiaro e il diritto canonico: primi spunti per una riflessione

ANDREA BETTETINI

Siamo qui nel ricordo di una Maestro che ha lasciato un solco profondo di vivacità scientifica innanzitutto negli atenei che hanno beneficiato del suo ministero, prima Catania, e poi Milano e infine Roma. E a questo riguardo vorrei ricordare una lezione che tenne a Catania ai miei studenti, due giorni dopo il suo pensionamento romano. Una lezione sulla libertà religiosa in cui esordì dicendo, in tono semicommosso, che terminava la sua carriera docente lì proprio dove l'aveva iniziata, nelle aule della (allora) facoltà di giurisprudenza catanese. Ma la sua dottrina ha costituito linfa viva e vitale per tutta la dottrina italiana del diritto ecclesiastico e canonico, e anche per l'amministrazione italiana (basti pensare alla sua proficua collaborazione istituzionale con il Fondo edifici di culto).

Se c'è un filo rosso che collega tutti i relatori qui presenti è quello di un rapporto profondo, vitale con il prof. Finocchiaro. Un rapporto che per ognuno di noi era diverso, in quantità, ma non certo in qualità.

In quantità: penso a chi, come il prof. Lo Castro, il prof. Albisetti, il prof. D'Urso sia stato, sia suo allievo diretto. È evidente l'ampiezza, l'importanza della loro relazione con il Maestro, certamente maggiore di chi allievo diretto suo non è stato.

In qualità: qui invece penso che ci troviamo su un piano di uguaglianza sostanziale. Davvero il prof. Finocchiaro ha dato a ognuno di noi "il suo", e penso che nessuno si possa "lamentare" di non aver ricevuto quello che realmente meritava.

Il prof. Finocchiaro ha lasciato a tutta la comunità non solo scientifica, ma altresì amministrativa ed ecclesiale, una eredità che tutt'ora dà i suoi profondi frutti.

Noi che oggi parliamo abbiamo avuto la fortuna di essere prelegatari, non solo cioè di ricevere tutta la nostra quota di eredità, come tutti, ma abbiamo goduto pienamente anche di un qualche beneficio particolare all'interno della stessa eredità.

Il mio intervento intende delinare un (rapido) profilo del prof. Finocchiaro come canonista: il Maestro fu essenzialmente, come mentalità, metodo, contenuto della sua attività scientifica, un ecclesiasticista. Tuttavia, con lo stesso impegno, meticolosità, capacità critica si occupò anche, e non troppo raramente, di diritto canonico.

Penso ad es. ad alcune voci dell'Enciclopedia del diritto, come quella sull'istruzione del processo canonico; o alla sua relazione al convegno di Pamplona del 1976, e avente ad oggetto la giurisprudenza nell'ordinamento canonico. Ancora, e soprattutto, al suo volume su "Il matrimonio nel diritto canonico", edito nel 1989.

Sono scritti che riflettono, come appena ricordato, la sua metodologia, e al contempo il rispetto per lo spirito di una disciplina normativa propria di un ordinamento "pervenuto" – sono sue parole- "ad una fase avanzata di sviluppo".

In particolare, se in molti autori, anche a lui vicini, il diritto inteso come diritto positivo appare come condizione necessaria, ma non certo sufficiente per la costruzione di un ordinamento secondo giustizia; per Finocchiaro l'ordinamento canonico è essenzialmente diritto positivo; riprendendo una ben nota posizione di Del Giudice, anche per Finocchiaro il diritto divino è vigente all'interno della Chiesa nella misura in cui è positivizzato, in cui è formalizzato in un atto posto dalla legittima autorità. Rileggiamo un passaggio del suo volume sul Matrimonio canonico (*Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1989, pag. 9): "La fonte prima del diritto divino è nella Bibbia, mentre l'elaborazione del diritto naturale deriva dalle speculazioni filosofiche della dottrina cattolica, volte a identificare i principi desumibili dalla natura umana e dall'aggregarsi degli uomini in società. Tale elaborazione dottrinale si riflette sul diritto positivo, in quanto molti dei principi posti in luce dalla speculazione tomistica hanno trovato accoglienza nella legislazione ecclesiastica".

Lo stesso spirito troviamo nella sua bellissima relazione sulla Giurisprudenza nell'ordinamento ecclesiale tenuta in occasione del Congresso internazionale di Diritto canonico del 1976. Appare evidente come per il maestro la giurisprudenza sia elemento costitutivo e costruttivo dell'ordine giuridico canonico; eppure, l'orizzonte ultimo entro cui il giudice ecclesiale è chiamato a muoversi, è pur sempre quello del diritto vigente, positivo, consuetudinario, secondo prassi. Parlando invero dell'attività giudiziaria (*La giurisprudenza nell'ordinamento canonico*, in *La norma en el derecho canónico, Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976*, Pamplona 1979, pag. 1003), il Maestro dimostra sì che il giudice non è una mera "bocca della legge, meccanico riproduttore

della volontà di un altro organo”, ma è “voce viva dell’ordinamento”, ossia (ed è quanto ora ci interessa) “l’organo che trae da tutti gli elementi offerti dall’ordinamento stesso e, perciò, dalle leggi come dalle consuetudini approvate, dai principi generali del diritto canonico come da quelli degli altri ordinamenti, dallo stile della Curia come dalla dottrina costante e comune, il criterio per risolvere il caso, ossia la norma giuridica”.

In questa attività di individuazione e di attuazione del giusto assume così rilievo principale il diritto posto. Infatti per Finocchiaro il diritto positivo ha in sé la capacità di regolare e strutturare in tutta la sua complessità la vita in comune affinché si realizzi tra gli uomini il valore della giustizia. Il diritto divino esiste, è essenziale, appare appunto come un criterio imprescindibile, ma di sottofondo. Per Finocchiaro è indubbio che la norma, se conforme al disegno di Dio, individua il vero bene che è in grado di guidare la libertà dell’uomo, così esternando le esigenze della relazione morale e pratica di giustizia al servizio della quale è posto il legislatore. Il diritto positivo, il diritto che comunque deve essere applicato, lo deve però essere in modo conforme all’idea di Dio sull’uomo, e a questa deve essere ricondotto. E ciò ben lo sintetizza l’attuale can. 221, § 2 quando sancisce il diritto di ogni fedele di essere giudicato “servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis”. Il fedele ha cioè diritto a una pronuncia giusta, che concreti e determini il “suum”, la cosa giusta; diritto a cui corrisponde il dovere del giudice di ricorrere all’equità, identificata con il nucleo fondamentale e fondante della struttura giuridica della Chiesa, il diritto divino; equità quindi quale trama che regge e struttura l’ordinamento ecclesiale, criterio di autointegrazione che permette all’ordine della Chiesa di rispondere pienamente e costantemente al disegno fondazionale divino. Eppure tale diritto vige nella comunità umana ecclesiale, in quanto è il legislatore che conferisce ad esso un’efficacia giuridica.

Una nota storica francese ricordava come non si può comprendere lo splendore delle slanciate cattedrali gotiche finché non si sa che il volume delle profonde fondamenta di pietra su cui poggiano supera quello della pietra eretta verso il cielo¹. Così, e non diversamente, il diritto canonico può svilupparsi in tutto il suo rigore scientifico e metodologico nella misura in cui appronti determinazioni coerenti con le esigenze della costituzione divina del popolo di Dio.

Al diritto spetta poi assicurare alla persona umana, che in tali strutture si muove, la dimensione della giustizia, sia riguardo alle stesse strutture, sia

¹ RÉGINE PÉRONOUD, *Luce del medioevo (Lumière du Moyen Age)*, III ed., Paris 1954), Roma 1978, p. 196.

riguardo alle sue relazioni con le altre persone, aiutando l'autorità, con la tecnica ad esso propria, ad adottare metodi di tutela della autonomia e della dignità del battezzato.

Ed è questo, a mio modesto parere, il contributo del nostro Maestro al diritto canonico.

*Famiglia e matrimonio: alcune riflessioni prendendo spunto da F. Finocchiaro**

SALVATORE BORDONALI

L'intervento, necessariamente breve pur trattando d'un argomento vasto, oggi forse potrà apparire controcorrente o provocatorio ma non lo è nell'intenzione. Infatti il proposito è quello d'affrontarlo tenendo sotto gli occhi gli scritti dell'illustre maestro, sempre attento a ricercare soluzioni coerenti con la realtà ma anche con il sistema giuridico vigente, senza mai sostituire al dato convincimenti personali o suggestioni di tipo ideologico.

Tra i tanti settori del diritto di cui Francesco Finocchiaro si è occupato spicca quello sul matrimonio, al quale istituto ha dedicato una monografia che rimane tuttora un punto di riferimento, nonostante i cambiamenti repentini che sono sopraggiunti soprattutto in questi ultimi anni, che hanno modificato l'aspetto tradizionale dell'istituto fino a toccarne la riconoscibilità.

In realtà è tutto il comparto che concerne il diritto di famiglia ad avere subito un riassetto, avendo come linee guida sia l'adeguamento dei rapporti familiari ai principi espressi dalla Costituzione repubblicana (artt. 2,3,29,30), sia l'evoluzione dei costumi in seno all'area occidentale, fatta propria dagli organi rappresentativi dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹.

Scrive Finocchiaro nella sua monografia (del 1971) che la Costituzione repubblicana, riconoscendo "i diritti della famiglia come società naturale

* Il testo riproduce, con l'aggiunta di note, quello presentato a Catania il 13 dicembre 2015, in occasione del Convegno *Libertà religiosa e uguaglianza giuridica tra passato e presente. In ricordo di Francesco Finocchiaro*.

¹ Sembra doversi segnalare preliminarmente l'indirizzo metodologico prescelto dalla Corte che (rispondendo alle istanze di parte) assume nel percorso ricostruttivo degli istituti come dato di partenza la prassi corrente (più o meno estesa) e non viceversa, come sembrerebbe preferibile e forse dovuto, la definizione dell'istituto più condivisa e consolidata. Più ampiamente, SALVATORE BORDONALI, *Matrimonio e famiglia: tra innovazione e manipolazione*, in *Jus-online*, 2015, pp. 6 ss.

fondata sul matrimonio” ma anche “quelli inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”², ha fatto riemergere la connotazione privatistica del diritto di famiglia, che era stata messa in ombra dalle politiche autoritarie del periodo precedente. Infatti, seguendo i suddetti enunciati costituzionali congiuntamente – secondo cui “l’individuo non è dissolto nella comunità familiare”³ ma partecipa al bene del singolo e della famiglia in un rapporto di tipo “circolare” – si realizza “il perfezionamento individuale ed il progresso sociale, il bene del singolo e il bene della famiglia”, traendo vantaggio reciproco; altrimenti, “in maniera altrettanto reciproca” decadendo⁴. In definitiva, il modello nuovo nel riequilibrare i due aspetti ha reso ciascun componente (i coniugi) e quindi l’individuo protagonista consapevole del rapporto. Non l’entità superiore e fittizia precedentemente immaginata (e cara alle ideologie totalitarie) ma il convergere del volere dei singoli protagonisti.

La Costituzione non dà una definizione della famiglia ma fa riferimento a “quale essa è offerta dalla realtà sociale”, in tal senso dovendosi intendere l’art. 29 quando ne parla come di una “società naturale”⁵, da non intendere come una riproposizione di formule giusnaturaliste⁶, bensì per assumere la famiglia quale si presentava nel contesto sociale⁷. Ne discende che lo Stato non assegna alla famiglia un compito superiore⁸, che viceversa spetta ai suoi

² FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio, Commentario del Codice civile* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA. *Libro I: delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1971, p. 24.

³ ID., *ibidem*, p. 25.

⁴ ID., *ibidem*, loc. cit.

⁵ ID., *ibidem*, cit., p. 24 e n. 17.

⁶ La frase è tratta da FRANCESCO DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla aspirazione al matrimonio al diritto alla convivenza*, “Riv. dell’Associaz. ital. dei costituzionalisti”, (2/7) 2013, p. 6. Si tratta, come nota ANTONIO RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso e la loro (innaturale) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, intervento al Seminario su *La “società naturale” e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Ferrara, 26 febr. 2010, a cura di ROBERTO BIN - GIUDITTA BRUNELLI - ANDREA GUAZZAROTTI - ANDREA PUGIOTTO - PAOLO VERONESI, (in corso di pubbl.) Torino, 2010, p. 2, di una nozione che ha causato differenti letture, da quella che si risolve nella sua inesistenza a quella che vi attribuisce significati eccessivi. L’A sottolinea che il riferimento costituzionale è all’unione di due soli soggetti di sesso diversi che si caratterizza “per i tratti di spontaneità o della originarietà” in quanto integranti una “comunità preformata allo Stato”. Per un cenno all’iter formativo della norma, ROBERTO DI MARIA, *Aggregati familiari e Costituzione*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di FILIPPO ROMEO, Torino, 2014, p. 206, con richiami ulteriori.

⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., p. 24 e n. 17.

⁸ La formula adoperata dall’art. 29 avrebbe l’effetto evidenziato da Costantino Mortati (*Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1165) e condiviso dal Finocchiaro, di porre un limite al legislatore, ed esattamente quello di non potere assegnare alla famiglia ruoli e compiti di natura pubblica o a questa subalterni, com’era avvenuto nel recente passato, o in altre esperienze giuridiche non democratiche e liberali. Si tratterebbe di un limite costituzionale accompagnato da una specifica

componenti individuare, ma si limita a dettare le regole che ne governano la struttura⁹; ovvero che il suo compito è quello di disciplinare la posizione dei singoli che intervengono nel suo funzionamento, che deve avvenire secondo il modello costituzionale di partecipazione degli individui in un'attività comune (che comporta una ridefinizione dei compiti familiari e la trasformazione della patria potestà in poteri genitoriali)¹⁰.

D'altra parte la famiglia, non costituendo un'entità astratta avulsa dalla realtà e pertanto immutabile, vive nella società e ne segue l'evoluzione sotto parecchi aspetti, e specialmente per quanto concerne: l'emancipazione della donna, il modo di sentire dei giovani, il mutamento della base economica della famiglia, nonché, come sottolinea Finocchiaro, i rapporti sempre più camerateschi all'interno di essa, la maggiore mobilità rispetto al territorio¹¹. Tutto un insieme di fattori che intervengono nel modo di essere della famiglia in un dato momento storico e di cui il legislatore non può disinteressarsi o non tenerne conto alcuno.

L'iter d'adeguamento ai precetti costituzionali summenzionati e al mutare della realtà sociale è stato intrapreso per prima dalla Corte costituzionale con la "mera efficacia ablativa delle sue decisioni" e solo dopo dal legislatore, con una maggiore considerazione per la posizione dei figli naturali e l'ammissione del riconoscimento dei figli adulterini¹²; proseguendo un indirizzo peraltro già presente nel c.c. del 1942, di attenuazione dei "legami tra i coniugi e le rispettive famiglie d'origine"¹³. Già da allora – in controtendenza con l'impostazione autoritaria dello Stato – era stato intaccato l'assetto verticistico della famiglia patriarcale, con l'inevitabile "affievolimento della posizione di cui godevano, sino a qualche decennio addietro, la famiglia ed

garanzia per il solo modello familiare fondato sul matrimonio, davanti al quale si pone il problema (ROBERTO DI MARIA, *op. ult.*, cit., p. 204) della possibile "inclusione sociale di forme alternative... di convivenza familiare", e quindi, allo stato attuale, di una possibile "estensione di forme di tutela equivalente" anche ai membri di simili "aggregati". Secondo un'altra interpretazione, si tratterebbe di una norma "neutrale" a carattere ricettizio (NICOLA PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio eterosessuale: profili processuali e sostanziali*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2010, p.2).

⁹ Ne consegue che essa demanda al legislatore ordinario il compito di "perseguire il programma di dettare norme volta a razionalizzare la formazione di questa entità sociale e lo svolgimento dei rapporti fra i membri di essa" (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 26).

¹⁰ Nonché, l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale in luogo di quella di potestà genitoriale. Più ampiamente, FILIPPO ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive...*, cit., p. 15 e n.32.

¹¹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., pp. 27 s.

¹² *Id.*, *ibidem*, pp. 28,29.

¹³ *Id.*, *ibidem*, p. 28.

il matrimonio nella considerazione sociale”¹⁴, ma che erano propri di una tipologia familiare ormai sostituita nella realtà da quella nucleare.

Con la riforma del 1975 il ruolo egemone del padre è sostituito dalla parificazione dei diritti e doveri dei coniugi¹⁵, come applicazione del “principio d’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi” nella famiglia, “fissato nell’art. 29 Cost., con salvaguardia dell’unità familiare”¹⁶ (in senso giuridico)¹⁷. Vale a dire che la regola dell’accordo nel governo familiare, derivante “dall’art. 29 Cost, in relazione all’art. 3 della stessa Costituzione, che esclude le discriminazioni in base al sesso”, comporta per i coniugi “una parità concreta e non meramente formale”; dove il principio è “derogabile non in astratto, ma, caso per caso, quando sia da realizzare l’unità familiare”¹⁸. Infatti lo stesso articolo prevede che la parificazione non deve avvenire a discapito dell’unità familiare”¹⁹. Come pure la parità di genere non deve essere spinta al punto di mortificare o annullare la naturale specificità dei sessi e i valori propri di ciascuno di essi. Sicché, in definitiva, occorre considerare l’art. 29 quale punto primo di riferimento costituzionale entro cui ravvisare “l’uguale libertà e l’uguale responsabilità dei coniugi nell’attuare la comunione di vita”²⁰ e, in definitiva, il modulo per graduare gli altri aspetti costituzionalmente rilevanti in questo settore dell’ordinamento giuridico.

Problema diverso è quello relativo ai mutamenti che si verificano in seno alla società e ai riflessi che questi hanno sugli istituti giuridici considerati,

¹⁴ ID., *ibidem*, p. 29.

¹⁵ Intendendosi l’uguaglianza sostanziale con riferimento al valore dell’unità familiare e quella formale con riferimento ai doveri che importano una “mera astensione”. Una parità da non ridurre al profilo del rapporto tra regole ed eccezione, trattandosi di valori tra di loro compatibili, ma da ricollegare ai doveri di solidarietà esistenti nell’ambito della famiglia, che la distingue dagli altri gruppi sociali (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, Tomo II, Art. 84-158, Roma-Bologna, 1993, pp. 254 ss.).

¹⁶ ID., *ibidem*, p. 247.

¹⁷ ID., *ibidem*, p. 255, precisa che l’ordinamento promuove l’unità della famiglia in senso giuridico, non potendo viceversa assicurare l’unità affettiva dei coniugi; inoltre MASSIMO PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1990, pp. 18 ss.

¹⁸ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., p. 255.

¹⁹ La diarchia imposta per legge aveva destato dubbi al Finocchiaro, che in una sua relazione al Convegno di studi tenutosi a Napoli nel 1973, dal titolo *Rapporti personali fra coniugi e patria potestà* (ora in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Saggi*, a cura di ALESSANDRO ALBISSETTI, Giuffrè, Milano, 2008, p. 130 ss.), ritiene che la stessa disponendo, in caso di disaccordo, l’intervento del giudice possa avere commesso una “ingenuità”; a tal proposito chiedendosi “Quanta unità vi sia in una famiglia ridotta a rivolgersi al tribunale per risolvere i problemi dei figli”; nonché esprimendo la sua preferenza per un sistema che avrebbe salvato in radice il principio, consentendo in seno alla famiglia stessa l’elezione tra i coniugi “chi dei due rappresenterà la prole nei confronti dei terzi”.

²⁰ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, Tomo II, cit. *loc. ult.*, cit.

tanto più nei confronti di una realtà che “si fa nella storia”²¹, ma che nell’opera d’innovazione non ricadrebbe “interamente nella disponibilità delle scelte del legislatore”²², non risultando questo del tutto esente da vincoli di natura costituzionale e anzitutto da quelli nascenti dal testo dell’art. 29 Cost. Il collegamento con la Costituzione, tuttavia, non comporta solo limiti per il legislatore, in quanto il precetto enunciato dall’art. 2 Cost., sulle formazioni sociali, consente un intervento additivo nelle formazioni che costituiscono un luogo in cui si svolge la personalità dell’uomo e quindi anche nella famiglia; con l’avvertenza, però, che questa formazione sociale si distingue dalle altre di cui all’art. 2 Cost. per taluni profili specifici. Infatti “il principio dell’unità, connesso con i doveri di solidarietà esistenti nell’ambito di essa, determina l’esistenza di vincoli di elevata intensità, quali non sono rintracciabili in altri gruppi sociali”²³. In definitiva, il riferimento all’art. 2 della Costituzione, secondo Finocchiaro, deve essere inteso alla luce e nel rispetto della nozione costituzionale di famiglia delineato dall’art. 29 Cost. e non viceversa.

Accanto alla famiglia legittima, regolata e protetta (ma sempre meno) a vari livelli dall’Ordinamento giuridico, si è andato diffondendo già da qualche tempo il fenomeno della convivenza *more uxorio*. Una prassi che non riguarda formalmente l’istituto dianzi descritto ma che costituisce una realtà accanto, frutto di una mentalità che si è andata radicando nella società civile sulla base di presupposti di vario genere – che Finocchiaro non esita a definire spesso effimeri o inadeguati²⁴ – della quale tuttavia non è possibile non

²¹ PIERPAOLO DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Roma-Bari, 1998, p. 34.

²² Come viceversa afferma NICOLA PIGNATELLI, *op. ult.*, cit., pp. p. 6 s.

²³ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, Tomo II, cit., pp. 247 ss. In definitiva, la famiglia integra (usando parole di VINCENZO SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, “Il diritto di famiglia e delle persone”, 2002, p. 702) “un nucleo di persone che condividono un reciproco impegno di cure e di affetto, di attenzione e di solidarietà, determinato dal costume e dal modo di vivere proprio della società, che acquista rilievo diverso e autonomo rispetto a tutte le altre forme associative presenti nella società”; motivo per cui “l’ordinamento non dovrebbe privilegiare o selezionare una specifica forma o uno specifico contenuto del rapporto familiare bensì soltanto garantire il rispetto di una esigenza personalistica” (ROBERTO DI MARIA, *Aggregazioni familiari...*, cit., p. 213). Sembra opportuno ricordare qui il rilievo secondo cui l’attribuzione nella famiglia di diritti *uti singuli* sia la conseguenza dell’enunciazione del principio personalistico e solo indirettamente ex art. 2 Cost., quali membri di una formazione sociale. Si tratterebbe di un’evoluzione del diritto di famiglia “nel senso dei diritti familiari”, in cui “la formula di cui al citato art. 29 esprime un rapporto di implicazione, o di equivalenza sostanziale, fra i diritti della famiglia e i diritti dei membri della famiglia” (*Ibidem*, pp. 213, 215, 219).

²⁴ Secondo FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., p. 20, tali posizioni che in passato erano di solito dovute “o a discutibili posizioni ideologiche” secondo cui non si doveva “burocratizzare” un rapporto affettivo personale secondo moduli borghesi, ma che altre volte era dovuta “a stati di estrema indigenza o ignoranza, ovvero dal fatto che uno dei membri della coppia fosse legato a una terza persona da un matrimonio valido, onde risultava impossibile celebrare nuove nozze”, sono

tenere conto, avendo assunto una tale “rilevanza sociale da indurre dottrina e giurisprudenza e lo stesso legislatore a riflettere sulle situazioni giuridiche che ne possono derivare”²⁵; tanto da avere dato rilievo con la legge di riforma del 1975 sia alla parentela “naturale” sia alla convivenza di per sé, “attribuendo la potestà congiunta sul figlio naturale riconosciuto da entrambi i genitori, come per i figli legittimi (art. 316 c.c.) a condizione che essi convivano (art. 317-bis 2° comma c.c.)”²⁶; in tale modo dando rilevanza autonoma e sufficiente a un elemento di fatto (la convivenza dei genitori).

Nella ridefinizione dei poteri familiari, la riforma introduce un elemento ulteriore e nuovo, destinato a prevalere su molti altri e a divenire il fulcro di riferimento: quello del preminente interesse della prole²⁷; forse mutuato dai paesi di *common law* ma che trova un riferimento costituzionale nell’art. 30 Cost., che tratta dei doveri dei genitori verso i figli²⁸.

Vale rilevare che nella ricostruzione degli istituti familiari proposta da Finocchiaro il punto di riferimento costituzionale è costituito essenzialmente dall’art. 29, quello che considera direttamente e specificatamente quell’aggregato particolare che è la famiglia (come tale individuata); mentre il richiamo all’art. 2, sulle formazioni sociali in rapporto all’individuo che ne è partecipe, è accompagnato dalla precisazione circa la specificità della famiglia, e solo di sfuggita si fa riferimento all’art. 3²⁹, detto sull’uguaglianza: un

superate in seguito all’introduzione della legge sul divorzio del 1970, che ha tolto ragion d’essere alle tesi “falsamente libertarie” che le sorreggevano.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ *Ibidem*, p. 21, il quale vi aggiunge anche la previsione dell’art. 199, c.3, lett. a del c.p., nonché la successione nel contratto di locazione da parte del convivente (art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392) “secondo le *addizioni* a tale disposizione effettuate dalla Corte costituzionale”.

²⁷ ANTONIO RUGGERI, “*strane*” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in “Gruppo di Pisa”. *Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, p. 8; SALVATORE BORDONALI, *Matrimonio e famiglia...*, cit., p. 2 s.

²⁸ ANTONIO RUGGERI, *op. ult.*, cit., loc. cit.

²⁹ Come osservata FRANCESCO FINOCCHIARO, *sub* art. 8 Cost., nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pp. 390 ss.; *Id.*, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958, pp. 84 ss., il principio *de quo* opera contro le discriminazioni aventi riflessi sui singoli e non riguarda le formazioni sociali eventualmente discriminate dove è sempre possibile adempiere alla funzione di sviluppo e promozione della personalità. Secondo un’altra corrente di pensiero (VALERIO ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana, Manuale di diritto pubblico* a cura di GIULIANO AMATO e AUGUSTO BARBERA, Bologna, 1994, p. 105; LIVIO PALADIN, *Considerazioni sul principio costituzionale di eguaglianza*, “Riv. trim. di dir. pubbl.”, 1962, pp. 940 ss.) l’estensione del principio ai gruppi sarebbe giustificato dal pluralismo delle organizzazioni introdotto dalla Costituzione repubblicana. Tuttavia, a parte ogni altra considerazione, si deve tenere presente che il principio non deve impedire la “diversificazione dei distinti”, fino a ledere il “nucleo forte” che consiste nella protezione di identità differenziate” (BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le Confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, p.189, con richiamo bibl.).

precepto fondamentale, tuttavia abusato e talvolta travisato; tanto da meritare qui un breve approfondimento.

In una lettura scevra da condizionamenti di tipo ideologico, l'art. 3 della Costituzione italiana, detto sull'uguaglianza³⁰, convive con il principio di specialità, nel senso che esso non solo non lo nega ma ne costituisce una razionalizzazione. Infatti il principio non impone un rozzo livellamento e comunque non costituisce uno strumento per operare un riassetto dell'ordinamento verso il basso, che finirebbe per negare il principio di specialità; e tanto meno implica una negazione, per usare un'espressione di Finocchiaro, dello "Stato liberale e pluralista"³¹. Come ha detto e ribadito la Corte costituzionale (sent. nn. 58/58 e 89/96) "una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse, violerebbe il principio di uguaglianza". Vale a dire, che il nucleo forte del principio è costituito non dall'*uguaglianza* ma dalla *ragionevolezza* delle scelte³²; motivo per cui la discriminazione è legittima e addirittura in certi casi dovuta quando la parificazione sarebbe irragionevole o addirittura arbitraria³³. Se ne deduce che, in definitiva, non sono da censurare tutte le diseguaglianze, ma solo quelle che si fondano su deliberazioni arbitrarie o prive di una plausibile giustificazione della differenza³⁴. Sul piano pratico possiamo dire che il principio summenzionato non

³⁰ Per il vero, il principio ha il precedente nell'art. 24 dello Statuto Albertino (del 1848), secondo cui "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo e grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammessi alle cariche civili e militari, salvo le eccezioni determinate dalle leggi". Una norma dalla portata intrinseca tale da prevalere sull'art. 1 dello Statuto stesso (sulla religione di Stato), il quale, peraltro, non poté impedire l'affermarsi di una legislazione di tipo liberale e addirittura la qualificazione di Stato laico "caratterizzato da una legislazione anticlericale e di stampo unilaterale" (MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2010, p.111). Come osserva ORESTE RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova, 1934, p. 72, in base alla norma, per "eguaglianza s'intende eguaglianza giuridica, cioè di fronte al diritto", essendo stati aboliti "tutti i privilegi di classe o di casta, ordini chiusi, che gli ordinamenti precedenti riconoscevano, e ha concesso a tutti i cittadini un'uguale capacità giuridica, qualunque sia il loro titolo e grado. Eguaglianza, perciò, giuridica, non eguaglianza materiale, di fatto, perché quelli che natura fa disuguali non è in potere degli uomini e non volle il diritto rendere uguali".

³¹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed., aggiornata a cura di ANDREA BETTETINI e GAETANO LO CASTRO, Bologna, 2009, p. 44. Lo stesso A. (*La Repubblica italiana...*, cit., pp. 22 ss.) sottolinea che a suo giudizio la Repubblica si classifica certamente come liberale e come pluralista "ma è ben lontana dall'essere laica".

³² Osserva FRANCESCO FINOCCHIARO, (*op. ult.*, cit., p. 172 e n.3) che nell'interpretazione della Corte costituzionale (in relazione agli artt. 7 e 8 Cost.) il principio di uguaglianza non integra un principio supremo dell'ordinamento costituzionale se non per quel che concerne il nucleo più ristretto ed essenziale di "principio della ragionevolezza delle scelte" da parte del legislatore ordinario.

³³ ALFONSO CELOTTO, *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di SERGIO BARTOLE e ROBERTO BIN, Padova, 2008, p. 68.

³⁴ GIAN PAOLO DOLSO, *Commentario breve...*, cit., p. 23; ID, *Principio d'eguaglianza e diritto pena-*

implica che “qualcosa deve essere tolto a uno perché la stessa cosa non possa avere un altro”, o che una posizione di vantaggio acquisita con mezzi leciti urti di per sé il criterio dell’uguaglianza, o ancora, che si debba eliminare (giuridicamente) una diversità di natura biologica³⁵. Quel che conta è che non si tratti di una “irragionevole” discriminazione³⁶.

Il richiamo al requisito della ragionevolezza della norma, quale criterio generale, trova applicazione oltre che nello specificarsi dell’ordinamento³⁷, anche come esigenza di coerenza complessiva³⁸, seguendo un principio che è presente in varie forme in tutti gli ordinamenti giuridici degni di tal nome; tra questi anche nel diritto canonico, dove la *rationabilitas* condiziona l’efficacia della legge³⁹.

Detto questo in via generale, sembra doversi fare una precisazione per quel che concerne il rapporto con le Confessioni religiose, e per tanto procedere a un sia pur breve richiamo, piuttosto una digressione, alla lettera del 1° co. dell’art. 8 della Costituzione, dove si dice che “tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge”⁴⁰. Come è stato giustamente osservato, la norma è formulata in riferimento alle Confessioni religiose e più esattamente a “tutte” e quindi anche a quella Cattolica, pur trovando quest’ultima una collocazione nel precedente articolo (art. 7), che la riguarda direttamente, in tale modo completandosi il sistema⁴¹.

le. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale, “Consulta online” (periodico telematico), 2015, III, specialm. p. 746 s.

³⁵ Valga l’esempio richiamato da FRANCESCO FINOCCHIARO, *Matrimonio*, Tomo II, cit., p. 46 e n.1, della norma che impone l’osservanza del c.d. lutto vedovile (art., 540 c.c.); inoltre, SALVATORE BORDONALI, *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, fasc. 2, p. 566.

³⁶ L’idea dell’uguaglianza di risultato, che ha avuto l’effetto negativo in Italia di bloccare la mobilità sociale, è ora oggetto di profonde rivisitazioni. Più ampiamente, QUIRINO CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013.

³⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ediz., cit., p. 172 parla di taluni margini di elasticità, tali da consentire al legislatore di effettuare ragionevoli discriminazioni atte a disciplinare situazioni diverse.

³⁸ GIAN PAOLO DOLSO, op. cit., (*Principi fondamentali*) pp. 2 s, secondo cui “anche il principio di ragionevolezza, inteso come esigenza di coerenza dell’ordinamento, assurge a principio informatore dell’ordinamento (Corte cost., 204/82); GINO SCACCIA, *Gli strumenti della “ragionevolezza” nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000

³⁹ RINALDO BERTOLINO, *Lezioni di diritto canonico*, raccolte a cura di MARIA CHIARA RUSCAZIO, Torino, 2007, pp. 120 ss.

⁴⁰ Come sottolinea FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il positivismo giuridico all’esame di libertà e uguaglianza nel fattore religioso*, in “*La libertà religiosa*”, a cura di MARIO TEDESCHI, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2002, Tomo I, p. 265, se i cittadini “costituiscono un’organizzazione qualificabile come confessione religiosa, questa come tutte le altre analoghe, trova tutela nell’art. 8, 1° comma, Cost.”.

⁴¹ GIUSEPPE CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 63. Precisa

Con tali disposizioni, la Repubblica compie una scelta originale, in quanto “supera la soglia di indifferenza” tra Stato e Confessioni religiose e quindi quella della separazione⁴², della laicità alla francese⁴³, che aveva costituito “il postulato del liberalismo”⁴⁴, e che ancora oggi talvolta viene invocato non sempre a proposito. Il sistema nuovo costituisce uno strumento giuridico, formalmente differenziato (rispetto alla Chiesa) ma sostanzialmente equivalente per ciascuna Confessione, attraverso cui raggiungere accordi bilaterali con lo Stato per regolare la propria (peculiare) condizione in Italia⁴⁵. In una prospettiva unitaria europea di lungo periodo, viceversa, questo processo di specificazione sembra destinato a ridursi o, comunque, a seguire almeno in parte una direzione di segno opposto, dovendosi individuare, tra i sistemi diversi e peculiari di ciascuna nazione⁴⁶, la possibile parificazione di trattamento delle Confessioni che si ritengono “ragionevoli”⁴⁷. Una parificazione che in Italia si sarebbe dovuta compiere per gli aspetti comuni o simili già prima di procedere alla negoziazione e tipula delle intese (ex art. 8 Cost.)⁴⁸; preferibilmente aggiornando la legge unilaterale (e in certo qual modo ge-

FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed, cit., p. 173, che è proprio del 1° co. dell'art. 8 Cost. di “assicurare a tutte le confessioni religiose e, perciò, tanto alla Chiesa cattolica quanto agli altri culti, a prescindere dall'esistenza di concordati o intese, la stessa misura di libertà, sia perciò che concerne l'organizzazione, sia perciò che concerne il culto, la propaganda, ecc.”.

⁴² SALVATORE BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, voce del *Digesto IV*, Discipline pubbl., Torino, 1991, p. 463.

⁴³ Giustamente FRANCESCO FINOCCHIARO aveva osservato, distinguendosi dai più, che in effetti “La Repubblica italiana non è uno Stato laico”, “Il dir. eccl.”, 1997, I, pp. 22 ss.; ID., *Alle origini della laicità statale*, *ibidem*, 2002, pp. 1283 ss. Una presa d'atto che recentemente è confermata da ALFONSO DI GIOVINE, *Democrazia e religione: spunti di sintesi*, “associazionedeicostituzionalisti.it”, aprile 2008, secondo cui non vi è identificazione tra Stato costituzionale e Stato laico, e osservando che “proprio l'Italia è l'esempio di una non necessaria coincidenza fra stato costituzionale (o, se si vuole, stato liberaldemocratico e pluralista, quale certamente il nostro paese è) e stato laico”.

⁴⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il positivismo...*, cit., p. 261.

⁴⁵ GAETANO CATALANO, *Attualità e anacronismo dei concordati*, in *Individui, gruppi e confessioni religiose nello Stato democratico*, Atti del Convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Siena, 30 novembre-2 dicembre 1972, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 859 ss.; SALVATORE BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria*, “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, riv. telematica (www.statoechiese.it), giugno, 2010, pp. 11 ss.

⁴⁶ Più ampiamente, IVÁN C. IBÁN, *È possibile una disciplina comune della libertà religiosa nei paesi comunitari?*, in *La libertà religiosa...*, cit., Tomo II, pp. 898 ss.

⁴⁷ ID., *op. ult.*, cit., p. 905.

⁴⁸ La legge generale sulla libertà religiosa, in continua elaborazione, tendente a raccogliere il comune denominatore delle intese, avrebbe comunque il limite oggettivo di costituire una sorta di legge speciale generalizzata (SALVATORE BORDONALI, *Problemi di dinamica concordataria*, cit., p. 22), mentre occorre una vera legge generale, come parametro per le eventuali specificazioni (per osservazioni ulteriori, ID., *Le istanze religiose di fronte ai meccanismi di produzione giuridica*, “Il diritto ecclesiastico”, 2005, pp. 81 ss.).

nerale) del 1929⁴⁹, detta sui culti ammessi, o emanandone una nuova⁵⁰, sulla quale calibrare la specificità.

Ciò posto, a più attenta lettura, il comma cit. non dice, come ci si sarebbe aspettato che “tutte le confessioni sono libere”⁵¹ ma che lo sono “ugualmente”, in definitiva ridimensionando la portata del riconoscimento rispetto alla specificità di ciascuna di esse e, a ben vedere, della stessa complessiva condizione di libertà di cui lo Stato rimane supremo regolatore⁵². Vale a dire che, teoricamente, lo stesso potrebbe abbassare per tutte le Confessioni la soglia di libertà riconosciuta (come oggi potrebbe accadere davanti a fenomeni di *estremismo religioso*) senza violare la lettera del I° co. dell’art. 8 della Costituzione (sulla libertà) e neppure l’art. 3 della stessa (sull’uguaglianza)⁵³. Una norma questa che è stata usata con un certo ritardo e non poche “perplexità” come criterio per valutare quelle antiche concordatarie, “soprattutto per una ragione culturale”⁵⁴. Tale operazione eventuale, tuttavia, dovrebbe essere condotta senza intaccare la salvaguardia specifica per le Confessioni,

⁴⁹ *Ibidem*, p. 2,

⁵⁰ La legge sui culti, come avverte FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed., cit., p. 142, è formalmente unilaterale ma gode di una certa protezione dall’art. 8, c.2° Cost., nel caso di abrogazione e in particolare non potrebbe abrogare “quelle norme che abbiano consentito alle confessioni di minoranza l’acquisizione di diritti e di potestà non conseguibili in base al diritto comune” (ivi, p. 144). Inoltre, v. CARMELO D’URSO, *Fonti del diritto ecclesiastico*, Catania, 1968, pp. 60 ss.; nonché, SALVATORE BORDONALI, *L’incidenza del fatto religioso nei percorsi formativi della legge nell’ordinamento italiano*, in *Anuario de Derecho ecclesiastico del Estado*, vol. XXVI, 2010, p. 743 ss.

⁵¹ GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957, nonché, Cacucci, Bari, 2007, p. 8, osserva che alla radice della libertà giuridica sta il riconoscimento da parte dello Stato di una situazione in cui “il soggetto può liberamente esplicitare la sua volontà, mutandone *ad libitum* direzione e orientandola sia in conformità sia in contrasto con una qualsiasi norma etica”. In tal senso esplicitandosi l’aspetto per così dire *negativo* dei diritti di libertà, caro ai “cultori germanici del diritto pubblico” tra la fine dell’800 e gli inizi del 900” (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il positivismo...*, cit., p. 263).

⁵² Ovviamente, come dice FRANCESCO FINOCCHIARO, (*Diritto ecclesiastico*, X ed. cit., p. 155), l’art. 19 si riferisce anche al gruppo sociale “garantito nel suo pratico esplicarsi, alla professione della fede religiosa e all’esercizio pubblico e privato del culto. Queste tre fondamentali facoltà riguardano tutte quelle manifestazioni esteriori della vita religiosa, che possono cadere sotto la disciplina dell’ordinamento, il quale in passato non ha mancato di regolarle, talora in modo per nulla liberale, e che perciò la Costituzione ha voluto proteggere”.

⁵³ Per altro verso nota FRANCESCO FINOCCHIARO, F., *op. ult.*, cit., p. 173 s., (richiamando l’opinione di VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, X ed., Giuffrè, Milano, 1964, p. 57), che la richiamata parificazione delle libertà “sembrerebbe lasciare libero il legislatore nel trattamento delle varie confessioni secondo che la necessità o l’opportunità lo richiedano” e che tale sembrerebbe “essere stato il criterio seguito dal legislatore costituente, il quale respinse la formula *tutte le confessioni religiose sono uguali di fronte alla legge* ed accolse quella vigente, sotto il profilo che nessuna confessione religiosa, ritenendosi depositaria della verità, accetta di essere considerata uguale alle altre”.

⁵⁴ Più ampiamente, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il positivismo...*, cit., p. 265.

costituita dall'art. 19 Cost.⁵⁵ e dal successivo art. 20, che vieta le speciali limitazioni legislative per le istituzioni e per le associazioni fondate sul carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto⁵⁶.

Seguendo il percorso suggerito da Finocchiaro, l'art. 3 non deve essere considerato isolatamente ma sempre insieme alle altre norme della Costituzione con le quali concorre ad esprimere "il principio della *ragionevolezza* delle scelte del legislatore, che devono risultare coerenti con i valori inderogabili dell'Ordinamento; in tal senso da considerare quale *principio supremo dell'ordinamento costituzionale*"⁵⁷. In breve: un principio che assolve alla funzione di "punto ideale rispetto a cui misurare il grado di disuguaglianza" possibile (o dovuta) nella specificazione normativa di vario livello⁵⁸, nel senso di sovrintendere a una regolamentazione differenziata (tra genere e specie) ma non in modo irrazionale.

Ciò posto, sembra doversi abbandonare il tentativo di rappresentare l'art. 3 come un principio supremo, dal momento che nel porre dei limiti alle deroghe le presuppone e consente; mentre i principi di questo tipo sono di per sé inderogabili e quindi appartengono a un'altra categoria⁵⁹. Un'esegesi del

⁵⁵ Sono sempre attuali le parole di GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, ristampa, cit., p. 23, secondo cui la "chiara lettera dell'art. 19 della vigente Costituzione, che riconosce il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa *in qualsiasi forma individuale o associata*", integra "un precetto dove la formula della libertà religiosa, considerata come diritto individuale, raggiunge il massimo sviluppo e si configura come una salvaguardia data al cittadino, anzi a chiunque, di non essere in alcun modo vincolato da norme religiose". È un tema molto vasto e corredato da un'ampissima bibliografia, che non è possibile richiamare qui; tuttavia si segnalano i tre volumi dal titolo "*La libertà religiosa*", cit. *supra*, che raccolgono puntuali contributi di vari autori.

⁵⁶ Come nota FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, X ed., cit., p. 235, riguardando l'art. 20 Cost. la materia dell'amministrazione degli enti ecclesiastici o con fine di religione o di culto "essendo tali enti collegati con le confessioni religiose, influisce sulla misura della libertà (religiosa) di cui queste possono godere in pratica". Più ampiamente, ID., *Commento agli artt. 19 e 20 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di GIUSEPPE BRANCA, Bologna-Roma, vol. II, *Rapporti civili* (artt. 13-20), 1977, pp. 238 ss.

⁵⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il positivismo...*, cit., p. 265.

⁵⁸ Così, GIUSEPPE U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana...*, p. 97 (riportato da BARBARA RANDAZZO, *op. cit.*, p. 189, n. 189), secondo cui "il principio di eguaglianza in tal modo non serve ad eguagliare ma piuttosto a limitare e circoscrivere il grado di disuguaglianza, così consentendo le ragionevoli discriminazioni". Sul rapporto tra giudizio di eguaglianza e giudizio di ragionevolezza, GIAN PAOLO DOLSO, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ Nel sottolineare la distinzione tra l'art. 3 Cost., che riguarda i il trattamento dei singoli cittadini, e l'art. 8 Cost., concerne il tema della libertà religiosa, FRANCESCO FINOCCHIARO, (*Diritto ecclesiastico*, X ed., cit., p. 172 e n. 4) richiama GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 144 ss., che in riferimento al 1° co. dell'art. 8 Cost., parla (condisvisibilmente) di una disposizione che assume una "posizione centrale" nel sistema; mentre NICOLA COLAIANNI, (*Confessioni religiose e intese: contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari, 1990, pp. 198 ss.), osserva, altrettanto opportunamente, che benché si tratti di un principio fondamentale non potrebbe trattarsi di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale.

tipo sopra descritto finirebbe per marginalizzare, prima o poi, molte o addirittura tutte le statuizioni specifiche della Costituzione, e renderebbe prive di significato norme come quelle qui richiamate concernenti la famiglia.

Non a caso nel riferirsi all'art. 3 Cost., anche in commenti autorevoli di recenti sentenze costituzionali (in riferimento alla parità dei cittadini di fronte alla giurisdizione)⁶⁰, si parla del suo “valore *centrale* per il nostro ordinamento” ma anche di quello di principio “fondamentale” dello Stato moderno di diritto e in fine di principio “fondamentale o supremo” (di eguaglianza formale) o, ancora “generale” anzi “generalissimo”⁶¹, d’una “supernorma” con funzione di chiusura dell’ordinamento⁶², ecc., con una terminologia che all’evidenza è oscillante e che dipende forse dalla circostanza che l’art. 3 sussume questi valori in modo generico ma senza alterarne il rango proprio di ciascuno: che, anzi, taluni di questi lo possiederebbero a prescindere da quella norma in quanto presupposti dallo Stato di diritto moderno⁶³; quindi senza necessità di sussumerli o di specificarli espressamente, così come fino a qualche tempo addietro avveniva per il sesso dei nubendi. Un’affermazione che viene rafforzata dalla giusta considerazione secondo cui se “fosse esplicitamente abrogata la previsione dell’art. 3 co. I°, Cost., il principio di eguaglianza formale continuerebbe ad operare nel nostro ordinamento in maniera pressoché identica”⁶⁴.

In conclusione, il principio d’uguaglianza o, meglio di ragionevolezza della deroga, si presta meglio ad essere definito come un “principio costituzionale implicito”, che serve a interpretare le altre disposizioni costituzionali”⁶⁵.

Raccogliendo istanze provenienti da alcuni settori della comunità civile⁶⁶,

⁶⁰ Sent. n. 24/2004 che dichiara costituzionalmente illegittimo l’art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (in materia di processi penali nei confronti della altre cariche dello Stato), commentata da FRANCO MODUGNO, *Prerogative (o privilegi) costituzionali e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, fasc. 5, 2009, pp. 3969 ss.

⁶¹ MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993, p. 71.

⁶² Parole di COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni...*, cit., p. 1023, riportate da ALFONSO CELOTTO, “Commento alla Costituzione”, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, Torino, 2006, p. 68.

⁶³ Come dice LIVIO PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1965, p. 3, “Nessun ordinamento giuridico, per definizione, può difettare di un minimo grado d’eguaglianza”. In tal senso, secondo la giurisprudenza costituzionale (sent. 163/1993; 282/2005, riportate da GIAN PAOLO DOLSO, op. cit., p. 3, *I profili generali*. Il principio di eguaglianza a livello sopranazionale), il principio assume un “valore fondante” ed essenziale dell’ordinamento.

⁶⁴ ALFONSO CELOTTO, *Principi fondamentali...*, cit., p. 69.

⁶⁵ ALFONSO CELOTTO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, 2006, p. 68.

⁶⁶ Si tratta d’un ambito in cui sembra doversi tenere il massimo conto dell’osservazione di FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato*, XII ed., Cedam, Padova, 2006, p. 801 ss., secondo cui occorre che le trasformazioni della famiglia siano accettate dalla coscienza sociale prima di divenire legge.

sempre con riferimento ad esigenze ugualitarie, il legislatore è intervenuto ancora nel diritto di famiglia, con provvedimenti non sempre tra di loro coerenti⁶⁷. Andando oltre al riconoscimento della parentela “naturale” compatibile con la presenza della famiglia legittima⁶⁸, come detto in Costituzione, esso ha assecondato la tendenza a parificare “in larga misura” la posizione dei “figli naturali a quella dei figli legittimi” fino a pervenire alla recente legge (n. 219/2012 e d. lgs. 154/2013) che ha unificato la posizione dei figli⁶⁹, senza distinzioni, in tal modo cancellando la nozione di figlio legittimo⁷⁰, e con essa l’anello di congiunzione familiare risalente⁷¹, e la dimensione storico-genealogica della famiglia⁷².

Si tratta d’una ricostruzione dell’istituto che solo in parte coincide con quella confrontabile con l’art. 29 Cost. e che costituisce, dal punto di vista giuridico, come osserva Antonio Ruggeri, uno “stravolgimento del dettato costituzionale”, tuttavia operato “col dichiarato entusiasta appoggio dell’intera cultura giuridica, incurante delle “implicazioni di ordine metodico-teorico”; mentre per pervenire a un tale risultato si sarebbe dovuta seguire la via delle revisione costituzionale⁷³. Allo stato attuale, a meno di un’improbabile “restaurazione”⁷⁴, rimane la nozione di famiglia legittima ma non più di quella di figlio legittimo, che in essa ha avuto origine e che si tenta addirittura di cancellare sul piano della possibile documentazione, forse nel tentativo di cancellarne anche il ricordo.

⁶⁷ Per alcuni esempi, FILIPPO ROMEO, *op. cit.*, pp. 12 s., 22 ss.

⁶⁸ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Matrimonio*, Tomo II, cit., p. 21.

⁶⁹ MARIA PORCELLI, *Note preliminari allo studio sull’identificazione dello stato giuridico dei figli*, “Il diritto di famiglia e delle persone”, 2013, 2, pp. 655, parla di un superamento definitivo che suscita non pochi dubbi di legittimità costituzionale, specie in riferimento all’art. 30 Cost. Per il collegamento dell’artt. della Cost. 29 con gli artt. 30 e 31, nonché per la loro genesi, v. ROBERTO DI MARIA, *Aggregati familiari...*, cit., p. 206 s.; nonché, PAOLO CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 902 ss.

⁷⁰ Più ampiamente, in senso favorevole alla riforma, ANNA MARIA IADECOLA, *Il principio di unificazione dello status di figlio*, “Il diritto di famiglia e delle persone” (II9, fasc. I, 2014, pp. 364 ss.; l’A, peraltro, richiama gli artt. 8 e 14 della CEDU, l’art. 21 della Carta di Nizza e l’art. 6 TUE, entrato in vigore nel dicembre del 2009).

⁷¹ Tuttavia, con il ritorno (opportuno) per via giurisprudenziale di alcuni aspetti (LAURA PACE, *La dimensione processuale della relazione tra nonni e nipoti tra presunzioni e oneri probatori*, in “Il diritto di famiglia e delle persone”, 2006, pp. 500 ss.

⁷² Per alcuni profili richiamabili, SALVATORE BORDONALI *Note controcorrente in tema di nome familiare completo e rivendicazione di titoli nobiliari nei tribunali ecclesiastici*, in *Diritto privato*. Studi in onore di Antonio Palazzo, 2, *Persona, famiglia e successioni*, a cura di SILVIO MAZZARESE e ANDREA SASSI, Torino, 2009, pp. 111 ss.

⁷³ ANTONIO RUGGERI, *Strane idee...*, cit., p. 5.

⁷⁴ I. NICOTRA, *ivi*, p. 5.

Anche il cognome familiare sta per subire un intervento repentino. Prendendo spunto da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (7 gennaio 2014, ric. N. 77/07)⁷⁵, che censurava l'eccessiva rigidità del sistema italiano⁷⁶ e suggeriva l'introduzione di qualche deroga ulteriore – cosa che si sarebbe potuto fare agevolmente – mal presentata dagli organi di stampa come una censura del sistema italiano in sé⁷⁷, è stata peggio interpretata dal Governo, che ha precipitosamente abbandonato la regola radicata nel costume italiano per ispirarsi a sistemi altri relativi a contesti e tradizioni diverse⁷⁸, che hanno una loro propria giustificazione⁷⁹. Ora giace in Senato ma c'è da star certi che sarà approvata e senza cambiamenti.

⁷⁵ “Il diritto di famiglia e delle persone”, aprile-giugno, 2014, pp. 537 ss, con nota critica di MICHELE ALCURI, *Sull'attribuzione automatica ai figli legittimi del cognome paterno*. Invero, si devono segnalare (GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione...*, “riv. telematica”, cit., p. 9 s.) anche la risoluzione del Consiglio d'Europa n. 37 del 1978, e le raccomandazioni del Parlamento europeo n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, secondo cui il mantenimento di previsioni discriminatorie tra donne e uomini riguardo alla “scelta” del nome di famiglia non è compatibile con il principio di uguaglianza.

⁷⁶ Per la nozione tradizionale, quale strumento per indicare e tramandare l'appartenenza e la fama familiare, ADRIANO DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Noviss. Dig. ital.*, ediz. 1964), p. 402; CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, 1: *la norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, p. 175; DIEGO ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome. Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, “Il diritto di famiglia e delle persone”, 2004, p. 355 ss.; a quella di strumento di identificazione della persona rispetto a un dato contesto LEONARDO LENTI, *Nome e cognome*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, sez. civ., XII, 1995, pp. 136 ss.; e per i profili comparatistici, GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, “Comparazione e diritti civili”. *Annali* 2011-2012, vol. 7, pp. 251 ss. Vale ricordare qui che la regola tradizionale per il cognome degli adottati era quella d'assumere il cognome dell'adottando, che veniva aggiunto (non anteposto) a quello d'origine, trasmettendolo ai propri discendenti (ANTONIO CICU, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, vol. III, Tomo II, Torino, 1969, p. pp. 332 s.).

⁷⁷ Come nota GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *op. ult.*, cit., p. 2, l'opzione in favore del cognome della linea paterna “si riconduce generalmente ad una regola non scritta d'identità culturale di una determinata civiltà. Regola tuttavia considerata da FIORELLO PACINI (*Una consuetudine secolare da rivedere*, “Giur. merito”, 1985, p. 1243 ss., da cambiare in quanto risulterebbe ormai *contra legem*; ma tuttavia costituzionalmente legittima (LUIGI CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, sub art. 262, nel *Commentario al dir. ital. della famiglia*, IV, p. 686). Il cognome o nome gentilizio è servito anche a tramandare la storia delle singole famiglie. Vale accennare a un argomento marginale nell'attuale contesto storico ma perdurante nella cultura (l'Europa si compone tanto di repubbliche che di monarchie) che è quello relativo ai titoli e ai predicati nobiliari, talvolta ritenuti contrari al principio della pari dignità dei cittadini (ma la feudalità è sparita sin dal 1811), pur conservando un valore ridotto nel significato di “parti del nome” e in tal senso intaccarlo equivarrebbe, come sostiene nell'Assemblea costituente l'On.le e A. Moro, a “intaccare la libertà individuale”. Più ampiamente MANLIO MIELE, *Diritti della personalità e segni identificativi delle persone (fisiche e giuridiche)*. *Note a margine del D.P.C.M. 28 gennaio 2001*, “Recte Sapere”, *Studi in onore di G. Dalla Torre*, Torino, 2014, vol. II, pp. 1157 ss.

⁷⁸ Più ampiamente, GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *op. ult.*, cit., p. 9 ss.

⁷⁹ Ad esempio, il sistema tradizionale spagnolo del doppio cognome (oggi regolato dalla *Ley* 40/99 del 5 de noviembre sobre nombre y apellidos...) si prestava bene a seguire anche gli assetti patrimoniali della famiglia e, in epoche passate, la trasmissione ereditaria dei feudi.

In ossequio al principio della parità di genere il cognome del figlio diventa il frutto di una scelta dei genitori (in aggiunta a quella che conservano di scegliere il prenome del figlio)⁸⁰, mentre si trattava di un diritto del figlio, al quale il cognome spettava automaticamente *per estensione da quello paterno* e che viene privato del primo dei diritti che acquisiva *ex lege* con la nascita⁸¹; con buona pace del ruolo “preminente” acquisito dal figlio con la riforma del 1975. La legge, invero, dovrebbe considerare anzitutto quale sarebbe l’interesse del figlio nell’uso del cognome, ivi compreso quello d’una possibile ricostruzione genealogica, al radicamento sociale nel tempo (la fissità del cognome rappresenta tuttora un valore anche sul piano medico-scientifico), ecc. Il risultato del sistema nuovo, molto probabilmente sarà quello già previsto da Finocchiaro, “di complicare i rapporti tra i singoli e tra questi e la pubblica amministrazione, senza ottenere l’auspicata uguaglianza tra coniugi” nella famiglia⁸².

In realtà è proprio quest’ultima ad avere perduto strada facendo alcuni segni identificanti. In parte vi ha contribuito l’idea della pari dignità di ogni forma di convivenza, propugnata dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, pur apparendo formulata in modo troppo indeterminato e per tanto inadatto per potere costituire un punto di riferimento utilizzabile nella ricostruzione degli istituti familiari. Come classificare le forme di convivenza poligamiche, incestuose, ecc.? Mentre l’orientamento seguito dalla Corte di Strasburgo⁸³, fondato sul tenore letterale della Carta di Nizza, che non menziona esplicitamente il requisito della diversità di sesso, descriverebbe ad avviso della Corte stessa un ambito più ampio e nuovo rispetto a quello riprodotto nell’art. 12 della Carta CEDU, che vi faceva esplicito riferimento; per tal via approdando alla conclusione secondo cui la naturale differenza dei sessi, ancorché fisiologica, deve essere considerata priva di rilievo giuridico, altrimenti integrando una discriminazione vietata dalla Carta⁸⁴ (pur persistente in natura).

⁸⁰ Si tratta del prenome, che serve a distinguere l’individuo dal resto dei componenti della famiglia, che portano lo stesso cognome. GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, “riv. tel. ComparazioneDirittocivile.it”, 2010, p.1.

⁸¹ *Ex multis* ANTONIO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 289; PIETRO PERLINGIERI - LEONARDO LENTI, *Situazioni esistenziali*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di PIETRO PERLINGIERI, Napoli, 2007, p. 163; PAOLO ZATTI - VITTORIO COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1997, p. 155; LEONARDO LENTI, *Nome e cognome*, in *Dig. discipl. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, pp. 139 ss.

⁸² FRANCESCO FINOCCHIARO, *Matrimonio*, Tomo II, p. 271.

⁸³ Mutando il precedente indirizzo, per il diffondersi delle richieste da parte delle coppie omosessuali (più ampiamente, GIUSEPPA PALMERI, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive...*, cit., p. 82 e n. 55, con richiami alla bibl. critica.

⁸⁴ Più ampiamente, CRISTINA SGOBBO, *Classificazioni: matrimonio contratto all'estero*, “Giust. civ.”, pp. 2187 ss.

A questo punto entra in campo la nozione sin qui ritenuta alla base della formazione della famiglia legittima: il matrimonio. Da sempre ritenuto l'istituto identificativo dell'unione stabile di un uomo con una donna, con l'intenzione di considerarsi sposi, ora ne viene messo in dubbio il fondamento naturale della diversificazione funzionale del sesso ritenendolo assorbito dalla comunanza affettiva di due soli (per il momento) soggetti. Per tanto anche le altre forme di convivenza tra uomo e donna e non solo, che pur esistevano anche in passato ma avevano altri nomi (tipo il concubinato)⁸⁵, vengono fatti rientrare o comunque paragonati al matrimonio⁸⁶. In particolare si è sostenuto che l'avversione alle unioni omosessuali si sarebbe affermata storicamente per un intervento retrivo della Chiesa⁸⁷ e per un "cedimento" della cultura classica, senza tenere conto della circostanza che la permissività o, se si preferisce, l'apertura di quella esperienza storica (tanto per i Greci che per i Romani) non giunse mai a considerare l'ipotesi di sussumere quei tipi di unione nella figura giuridica del matrimonio⁸⁸, che viceversa era finalizzato (e in special modo presso i Greci) alla formazione della famiglia e della prole legittima. Un'occasione perduta per evitare una citazione storica incongrua.

Alcuni Stati europei hanno compiuto il gran passo (soprattutto tra il 2000 e il 2010)⁸⁹ e piuttosto che creare nuove figure giuridiche, come sarebbe stato auspicabile e più corretto davanti a un fenomeno per certi aspetti nuovo,

⁸⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1961, p. 9, il quale nota che durante l'Impero, il concubinato raggiunse una larga diffusione e per tal motivo venne a mutare varie regole del matrimonio, e divenne difficile distinguere tra matrimonio e concubinato. Inoltre v. FRANCESCO GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 25 ss.; VENERANDO MARANO, *Le unioni di fatto. Esperienza giuridica secolare e insegnamento della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 1 ss. Osserva FILIPPO ROMEO, *Famiglia legittima...*, cit., p. 14, che "il termine concubinato, in voga fino agli anni settanta, aveva una forte valenza negativa ed evidenziava una pregiudiziale chiusura soprattutto sociale"; ma che tale "visione si è attenuata grazie all'intervento della Consulta con la pronuncia di incostituzionalità del reato di concubinato (art. 560 c.p.) e grazie alla riforma del diritto di famiglia".

⁸⁶ Nella recente sentenza (21 luglio 2015, Oliari e altri contro Italia) della Corte europea dei diritti dell'uomo si afferma che le coppie omosessuali hanno la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e che si trovano in una situazione significativamente simile a una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione. Ma che tuttavia, nonostante la graduale evoluzione delle legislazioni nazionali in materia, la CEDU non impone agli Stati alcun obbligo di garantire l'accesso al matrimonio a una coppia omosessuale.

⁸⁷ Secondo NICOLA PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità...*, cit., p. 3, si tratterebbe di un relitto di "stampo confessionale", ed anzi "giudaico-cristiano", affermatosi soprattutto nel Medioevo, che considera le relazioni omosessuali contro natura.

⁸⁸ L'affermazione è di NICOLA PIGNATELLI, *op. ult.*, cit., p. 4 s.

⁸⁹ ROBERTO DI MARIA, *op. cit.*, p. 225 e n. 59; FABRIZIO MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso: le unioni omosessuali in un'elettrica pronuncia della Corte costituzionale italiana*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, p. 451.

hanno stabilito di aprire l'istituto tradizionale anche a soggetti del medesimo sesso⁹⁰; mentre il Parlamento europeo ha fatto sentire la sua voce anche in questo campo raccomandando di rimuovere gli ostacoli che si oppongono al matrimonio degli omosessuali e di attribuire alle unioni così formate “gli stessi diritti spettanti alle tradizionali famiglie eterosessuali fondate sul matrimonio”⁹¹. Sono enunciazioni giurisprudenziali e raccomandazioni che non obbligano gli Stati membri, e che rinviando per quanto concerne l'esercizio al “diritto di sposarsi e costruire una famiglia” alla disciplina nazionale, dove il legislatore è tenuto a prestare “ossequio alla Carta e alle prescrizioni costituzionali in genere”⁹²; tanto più quando si tratta di innovare in settori particolarmente avvertiti dalla collettività locale⁹³. Per quanto concerne l'Italia, il punto di riferimento attuale è costituito dalla non omologabilità dell'unione omosessuale con il matrimonio, che giuridicamente non può essere considerata l'eccezione (discriminata) rispetto alla regola dell'eterosessualità. E in tal senso sembra ispirarsi il Governo.

Non si tratta d'un formalismo privo di conseguenze sul piano sostanziale in quanto, come spiega Finocchiaro, l'art. 29 Cost., usa l'espressione società naturale con un significato ben preciso, esattamente facendo riferimento all'aggregazione sociale creata dall'impulso vitale di due persone di sesso diverso, escludendo le “unioni di altro tipo, create da altre pulsioni”, per le quali unioni occorre confrontarsi con “altri interessi, anch'essi garantiti dall'ordinamento” e con l'esigenza “di realizzare nuove forme di tutela, che in una società permissiva tendono anche a far riconoscere legislativamente le unioni stabili fra persone dello stesso sesso”⁹⁴.

Tale assunto si trova in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale (ord. n.4 del 5 gennaio 2011)⁹⁵, che ponendo fine alle aspettative di pervenire all'abolizione del requisito della eterosessualità (e l'estensione

⁹⁰ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., pp. 17 s.) riferisce della situazione danese. Recentemente si è avuta una repentina estensione del principio innovativo, accolto da 24 dei 47 paesi che fanno parte del Consiglio d'Europa; tra questi, solo 11 hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale (così, nella cit. sent. CEDU 21 luglio 2015). In un elenco approssimativo, si segnalano: Argentina, Canada, Belgio, Finlandia, Francia, Islanda, Lussemburgo, alcuni territori del Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Portogallo, alcuni territori degli Stati Uniti, Sudafrica, Svezia, Regno Unito, Uruguay.

⁹¹ MARIA PORCELLI, *op. cit.*, p. 1250 32 n. 31, con richiami ulteriori.

⁹² ANTONIO RUGGERI, *Le unioni tra soggetti...*, cit., p. 2.

⁹³ FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato...*, cit., pp. 22 ss.

⁹⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., p. 17.

⁹⁵ *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, con mia nota (*Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fighe in avanti*) a p. 555 ss.

alle unioni omosessuali) per tal via⁹⁶, ha ribadito la lettura tradizionale della naturale differenza sessuale; pur accedendo a quella secondo cui “il concetto di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore” ma devono anche tenere conto delle trasformazioni intervenute nell’ordinamento e dell’evolversi della società e dei costumi. Un riferimento che bene si concilia con la nozione di famiglia⁹⁷, il suo evolversi nel contesto sociale e le sue innovazioni legislative (come quella di riforma del 1975) ma che desta qualche perplessità in ordine al matrimonio, dove pure sono intervenute importanti modifiche, come ad esempio la cancellazione del consenso previo dei genitori e varie forme d’assenso per la celebrazione del vincolo, la dissolubilità del medesimo ecc., ma che non toccano il presupposto naturalistico della eterosessualità, che ha un rilievo costituzionale specifico.

Comunque sia, a Costituzione invariata, le linee direttrici sembrano pre-determinate nel senso che sia possibile ed anzi auspicabile una regolamentazione delle unioni non eterosessuali, fortemente richiesta da una parte della società civile, e dell’aggregato familiare (diverso da quello fondato sul matrimonio) cui queste danno origine, ma da non considerare, per rispetto della storia e del senso comune del termine, come semplice estensione delle figure tradizionali ben note bensì come aggregazioni meritevoli di una regolamentazione a sé⁹⁸. Una soluzione sembra vicina, naturalmente con luci ed ombre e non potrebbe essere diversamente ma che si auspica sia raggiunta senza dilazioni ulteriori.

Il punto di maggiore attrito e che ha ritardato l’approvazione della legge è costituito, come sappiamo, dall’adozione, un aspetto verso cui l’opinione pubblica si è dimostrata abbastanza sensibile⁹⁹; ma il problema sembra mal

⁹⁶ Vari sono i tentativi di una lettura “evolutiva” dell’art. 29 Cost., sulla considerazione che la difesa dell’eterosessualità sarebbe da ricollegare alla condanna delle unioni omosessuali ritenute contro natura, mentre queste avvengono in natura nel mondo animale (NICOLA PIGNATELLI, *op. ult.*, cit., pp. 3 s).

⁹⁷ Si parla di famiglia agnaticia, patriarcale, di fatto, non fondata sul matrimonio, ecc. Più ampiamente, nel mio art. *Matrimonio e famiglia*: tra innovazione e manipolazione, *Jus-online*, n. 2/2015, pp. 5 s.

⁹⁸ Secondo GIOVANNI GIACOBBE, (*Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?* “Il diritto di famiglia e delle persone”, 2006, p. 1221), stante la scelta effettuata dal Costituente, un modello di famiglia alternativo non potrebbe acquisire la qualificazione giuridica di famiglia. Tuttavia, come rileva ROBERTO DI MARIA, *op. cit.*, p. 205, “aldilà di opzioni meramente dommatiche” occorre tenere presente l’incidenza in quest’ambito del principio personalistico e ricercare l’identificazione delle specifiche forme di tutela ad esso riconducibili.

⁹⁹ Già la legge danese 7 giugno 1989, n. 372, che introduceva la possibilità di registrare negli atti dello stato civile l’aggregazione di due persone di sesso diverso, con una regolamentazione che rinviava alla norma sul matrimonio, escludeva l’adozione di figli (FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. ult.*, cit., p. 17).

posto. È a tutti noto come sia difficile adottare un bimbo italiano in Italia, per una legge “troppo perfetta” nell’interesse dichiarato del minore adottando; tanto che se si vuole adottare un minore occorre rivolgersi all’adozione internazionale. Forse sarebbe questa l’occasione per rivedere quella legge, e trovare soluzioni di buon senso in quell’ambito e non nel contesto della legge sulle unioni civili.

In mancanza dell’auspicata normativa nuova, si ha che neppure è possibile ricevere tali unioni anche quando la loro formazione e celebrazione è avvenuta all’estero, in quanto vi si opporrebbe la regola del diritto internazionale secondo cui gli istituti giuridici non vanno comparati in base al semplice *nomen juris* ma al loro contenuto; motivo per cui, in mancanza di una diversa forma legale di unione in Italia, quella non eterosessuale dovrebbe ritenersi ignota all’ordinamento¹⁰⁰. Viceversa, l’esistenza di una legge sulle unioni civili fornirebbe l’istituto di riferimento¹⁰¹.

Nel definire “auspicabile” una regolamentazione delle unioni stabili diverse da quella matrimoniale si è tenuto conto anche di quanto probabilmente avrebbe scritto il Nostro, se avesse potuto farlo, tenendo presente la sua osservazione circa il ritardo con cui il legislatore ha introdotto il principio divorzista rispetto al mutato orientamento avvenuto in seno alla comunità; un ritardo che comporta un esacerbarsi delle aspirazioni dei gruppi interessati e talvolta soluzioni d’emergenza che non colgono o vanno oltre rispetto alle esigenze stesse.

In conclusione, dalla rilettura dei lavori di Finocchiaro in tema di famiglia e di matrimonio, seguita a parecchi anni dalla loro pubblicazione, sembra potersi cogliere l’attualità del suo insegnamento. Questo consiste in un forte richiamo al rispetto delle tecniche e delle regole di ermeneutica giuridica e in particolare a tenere conto con ragionevole equilibrio di quanto dettato dai principi generali e speciali di vario livello dell’ordinamento giuridico e della specificità di cui trattasi, in modo tale che non sia disconosciuta l’eccezione pur senza sovvertire la regola. L’altro insegnamento

¹⁰⁰ Il Consiglio di Stato, 29 ottobre 2015, riformando la sent. del TAR del Lazio 9 marzo 2015, n. 3907, ha stabilito che le coppie omosessuali italiane non hanno diritto alla trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio celebrato all’estero, nonché della sussistenza del potere del prefetto di annullare quella eventualmente effettuata.

¹⁰¹ Occorre ricordare il limite dell’ordine pubblico, definito da SALVATORE SATTA, (*Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, Vallardi, Milano, 1968, p. 139) come “l’eticità di un determinato ordinamento, quale risulta dal complesso delle sue norme positive” e dalle norme contenute in quelle d’attuazione dei trattati internazionali, vale a precludere l’ingresso a norme straniere ignote o contrastanti con quelle interne, che le parti intendono eludere ricorrendo alla c.d. frode processuale. Con la precisazione di FRANCESCO FINOCCHIARO, (*Del matrimonio*, cit., 1971, p. 810) secondo cui l’ordine pubblico attiene più che alle singole norme ai principi in queste contenuti.

è quello di rifuggire nell'emanazione e nell'interpretazione della legge dai condizionamenti di correnti di pensiero, talvolta rumorose, frutto di mode più o meno imperanti, di pressioni emergenziali, di un'eccessiva sudditanza rispetto ad echi di movimenti extranazionali (pur senza disconoscerli) o basate su posizioni ideologicamente preconcelte; viceversa, occorre procedere proponendo soluzioni rispettose del momento storico dato e della coerenza del sistema e fornendo ai cittadini nel loro complesso, che hanno il diritto di pretenderle, leggi formalmente e tecnicamente di buon livello. Cosa che da qualche tempo accade sempre più di rado.

Poche parole sulla dimensione storica nell'opera scientifica di Francesco Finocchiaro

ORAZIO CONDORELLI

In questo incontro di studio dedicato al ricordo di Francesco Finocchiaro, a dieci anni dalla sua scomparsa, desidero esprimere qualche pensiero sulla dimensione storica sottesa alla sua opera scientifica. Credo infatti che tale dimensione sia ben visibile quale trama che percorre la ricostruzione sistematica degli istituti del diritto ecclesiastico italiano, ciò che costituisce l'aspetto e il frutto più appariscente del suo impegno di ricerca.

Naturalmente non posso trascurare di accennare al Finocchiaro "storico del diritto", cioè agli studi che Francesco Finocchiaro condusse con una diretta prospettiva di indagine storico-giuridica. Questi studi, infatti, rivelano che gli interessi storico-giuridici non ebbero in lui un carattere episodico e, per così dire, "di superficie", ma rappresentavano il soddisfacimento di una precisa esigenza conoscitiva. Il pensiero corre subito al volume, del quale ci ha già parlato Gaetano Lo Castro, su *La «laicità» dello Stato in Francia*¹. Non posso che manifestare il mio dispiacere per non averlo letto. Il libro fu presentato in forma provvisoria nel 1963, e a quanto pare l'autore deliberò di non procurarne la sia pur minima circolazione. Non ne esiste una singola copia nella biblioteca del Dipartimento di Giurisprudenza di Catania, e ho verificato che il titolo non compare nemmeno sul catalogo unico del Servizio Bibliotecario Nazionale. Penso che ciò sia accaduto perché l'autore ritenne che la ricerca non fosse ancora pienamente adeguata ai criteri di acribia scientifica ai quali egli era solito attenersi. Che Finocchiaro abbia continuato a lavorare sul tema, in vista di una pubblicazione definitiva, è attestato non solo dalla testimonianza offerta da Gaetano Lo Castro, ma anche dal fatto che negli ultimi anni della sua vita egli pubblicò due saggi che mostrano un permanente interesse sulle vicende storiche del diritto ecclesiastico francese.

¹ Il volume è elencato al numero 48 nella collana delle Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, con data 1963. Si trattava di uno studio di 146 pagine.

Mi riferisco ai saggi *Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica*², e *Alle origini della laicità statale*³, rispettivamente destinati agli scritti in onore di Anna Ravà e Manlio Bellomo⁴. Specifici contributi di carattere storico-giuridico non mancano nel settore del diritto canonico, nel quale ricordo l'attenzione che egli rivolse alla storia e al significato della codificazione nell'esperienza della Chiesa⁵, e al tema della buona fede nell'occasione della ripubblicazione del volume del suo maestro, Luigi Scavo Lombardo, su *Il concetto di buona fede nel diritto canonico*⁶. In questo quadro di interessi, credo che meriti un ricordo anche il conciso ma incisivo «profilo di un secolo» col quale Finocchiaro ripercorse le vicende della scuola ecclesiasticistica e canonistica italiana nel ventesimo secolo⁷. Nel confronto, un contributo di notevole approfondimento storico e teorico è rappresentato dal corposissimo saggio su *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, che si risolve, sia pure entro una peculiare prospettiva di indagine, in una storia della dottrina ecclesiasticistica, dei suoi metodi e dei problemi con i quali essa si è confrontata nel corso del secolo XX⁸.

² FRANCESCO FINOCCHIARO, *Laicità e riforme scolastiche in Francia nella III Repubblica*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 113.3, 2002, pp. 803-815, e in *Studi in onore di Anna Ravà*, a cura di CARLO CARDIA, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 411-419.

³ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Alle origini della laicità statale*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 113.4, 2002, pp. 1257-1285, e in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di ORAZIO CONDORELLI, Roma, Il Cigno, 2004, II, pp. 297-318.

⁴ Senza dimenticare la voce *Nantes (editto di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, Utet, 1965, pp. 3-6.

⁵ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il processo di codificazione del diritto canonico*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* 44, 1970, pp. 180-198; ID., *La codificazione del diritto canonico e l'ora presente*, in *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, II.1, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 647-667.

⁶ LUIGI SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, a cura di FRANCESCO FINOCCHIARO, Bologna, Il Mulino, 1995 [titolo originale *Il concetto di buona fede nel diritto canonico* (Regia Università di Roma, Monografie dell'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza 1), Roma, Libreria dell'Università di Roma, 1944]. La prefazione di FINOCCHIARO, *Luigi Scavo Lombardo e «La buona fede nel Diritto Canonico»*, è stata pubblicata anche in *Il Diritto Ecclesiastico* 107.3-4, 1996, pp. 707-713.

⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico e diritto canonico nelle università italiane e nel Paese. Profilo di un secolo*, in *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo. Un bilancio*, a cura di BRUNO MONTANARI (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie 158), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 63-85.

⁸ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*. Atti del Convegno organizzato dall'Istituto di Diritto Ecclesiastico e Canonico dell'Università di Napoli, dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici e dall'Istituto Universitario di Magistero «Suor Orsola Benincasa», Napoli, 19-22 novembre 1986, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1988, 55-95. In questo quadro di interessi si colloca anche lo studio di FINOCCHIARO su *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 86.4, 1975, pp. 173-187.

Ma, come dicevo, in Finocchiaro la consapevolezza della storicità del diritto trapela visibilmente dall'opera di costruzione e sistematizzazione del diritto ecclesiastico italiano. Non mi sembra improprio prendere le mosse dal testo che appare come la *summa* del suo pensiero e del suo metodo, cioè quella rappresentazione del diritto ecclesiastico che egli affidò al manuale che, vivente l'autore, giunse alla nona edizione del 2003⁹, e che continua a essere disponibile con gli aggiornamenti di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro¹⁰.

Un dato salta subito all'occhio. Il libro – ben più che un manuale, un vero trattato del diritto ecclesiastico italiano – è dotato di un ampio capitolo su *La religione e l'organizzazione del potere civile* che in sé rappresenta una monografia potenzialmente autonoma in materia di storia e sistemi dei rapporti tra ordinamenti civili e confessioni religiose¹¹. Se ciò risponde a una tradizionale partizione tematica della manualistica italiana, è anche vero che l'ampiezza della trattazione è un fatto in sé notevole, tanto più ove si osservi che in parte della manualistica contemporanea la trattazione storica tende a ridursi ai minimi termini quando non a scomparire, ora per ragioni di ordine scolastico (la riduzione dei programmi universitari dovuta al sistema dei crediti), ora per scelte metodologiche, sulle quali ultime non è il caso di soffermarsi in questa sede. Ma, a parte questo dato in sé significativo, mi pare importante sottolineare che nel manuale di Finocchiaro la storia entra nella ricostruzione degli istituti del diritto ecclesiastico. Insomma, all'autore non appare sufficiente descrivere i profili meramente attuali del diritto vigente, perché la conformazione di un determinato aspetto dell'esperienza giuridica richiede di essere ricostruita attraverso un'indagine sulle origini e sugli sviluppi legislativi e giurisprudenziali in relazione con i cambiamenti sociali. Tutto questo è fatto con molto equilibrio, senza perdere di vista l'obiettivo finale, secondo un indirizzo metodologico che affida alla prospettiva storica un'imprescindibile funzione conoscitiva del presente. Gli esempi potrebbero essere molti, ma mi limito a segnalare l'esemplarità di trattazioni come quella dedicata all'esercizio pubblico del culto e all'apertura di templi e oratori, o alle travagliate vicende dei limiti posti all'esercizio della libertà religiosa dall'interpretazione delle norme riguardanti la discussione religiosa, la propaganda e il proselitismo, o alla tutela penale del sentimento religioso, etc.

⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, nona edizione, Bologna, Zanichelli, 2003. Citerò da questa edizione.

¹⁰ La dodicesima edizione è apparsa nel 2015.

¹¹ FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 16-64.

L'attenzione di Finocchiaro al dato positivo, sia esso quello della storia o quello del diritto vigente, non è però un segno di acquiescenza rispetto a tale dato¹². In Finocchiaro fu fortissima la consapevolezza che il diritto ecclesiastico è un settore dell'ordinamento giuridico nel quale si manifestano con particolare evidenza le connessioni fra il diritto, la politica e la cultura di una data società in un determinato momento storico. E fu chiara la coscienza che lo studioso del diritto ecclesiastico vive immerso nella propria temperie storica, dalla quale è condizionato, e che pertanto la scienza del diritto ecclesiastico è inevitabilmente un luogo in cui convergono scienza e ideologia. Tali consapevolezze furono apertamente dichiarate prima nella monografia del 1958 su *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, quindi nella prolusione catanese del 30 aprile 1960. Nel volume sono individuati i due fondamentali poli tematici sui quali si sarebbe concentrata l'attenzione dello studioso nei decenni successivi: il diritto di libertà religiosa e il principio di uguaglianza, che nell'ordinamento costituzionale italiano «si limitano e condizionano reciprocamente»¹³; ed è fissata la prospettiva metodologica entro la quale si sarebbero collocate le successive ricerche di Finocchiaro. Siffatta prospettiva ebbe il suo manifesto nella prolusione catanese. Qui è colta, con lucidissima coscienza storica, la mutazione del metodo di studio del diritto ecclesiastico che era in corso tra la fine degli anni cinquanta e l'inizio del nuovo decennio, mutazione della quale lo stesso Finocchiaro fu protagonista. Nella prolusione catanese le direttive di studio del diritto ecclesiastico italiano sono fissate con l'ausilio della bussola costituzionale, a partire dalle garanzie di uguaglianza giuridica e libertà religiosa che la Costituzione repubblicana ha posto a tutela della dimensione religiosa degli individui, delle confessioni religiose e delle rispettive istituzioni. Per Finocchiaro i compiti della nuova scienza del diritto ecclesiastico dovevano passare attraverso l'«emancipazione dagli schemi concettuali internazionalistici», operazione che implicava «la soggezione agli schemi del diritto costituzionale»¹⁴. Questa

¹² Come è rilevato da GAETANO LO CASTRO, *Francesco Finocchiaro*, in *Diritto e Religioni*, anno II - n. 2, 2007, pp. 404-411, in particolare p. 409.

¹³ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 30), Milano, Giuffrè, 1958, in particolare p. 19 per la citazione.

¹⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 71.2, 1960, pp. 233-258 (Prolusione al corso di diritto ecclesiastico, letta il 30 aprile 1960 nell'Aula Magna dell'Univ. di Catania), in particolare p. 254 per la citazione. Sugli anni catanesi e sulla prolusione del 1960 cfr. anche ORAZIO CONDORELLI, *L'insegnamento del Diritto ecclesiastico e canonico nelle Università dell'Italia meridionale* (Palermo, Napoli, Catania, Messina, Bari), in *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, a cura di MANLIO MIELE (Religione e Società 37), Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 139-186, in particolare 173-176. Sui successivi anni milanesi v. l'*Omaggio a Francesco Finocchiaro* premesso da ALESSANDRO ALBISETTI

convinzione e questo programma discendevano, a monte, da una personale adesione ai valori espressi dalla Costituzione repubblicana, adesione che comportava un impegno etico e civile che Finocchiaro trasfuse nella propria opera di giurista. Si trattava, pertanto, di edificare la nuova «dogmatica» del diritto ecclesiastico italiano a partire dalla Costituzione, e con la consapevolezza che i «dogmi» non sono astratte categorie che vivono fuori dalla storia, ma schemi induttivamente derivati dal diritto positivo, la validità dei quali deve essere misurata alla luce del contesto storico e sociale ai quali essi vengono applicati¹⁵. In uno scritto del 1982 – intitolato *Il diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni* – Finocchiaro ribadiva tale indirizzo, che aveva inteso svincolare la costruzione del diritto ecclesiastico dagli schemi interpotestativi propri del diritto internazionale, per fondarla appunto sugli schemi offerti dal diritto costituzionale¹⁶. Finocchiaro non taceva che siffatto indirizzo «incarnava una tendenza riformistica» nell'analisi della disciplina del diritto ecclesiastico¹⁷. E anche in altra sede l'autore avrebbe poi apertamente ammesso che lo studio del diritto ecclesiastico nell'orizzonte della costituzione repubblicana costituiva un «impegno di evidente valenza politica»¹⁸.

Non si trattava di cose scontate all'epoca in cui tali propositi erano enunciati e messi a fondamento della costruzione del diritto ecclesiastico repubblicano: un'epoca contrassegnata dall'immobilismo legislativo, dal conservatorismo degli apparati amministrativi e della giurisprudenza di merito, in cui la Corte Costituzionale da un lato compiva un'azione di tutela della libertà religiosa dei culti acattolici, per altro verso perpetuava situazioni di squilibrio a vantaggio della Chiesa cattolica in ragione della «protezione del sentimento religioso della maggioranza dei cittadini»¹⁹.

alla raccolta, da lui stesso curata, di FRANCESCO FINOCCHIARO, *Saggi (1973-1978)* (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Ecclesiastiche, Filosofico-Sociologiche e Penalistiche «Cesare Beccaria», Sez di Diritto Ecclesiastico e Canonico 22), Milano, Giuffrè, 2008, pp. IX-XVI. Per un profilo biografico dello studioso v. ALESSANDRO ALBISETTI, *Finocchiaro, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, Il Mulino, 2013, I, pp. 867-868.

¹⁵ Così in FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 1 e nota 1. Ma cfr. più ampiamente le pagine dedicate al contributo ecclesiasticistico al dibattito sui concetti giuridici in FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, cit., pp. 63-66.

¹⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni*, in *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico* (Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza 97), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 147-174, in particolare 152 s.

¹⁷ *Ivi*, p. 153.

¹⁸ FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico e la teoria generale del diritto*, p. 75.

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza 6 maggio 1965 n. 39, che dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 402 del Codice penale, che puniva il «vilipendio della religione dello Stato». Come è noto, l'articolo è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza 508 del 2000.

Ma tale «riformismo», per riprendere la parola, per Finocchiaro non si traduceva (non doveva tradursi) in una mutazione della funzione del giurista nella società, né doveva finire per privilegiare il *ius condendum* (il «diritto ecclesiastico futuribile») rispetto al *ius conditum*²⁰. Secondo Finocchiaro il rischio, per il giurista, sarebbe stato e sarebbe quello di «cessare di essere un operatore del diritto per diventare uno dei tanti suonatori del 'piffero' della rivoluzione», o il rischio di esercitare un'attività «meramente arcadica»²¹. Le sue parole avevano un preciso significato negli anni in cui era in corso il processo di revisione del Concordato lateranense. Con molta onestà Finocchiaro concludeva che «l'attività scientifica... può essere ben progressista, ma controllabile, quando riesce, coordinando le norme esistenti, a proporre, ora ed oggi, una disciplina dei rapporti studiati dal diritto ecclesiastico in senso conforme alla Carta costituzionale. È nella realizzazione di questo programma che si attua il rapporto fra scienza e ideologia»²². Il che, mi sembra, non è un proposito che intende incatenare il giurista al ruolo di mero lettore del diritto vigente, perché il diritto ecclesiastico come scienza esige, a dire di Finocchiaro, l'esame dell'esperienza giuridica nel suo complesso, e «non può neppur prescindere dall'esame della realtà sociale del passato (attraverso lo studio della storia), sia della realtà sociale del presente, che è la realtà produttrice e insieme destinataria del diritto»²³. Dove non è forse improprio scorgere l'eco dell'insegnamento di Costantino Mortati circa la necessità di considerare «in una superiore e comprensiva unità» l'ordine giuridico e i suoi fondamenti sociali, politici e storici: unità che, come sottolinea Finocchiaro, «all'evidenza non consiste[va] solo in un sistema di norme»²⁴. Proprio alla figura del grande costituzionalista calabrese – è il caso di ricordare – Francesco Finocchiaro avrebbe dedicato, nel 1998, una partecipe ricostruzione biografica, ulteriore significativo contributo dedicato alla storia della cultura giuridica italiana contemporanea²⁵.

Sulle vicende sommariamente richiamate nel testo v. ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2014⁵, pp. 1-12.

²⁰ FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni*, cit., p. 152.

²¹ *Ivi*, p. 160.

²² *Ivi*, pp. 160 s.

²³ *Ivi*, p. 173.

²⁴ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Costantino Mortati* (Calabresi nel tempo), Reggio Calabria, Parallelo 38, 1998, pp. 31 s. per le citazioni, tratte dalle pagine in cui Finocchiaro delinea le tesi essenziali dell'opera che considera «il punto più alto» della ricerca di Mortati, cioè il volume *La costituzione in senso materiale* (Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico e di legislazione sociale della R. Università di Roma, Serie II, n. 11), Milano, Giuffrè, 1940.

²⁵ Cfr. la nota precedente.

Il giurista, dunque, deve sapere mettersi in ascolto, deve essere capace di cogliere i movimenti sociali che, di tempo in tempo, pongono in crisi, modificano o addirittura sconvolgono aspetti o settori consolidati dell'ordinamento giuridico. Ebbi la ventura di assistere, a Catania, a una lezione che Francesco Finocchiaro tenne per gli studenti e poi diede alle stampe nel 2001 col titolo *Aspetti pratici della libertà religiosa in uno stato di crisi*²⁶. E ricordo ancora la lucidità e direi anche il fervore con cui il Maestro si soffermò sui perenni conflitti insiti nella società civile – e oggi risolvibili sul piano della dialettica democratica – tra chi intenda trasfondere i presupposti religiosi nell'etica civile, e chi, all'opposto, intenda costruire un'etica civile prescindendo da basi religiose. Nella visione di Finocchiaro tale dialettica – con esiti storicamente discontinui – è rappresentata come una delle sfide principali della asserita laicità dello Stato.

Giungo così, per concludere, a un tema nel quale l'impostazione metodologica di Finocchiaro si immerge nell'interpretazione dell'esperienza giuridica dell'Italia contemporanea. Le sue idee al riguardo sono note e prive di ambiguità, perché consegnate a un saggio dal titolo inequivocabile: *La Repubblica Italiana non è uno Stato laico*²⁷. A questa conclusione Finocchiaro perviene attraverso un percorso che passa dalla riflessione sulla funzione dei concetti giuridici alla puntuale analisi dell'esperienza dell'ordinamento giuridico dell'Italia repubblicana. Per Finocchiaro, come si è accennato, il valore conoscitivo di un concetto (potremmo anche dire di un «dogma») deve misurarsi sulla sua capacità di aderire a un determinato contesto storico, qualificandolo adeguatamente²⁸. Pur prendendo atto della relatività e dall'ambiguità propria del concetto di «laicità», Finocchiaro ritiene che esso abbia e conservi una sua impronta originaria tale da connotare uno Stato che «decide sovranamente della situazione giuridica delle confessioni religiose, allorché persegue una politica ecclesiastica tendente a separare le istituzioni della società civile, la scuola, l'amministrazione della giustizia, il governo del Paese, in una parola le istituzioni di tutti i cittadini, dalle ingerenze confessionali, a garanzia della libertà di coscienza e dell'uguaglianza»²⁹. Per questo la parola «laicità» qualifica adeguatamente i regimi di stampo separatistico, come quello francese o quello instaurato in Italia tra l'Unità e i Patti Latera-

²⁶ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Aspetti pratici della libertà religiosa in uno stato di crisi*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 102.1, 2001, pp. 3-21.

²⁷ FRANCESCO FINOCCHIARO, *La Repubblica Italiana non è uno Stato laico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 108.1, 1997, pp. 11-24.

²⁸ *Ivi*, pp. 11-13.

²⁹ *Ivi*, p. 23.

nensi. Al contrario, la parola sarebbe inadatta a qualificare lo Stato nascente dalla costituzione repubblicana, che Finocchiaro preferisce definire sociale, liberale e pluralistico. Per tale ragione, che la laicità sia un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano – enunciazione fatta dalla Corte costituzionale con la sentenza 203/1989 e poi costantemente richiamata nella giurisprudenza della Corte – a dire di Finocchiaro è il risultato di un progressivo processo di annacquamento a cui i termini «laico» e «laicità» sono stati soggetti negli ultimi decenni³⁰. Queste conclusioni di Finocchiaro toccano una materia discutibile e controversa, anche alla luce del fatto che il principio enunciato nel 1989 appare ormai entrato nel «diritto vivente». E tuttavia sia le conclusioni, che il processo argomentativo attraverso il quale l'autore vi è giunto, mi sembrano costituire un'efficace rappresentazione non solo di un metodo che merita di essere meditato dagli studiosi del diritto ecclesiastico, ma anche di una profonda consapevolezza della storicità del diritto.

³⁰ *Ivi*, p. 22.

*Francesco Finocchiaro maestro di diritto e di vita**

CARMELO D'URSO

Venendo da Riposto all'incontro di questa sera, non sapevo di essere tra i relatori. Per un equivoco nella comunicazione, pensavo di essere stato, alcune settimane fa, semplicemente invitato ad intervenire dal prof. Gaetano Lo Castro, al quale, non avendo ricevuto alcun invito scritto, ieri ho chiesto conferma della manifestazione odierna.

Solo qualche minuto fa ho appreso che avrei dovuto parlare alla ripresa dei lavori. Non avendo preparato alcuna relazione e non avendo da aggiungere nulla alle esaurienti relazioni dei professori Alessandro Albisetti e Gaetano Lo Castro, mi muoverò sul filo dei ricordi sempre vivi nella mia mente, con la finalità di contribuire a far conoscere, nel decennale della morte, il comune maestro in tutti gli aspetti della sua personalità.

Nella seconda metà degli anni cinquanta ho incontrato per la prima volta Francesco Finocchiaro, che allora era assistente volontario alla cattedra di diritto ecclesiastico, essendo stato a lui affidato per la dissertazione di laurea, che aveva come oggetto la complessa problematica dell'interpretazione del secondo comma dell'art. 7 della Costituzione.

Più volte mi sono recato nel suo ufficio in una stanza del vecchio seminario giuridico per sottoporgli il mio piano di lavoro. Finocchiaro sembrava distaccato e assente, mi ascoltava senza mai interloquire e alla fine mi diceva semplicemente: *scriva*.

In uno dei tanti incontri gli ho detto di avere scoperto sulla base di un'attenta lettura degli atti dell'Assemblea costituente che l'emendamento Pajetta, sul quale si era soffermato nelle sue *Lezioni* Arturo Carlo Jemolo non era aggiuntivo al primo periodo del secondo comma dell'art. 5 del progetto di Costituzione (secondo comma dell'art. 7 nel testo definitivo), ma soppressi-

* *La relazione è sintesi del discorso registrato.*

vo dell'inciso contenuto nel terzo comma del medesimo art. 5. Non essendo stato l'emendamento approvato, l'inciso è rimasto nel testo definitivo (art. 8, comma 2, della Costituzione).

In quella occasione per la prima volta, Finocchiaro, mostrando interesse per la mia scoperta, mi ha chiesto quale fosse la mia media. Avuta la risposta, laconicamente mi ha detto: *scriva nella tesi ciò che ha scoperto*.

Alcuni anni dopo la medesima scoperta è stata fatta dal prof. Gaetano Catalano.

Completata la tesi, l'ho portata manoscritta a Finocchiaro, che l'ha approvata senza apportare alcuna modifica, ma inserendo in rosso tante virgole. Ho avuto modo successivamente di constatare che egli, diversamente da me, faceva un uso eccessivo della virgola, come può facilmente desumersi dai suoi scritti.

Il professore non usava scrivere le relazioni sulle tesi di laurea. Utilizzava per le relazioni l'indice delle tesi opportunamente integrato da appunti scritti di suo pugno. Conservo la sua copia della mia tesi, presa sul suo tavolo, con gli appunti manoscritti dalla inconfondibile calligrafia.

Dopo la laurea mi ha voluto assistente straordinario alla sua cattedra e, nel manifestarmi la volontà di proporre la mia nomina alla Facoltà, mi ha detto (sono le sue parole): *l'assistente non deve essere un francobollo e non deve avere idoli; neppure il docente deve essere un idolo*. Di ciò, del resto, mi ero accorto da studente. In sede di esame di laurea mi aveva invitato a discutere un punto della tesi sul quale era netto il mio dissenso dal suo pensiero. Su tale punto le nostre opinioni sono state sempre divergenti.

L'atteggiamento di Finocchiaro verso gli assistenti era caratterizzato da grande rispetto. Una volta mi è accaduto, in sua assenza, di non approvare una tesi di laurea, ma di avere sottoscritto l'apposito foglio, cedendo alla richiesta dello studente e rimandando al professore la decisione definitiva.

Rientrato a Catania, Finocchiaro ha preso in esame le tesi depositate e senza dirmi nulla, ha convocato lo studente per comunicargli che non si sarebbe potuto laureare. Essendomi accorto di tutto, ho rappresentato immediatamente al professore che io non avevo approvato la tesi. Apprezzai molto in quella circostanza di non essere stato richiamato, anche se io avevo approvato con riserva. Nel 1969 ho incontrato a Bologna lo studente, ormai laureato, e ho appreso da lui che aveva trovato giusto il giudizio mio e del professore.

Francesco Finocchiaro ha fatto parte dell'Ordine giudiziario dal 1952 al 1960, prima a Giarre con funzioni di vicepretore e poi a Regalbuto come pretore. In entrambe le sedi ha lasciato il ricordo della sua competenza e della sua umanità.

In uno dei primi anni sessanta ha tenuto a Giarre, su invito di un circolo culturale, una conferenza sull'art. 21 della Costituzione italiana e la censura. Prima che iniziasse la conferenza uno degli avvocati anziani di Giarre, nel rivolgergli un caloroso saluto, ha esaltato le doti di equilibrio che ne avevano caratterizzato l'attività. Sul periodo di Regalbuto mi è gradito ricordare che nella seconda metà degli anni ottanta nel tornare da Palermo a Catania, via Caltanissetta, ho viaggiato in uno scompartimento vicino ad altro in cui dialogavano due signori, uno dei quali era stato sindaco di Regalbuto negli anni cinquanta. Questi, parlando con il compagno di viaggio, ha detto che negli anni della sua sindacatura aveva esercitato le funzioni giudiziarie un giovane magistrato di eccezionale cultura giuridica e di grande sensibilità. E ha concluso dicendo: *non ho più avuto modo di incontrarlo, né so cosa egli faccia adesso*.

Sarei potuto intervenire, ma non l'ho fatto, per dirgli che il giovane magistrato di allora era uno dei maggiori ecclesiasticisti del momento.

L'avvocato di Giarre e il sindaco di Regalbuto concordavano nel sottolineare in Finocchiaro doti di equilibrio, di cultura giuridica e di grande sensibilità. Equilibrio e sensibilità che hanno segnato anche il suo magistero universitario.

Ricordo che a Giarre, nella sede del Circolo culturale, erano presenti tra il pubblico due giovani liceali, Salvo Andò e Angelo Belfiore, entrambi divenuti docenti di questo Ateneo. Belfiore si è mostrato stupito per il fatto che Finocchiaro parlasse di censura in Italia e non nell'Unione sovietica. Finocchiaro, senza mostrarsi affatto turbato dal rilievo, ha osservato che, essendo nel nostro paese il problema attuale, occorre parlarne e che le vicende della libertà nell'Unione sovietica non avrebbero dovuto comportare tolleranza e silenzio intorno alle violazioni della nostra Costituzione.

Evidente il senso della sua risposta: parlare in Italia della libertà di manifestazione del pensiero significava affermare la superiorità, sotto questo profilo, dei regimi liberaldemocratici rispetto a quelli che tale libertà nei fatti negavano. La violazione della libertà in altri paesi non poteva costituire un alibi per tacere nel nostro.

Sempre, con riferimento al periodo di Regalbuto, mi piace ricordare la testimonianza dell'avv. Salvatore Scollo che, prima della laurea, ha collaborato con Finocchiaro in qualità di cancelliere. Scollo mi ha riferito che Finocchiaro amministrava la giustizia con grande scrupolo, riuscendo a conciliare l'attività di giudice con quella di ricerca (gli anni di Regalbuto sono quelli in cui Finocchiaro ha scritto la monografia *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*).

Sono stato presente il 30 aprile 1960 alla prolusione catanese del profes-

sore al corso di diritto ecclesiastico letta nell'Aula magna dell'Università. Una lezione magistrale sulle antiche e recenti prospettive di studio della disciplina. Un testo che dovrebbe essere distribuito agli studenti per avviarli alla riflessione sulla storicità delle costruzioni giuridiche e dei metodi di studio del diritto.

Il 4 ottobre 1960 (ricordo la data perché era quella del suo onomastico) mi sono recato a casa sua per chiedergli consiglio in ordine ad una mia scelta: ero stato invitato dalla sezione di Riposto del PSI, partito nel quale militavo, di accettare la candidatura per il Consiglio comunale ed ero incerto sul da farsi. Usciti alla sua abitazione, abbiamo percorso il viale XX settembre e poi la via Etnea e ci siamo recati nel palazzo ubicato sopra la sede dell'UPIM in piazza Università, nel quale c'era una succursale del seminario giuridico. Cessata la nostra conversazione, Finocchiaro mi ha accompagnato sino alla porta e mi ha detto: *non accetti la candidatura e si dedichi interamente alla ricerca*. Non ho seguito il suo consiglio e ho sempre svolto attività politica.

Finocchiaro era rigorosamente laico. Ricordo che nel 1962 mi ha detto di avere ricevuto una lettera di Ernesto Rossi, che, in considerazione del suo ateismo, lo invitava a collaborare con la stampa laica in tema di rapporti con la Chiesa. Nel parlarli della lettera, ha sorriso, ma non ha commentato in alcun modo l'accento alla professione di ateismo. So per certo che era credente. L'ho visto tre volte accostarsi all'eucarestia: in occasione della morte della madre, del suo matrimonio e della morte della moglie. Uno come lui, se non fosse stato credente, non si sarebbe accostato all'eucarestia. Non ho parlato mai con lui né della sua fede, né del mio agnosticismo.

Quanto alla politica, posso desumere dai suoi cenni agli anni del dopoguerra che egli è stato vicino ai giovani socialisti e a Lucio Libertini. Nel 1961, l'on. Biagio Andò, dopo un comizio tenuto a Riposto, mi ha detto di avere appreso da Finocchiaro che lo aveva votato sia nel 1953, sia nel 1958. Ho motivo di pensare che lo avesse votato insieme con Matteo Gaudioso, docente in questo Ateneo, eletto deputato nazionale per il PSI con Andò in entrambe le consultazioni politiche.

Finocchiaro è stato un grande giurista; padroneggiava non soltanto le problematiche del diritto ecclesiastico e del diritto canonico, ma anche quelle del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, che ha insegnato a Catania per incarico, del diritto internazionale e del diritto civile. Non c'era questione giuridica sulla quale non riuscisse a portare con acutezza la sua attenzione.

Finocchiaro aveva una conoscenza approfondita delle storia e questa conoscenza affiora dai suoi scritti. Egli sapeva che non c'è conoscenza del diritto che non sia conoscenza storica di esso.

La sua prosa, sempre scorrevole, era caratterizzata da chiarezza e da grande rigore logico. Il giurista, del resto, non può non essere logico. Se la scienza giuridica è sistemazione concettuale dei dati normativi, chi costruisce il sistema, ancorandolo alla storia e ai processi sociali, non può non fare uso della logica. Sotto questo aspetto, Finocchiaro è stato e resta un modello per coloro che si accostano allo studio del diritto.

Il rigore logico è la qualità che mi ha fatto amare più di ogni altra il maestro. E la ragione è strettamente personale. Amo la matematica e la logica e se, per un verso, ho il rammarico di avere preferito, dopo la maturità, la giurisprudenza alle scienze matematiche, per altro verso, il rammarico è mitigato dall'aver colto un'evidente analogia tra la giurisprudenza come costruzione di un sistema di concetti e la geometria.

La mia vita è stata segnata dall'incontro con Francesco Finocchiaro, con il quale ho mantenuto un rapporto di viva amicizia per circa cinquanta anni.

Anche dopo la chiamata a Milano, prima, e a Roma poi, Finocchiaro ogni anno tornava a Catania in occasione della ricorrenza della commemorazione dei defunti per visitare le tombe dei suoi genitori, alla cui memoria è rimasto fortemente legato. Lo incontravo ogni anno in albergo e negli ultimi anni veniva in albergo anche Gaetano Lo Castro. Spesso andavamo ad Acitrezza in un ristorante, nel quale il professore offriva a entrambi il pranzo e chiedeva per sé un piatto di spaghetti con il nero della seppia.

Finocchiaro avrebbe voluto che io dessi di più alla disciplina, ma l'attività politica freneticamente svolta me lo ha impedito. Sono tornato al diritto ecclesiastico per gli scritti in suo onore.

Da sindaco del mio comune ho intitolato a Francesco Finocchiaro un ampio piazzale, come ho intitolato al prof. Vincenzo Gueli un giardino pubblico e al prof. Giuseppe Auletta un altro grande piazzale. Il primo è stato relatore sulla mia tesi di laurea, il secondo correlatore, il terzo mi ha proclamato dottore in giurisprudenza. A parte il dato strettamente soggettivo, i tre docenti sono certamente tra i più rappresentativi della facoltà di giurisprudenza nel secondo dopoguerra.

Alessandro Albisetti, parlando dei suoi rapporti con Finocchiaro, ha detto di considerarlo un padre. Ritengo di potere sottoscrivere questa affermazione con riferimento alla mia persona.

Mi rallegro con gli organizzatori del Convegno per l'iniziativa di ricordare Finocchiaro nel decennale della morte, ma non posso non rilevare l'assenza dei docenti del dipartimento. Oggi vedo, oltre agli studenti, pochissimi docenti di questo Ateneo. Il che mi amareggia non poco.

Alla moda eppure modernamente inattuale *Francesco Finocchiaro positivista scettico*

MARIO RICCA

Dieci anni. Da dieci anni la voce – sempre rara a sentirsi – di Francesco Finocchiaro tace. Giace da dieci anni la sua penna. Lui non è più tra noi. E noi, io in questo caso, possiamo solo ricordarlo. Vieni da chiedersi quale sia il modo migliore per farlo. Da vivi? Per forza – direbbe qualcuno. Da morti è difficile ricordare qualcuno o qualcosa. Eppure, avvertire uno iato, una frattura tra noi e chi si ricorda, non aiuta, anzi rischia di creare un diaframma, una barriera d'incomprensione. Chi ricorda non dovrebbe sentirsi diverso da chi non c'è più. La ragione di ciò è duplice. Per un verso, presto o tardi non ci sarà neanche lui. Per un altro, si vive solo nel ricordo o nell'immaginazione altrui. Vivere ed esser vissuti ha un significato, per gli umani, solo perché qualcun altro legge questa esistenza, la rappresenta, la interpreta. Diversamente l'esistere si dileguerà nel silenzio, nel nulla, frammento del succedersi d'innumeri istanti; un frammento che potrebbe anche non essere mai accaduto – se non fosse che qualcuno, dall'alto del futuro, lo ricorderà per capire se stesso.

Capire noi stessi, appunto, ecco il senso del ricordare e il fondamento della continuità tra noi e chi non c'è più. Si ricorda per capirsi. E quanto più “chi è stato” aiuta in questo compito, dunque è ri-scoperto come decisivo per l'autocomprensione di “chi vive”, tanto più *sarà stato*, poiché è *ancora in e farà parte di* un futuro-presente.

Per ricordare qualcuno sarebbe preferibile essere già morti, pensando che qualcuno leggerà (forse...) quando non ci saremo più le parole con le quali stiamo ricordando chi – come noi – non c'è più. Un esercizio impossibile nella realtà ma senz'altro praticabile con l'immaginazione. Così, in una sorta di fuga in avanti di sguardi retrospettivi si guadagnerebbe la possibilità di vedersi riflessi nel ricordo altrui, generando una sorta di continuità temporale e di senso tra il nostro pensare e quello di chi manca. Sentirsi *sulla stessa barca* – quella dell'Acheronte – dona misteriosamente un nuovo

senso di vita comune, un comune destino, appaiandoci in una sorta di eterno presente. Se praticato, questo sentire da agenti assenti, e soprattutto *esenti*, consentirebbe di articolare giudizi più spassionati e non commemorativi, autentici e non troppo severi benché senza sconti: tutto questo semplicemente perché l'appartenenza comune al *passato*, all'*esser passati*, sarebbe comunque fonte di reciproca pietà. A fuochi spenti tutto si ridimensiona e i meriti come i difetti non appartengono più alle persone ma alla storia di tutti.

Una parte di Francesco Finocchiaro è tra noi proprio perché lui non c'è più e, forse, con il suo *esser stato* ha portato via una parte di ciò che *era stato* il diritto ecclesiastico prima di lui. *Eguaglianza giuridica e fattore religioso*, la sua monografia del 1958, rappresenta – vista dall'alto dell'oggi – uno spartiacque. Con quel volume, Finocchiaro tracciava una mappa. Il sestante per operare i calcoli era la Costituzione, la *nuova* Costituzione della Repubblica. Il territorio la legislazione positiva: quella vigente e quella che si sarebbe dovuta emanare – secondo l'autore – per allineare il tessuto legislativo al dettato costituzionale. Variazioni dal 1958 a oggi certo ne sono intervenute. Tuttavia in quel testo si apriva e si chiudeva, come in una parabola, l'orizzonte della riflessione ecclesiasticistica che sarebbe seguita almeno fino all'inizio del nuovo millennio.

Finocchiaro ha incarnato e impartito una lezione positivista, strutturalmente potenziata dall'entrata in vigore della Costituzione. A svanire dal raggio del suo dire giuridico erano le valutazioni di teoria generale del diritto. Valutazioni e ragionamenti così caratteristici della riflessione ecclesiasticista sviluppatasi dalla fine dell'Ottocento sino ai primi anni Cinquanta – fatta eccezione per la voce da epigono, proveniente da un'altra epoca e forse da un'altra cultura, di Cesare Magni. Negli scritti di Finocchiaro, la teoria generale del diritto sembra evaporare perché riassorbita nel dato positivo della Costituzione scritta, assunta come regolo dei rapporti tra Stato e Chiesa, fede e ragione, religione e diritto. L'adozione di questa nuova unità di misura e d'interpretazione aveva, in questo autore, una ragion d'essere profonda. Essa coincide con la necessità scientifica – avvertita con nitore quasi weberiano – di de-ideologizzare, di rendere quanto più possibile a-valutativa la riflessione sulla regolamentazione normativa delle relazioni tra la dimensione spirituale e organizzativa dell'esperienza religiosa, da un lato, e il diritto prodotto da una società democratica, dall'altro.

Finocchiaro, se collocato nel suo tempo, appare come un giurista *alla moda*. Il suo *modus iuridicus* è *modernus*, intendendo “modernus” nel suo significato originario derivato dall'uso medievale dell'avverbio latino *modo*¹:

¹ Il primo a utilizzare in un testo scritto il termine moderno, secondo le ricostruzioni filologiche, fu Papa Gelasio. Cfr. WALTER FREUND, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters*, Böhlau-Verlag,

cioè, in sintonia con i suoi tempi, attuale. Finocchiaro è stato anche e per lo stesso motivo un giurista laico. Agganciandosi al dato positivo, è riuscito ad attraversare le diatribe e i conflitti di appartenenza, così idiomaticamente connessi alla riflessione ecclesiasticistica di sempre, con una sorta di *distacco ponderato*. Un distacco che pagava la rinuncia a ogni considerazione meta-positiva o teorico-generale.

Ciò ovviamente non significa che Finocchiaro non tenesse conto della teoria generale del diritto. Piuttosto dissimulava l'utilizzo di essa nell'ermeneutica del dato positivo. Alcuni esempi potranno giovare a illustrare in modo *palpabile* questo peculiare atteggiamento². Il primo non può non riguardare la concettualizzazione della libertà religiosa. Diversamente da altri ecclesiasticisti, finalmente egli supera la stantia qualificazione della libertà come diritto pubblico soggettivo, così ingolfata da rughe storiche, ideologiche e dogmatiche, del tutto fuori luogo rispetto alle *fattezze* dell'ordine costituzionale repubblicano varato nel 1948. La libertà religiosa diventa un "diritto

Köln-Graz, 1957 (trad. it. *Modernus e altre idee di tempo nel Medioevo*, Edizioni Medusa, Milano, 2001). Sia in Gelasio (*Epist.*, 14, 14, 20, 21: cfr. ANDREAS THIEL, *Epistolae Romanorum pontificum genuinae*, I, Braunsberg, 1868, pp. 370 ss., 387, 389), sia in Cassiodoro (*Cassiodori Senatoris Variae*, 3, 5, 3; 4, 51, 2, Rec. THEODORE MOMMSEN, MG. AA., 12, 1894, 81, 18; 138, 8) e nei suoi scritti di poco successivi a quelli di Gelasio, il termine *modernus* indica una connotazione temporale diretta a esprimere il carattere "attuale", "contemporaneo", "appartenente al presente" di qualcosa. *Modernus*, in questo senso, ha significato più ampio dell'espressione *modernità* riferita al tratto della storia (non solo occidentale) che (approssimativamente) dal XVI secolo ha scandito l'incedere delle civiltà umane fino a oggi – nonostante le reiterate proclamazioni di una fine della modernità etichettate e segnate dal presunto attraversamento della soglia della post-modernità. A questo riguardo è utile – anche per ciò che seguirà nel testo – riportare le osservazioni svolte da Remo Bodei nel chiudere (pag. 9) la prefazione al libro di Freund sopra citato: «Se il concetto di postmoderno ha un senso, questo va cercato nel progressivo svuotamento dell'idea di *Neuzeit*, di modernità come tempo capace di autorigenerarsi incessantemente e di futuro come luogo di attese realizzabili. Il rinnovamento del presente, la sua perenne risurrezione dalle proprie ceneri, e il compimento delle utopie (regno della libertà, società senza classi) appaiono infine come una generosa illusione.

Ma davvero il nostro presente è privo di un'esperienza accumulabile e sensata perché il passato non ci insegna più nulla? Davvero non ci resta altro, a causa dello sbarramento dell'orizzonte temporale e della "privatizzazione del futuro" in seguito alla caduta delle ideologie dominanti, che ritagliarci ciascuno una fetta di cielo, rivolgendoci alle promesse di eternità delle religioni o dedicandoci a sfruttare al meglio il tempo della caducità in cui siamo immersi? Forse la modernità ha una tenacia maggiore di quello che i suoi liquidatori pensano. Il libro di Freund ci insegna a capirlo andando alle sue radici profonde». Aggiungerei soltanto l'osservazione lessicale che nel linguaggio comune italiano (ma non solo) la parola "moderno/a" è utilizzata ancora per indicare l'attualità, la contemporaneità di qualcosa e non necessariamente la sua categorizzabilità entro le coordinate della *modernità* intesa come paradigma culturale.

² Per le tesi di Finocchiaro che saranno richiamate, rinvio qui e per il seguito, oltre alla monografia *Eguaglianza giuridica e fattore religioso*, al commento agli articoli 7, 8 e 19 cost., contenuto nel *Commentario della Costituzione* a cura di GIUSEPPE BRANCA, al *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, nelle sue diverse edizioni, alla voce *Libertà di coscienza e di religione – Diritto ecclesiastico* realizzata per l'*Enciclopedia giuridica Treccani* (1993), e agli articoli sulla laicità apparsi su «*Il diritto ecclesiastico*».

costituzionalmente garantito” e proprio per questo – cioè per via della previsione costituzionale – è *inviolabile e opponibile* anche al legislatore e alle sue scelte normative. Come giurista del suo tempo Finocchiaro non pone in discussione la completezza e l'esclusività dell'ordinamento statale, eredità della dogmatica pubblicistica ottocentesca. La libertà rimane configurata ed etichettata comunque come un *diritto*, ancorché costituzionalmente *riconosciuto*. E ciò come se non fosse possibile immaginare la categoria “libertà costituzionale” alla stregua di una figura giuridica a se stante, differente dai diritti³. Ciò nonostante, Finocchiaro si muove oltre le coordinate stataliste e articola comunque l'idea che la matrice della libertà non sia interna all'ordinamento. Il discorso mantiene tuttavia un tratto di ambivalenza. Il diritto statale è appunto tenuto a *riconoscere* la libertà religiosa, e la religione stessa, come qualcosa di esterno a esso. Eppure, ciò non è teorizzato o concepito in termini di incompletezza e necessaria etero-integrazione dell'ordinamento statale rispetto alla fonte, alla sorgente della libertà, che è appunto il soggetto umano. L'immaginario statalista/nazionalista satura ancora il cielo della giuridicità agli occhi dei giuristi positivi – si consideri che ci muoviamo tra gli anni '50 e gli anni '80 del secolo scorso. I segnali del superamento della corrispondenza tra stato e diritto ci sono tutti, già nell'esperienza concreta, eppure molti non ne traggono implicazioni pervasive, soprattutto sul piano teorico e metodologico. Nel dir questo, il mio pensiero va alle possibili valutazioni di tale osservazione da parte di futuri lettori (sigh!) di questo scritto. Probabilmente la prospettiva dell'incompletezza e dell'eterointegrazione del diritto statale sembrerà loro insufficiente. Un diritto planetario, con il superamento del paradigma della sovranità statale già auspicato da Kelsen quasi cento anni fa, potrebbe avere preso il sopravvento. Una sorta di nuovo Sacro Romano Impero – c'è da sperare né troppo sacro, né troppo impero. Lo scenario potrebbe, però, anche essere differente. La follia retrograda nazionalista – drammaticamente all'opera proprio mentre scrivo queste pagine e in spregio a qualsiasi etica cosmopolitica dei diritti umani – potrebbe vincere la propria battaglia, generando una dialettica radicale tra globale e locale, tra planetario e territoriale, foriera di effetti contraddittori e proprio per questo politicamente imprevedibili. Quali eventi potrebbero scaturire dal percorrere questi sentieri ambigui dell'esperienza (un tedesco dell'ottocento avrebbe detto: *dello spirito*) non può sapersi in anticipo. Si tratta però di un non-sapere, di un'ignoranza tutt'altro che priva di sinistri presagi. Cosa potrà dire la teoria del diritto rispetto agli eventi futuri? Come

³ Per questo diverso approccio rinvio a MARIO RICCA, *Art. 19. Commento*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, Utet, Torino, 2006.

si trasformerà? L'importante, forse, è che il diritto e la riflessione sul diritto non si lascino assorbire dal farsi delle vicende politiche. Esiste una dimensione antropologica e cognitiva dell'esperienza giuridica che non può essere ridotta alla contingenza storica, con buona pace di qualsivoglia imperativista, formalista, positivista (o storicista) di turno. I giuristi sono chiamati a comprendere non solo come il diritto è ma anche come il diritto si trasforma e può riprodursi. La sua fenomenica deve essere considerata quantomeno sul medio periodo e non schiacciarsi su un'enfaticizzazione pseudo-ontologica delle contingenti curvature del presente.

Queste parole potrebbero apparire, indirettamente, una critica a Finocchiaro. E, in effetti, lo sono – inutile negarlo. Tuttavia, esse consentono di cogliere anche un aspetto tutt'altro che positivista nel pensiero dell'autore, che funziona come una sorta di *lato B*, di controcanto, di tutta la sua produzione. Da un lato, egli è senz'altro un positivista statalista. Il modo netto e concettualmente rigido di pensare la laicità, la libertà, l'uguaglianza, proprio di Finocchiaro, sembrerebbe farne davvero un giurista *alla moda* del suo tempo e, per certi versi, irredibilmente chiuso nel suo tempo. La laicità è segnata, nel suo pensiero, da una dialettica *bianco/nero* tra stato e chiesa cattolica/confessioni; la sua libertà religiosa sconosce declinazioni sociali di tipo promozionale; l'uguaglianza sembra la stessa scandita da Esposito, e cioè una dimensione forgiata dalla legge, partorita dalle norme, allo stesso modo di una soggettività giuridica circoscritta alla sola dimensione imperativa dell'ordinamento statale. Su un altro versante, però, Finocchiaro sembra nutrire nei confronti di tutto ciò una sorta di radicale scetticismo, tanto poco sbandierato quanto irriducibile. Accanto a queste letture iper-ortodosse in termini di metodologia (e persino di sguardo) positivista, egli è tuttavia anche l'assertore della primarietà e originarietà degli ordinamenti confessionali rispetto a quello statale; al tempo stesso, e conseguentemente, nega recisamente la possibilità di includere le intese tra stato e confessioni nel novero delle fonti statali o il loro inquadramento come negozi di diritto pubblico (si badi: un diritto pubblico statalista, sintonizzato sui principi di completezza ed esclusività dell'ordinamento statale); di contro, asseconda la distinzione solennemente proclamata dall'art. 7.1 cost. tra sovranità statale e sovranità della Chiesa, per poi (quasi) cinicamente osservare che la *competenza delle competenze* spetta comunque all'ordinamento dello Stato e, dunque, che l'autonomia della dimensione religiosa si giova *del* e va conquistata *sul* piano sociale, politico, nelle dinamiche *del fare* e *del farsi* della storia.

Il susseguirsi di questi esempi sembra restituire un'immagine ambivalente, persino ambigua, dello studioso. Da una parte, da positivista davvero *alla moda*, da giurista in sintonia con il *mainstream* suo tempo, egli sembra chiu-

dere tutta l'esperienza giuridica, il *dicibile* sul diritto, entro le coordinate rigidamente contingentate del dato positivo. Dall'altra, invece, sembra ancora più *demodé* di molti altri studiosi delle relazioni tra diritto e religione, impegnati nel rintracciare in questo ambito i semi di una critica, di una sorta di confutazione dello statalismo giuridico. Basterà pensare, a questo riguardo, all'approccio di Jemolo e Ruffini, intenti a sottolineare le co-implicazioni tra diritto e storia; a Santi Romano e alla sua analisi critica della corrispondenza biunivoca tra diritto e stato, condotta muovendo da un approccio socio-istituzionale al fenomeno giuridico; alle riflessioni teorico-generaliste di De Luca e Magni; fino alle declinazioni in chiave enfaticamente politologica, talvolta da *giornalismo giuridico*, dello studio del diritto ecclesiastico – queste ultime profondamente aborrite da Finocchiaro.

Se si vuole, gli aspetti più critici e innovativi del pensiero dello studioso rappresentano l'immagine speculare della sua apparente, monolitica fedeltà al credo e all'approccio positivista. Si tratta, probabilmente, di una sorta di relazione/reazione dialettica, non priva di connotazioni psicologiche, legate alla *forma mentis* profonda dell'uomo. Egli appartiene al suo tempo eppure sembra porsi fuori dal presente. Il *lato B* del suo positivismo si nutre di qualcosa che probabilmente Finocchiaro percepiva come invincibilmente connesso all'esperienza giuridica, al modo di *sentire* la vincolatività del diritto, e quindi alle sue concrete *chance* di effettività. Così, ancora, da una parte egli continuerà a vedere nella Costituzione un limite alla potestà legislativa e non un orizzonte di fini, utilizzabile in chiave critica, rispetto al quale la legge stessa, anzi le leggi si fanno mezzo, smarrendo la loro capacità – d'ispirazione liberale-ottocentesca – di tracciare l'orizzonte della normatività e della soggettività giuridica. Simultaneamente, però, Finocchiaro sembra addirittura asserire che le formalizzazioni costituzionali non possono averla vinta sul dato storico, sulla cifra semantica, di senso, di alcuni ambiti dell'esperienza umana, come appunto quella fideistica, tanto da rendere necessaria un'articolazione pluralistico-interordinamentale dei rapporti con le confessioni. Questo modo d'intendere le cose, lo spingerà a suggerire – ma forse sarebbe meglio dire: *a immaginare* – soluzioni pressoché *oniriche* alla questione dell'ordinamento di appartenenza delle intese. In ciò, egli sembra seguire lo stesso percorso compiuto da Kelsen nelle sue riflessioni critiche sulla sovranità. Un percorso che avrebbe condotto il filosofo a negare la giuridicità originaria degli ordinamenti statali in favore di un'originarietà esclusiva, perché l'unica logicamente (ma potrebbe meglio dirsi *culturalmente*, cioè secondo gli schemi di giudizio dell'autore) difendibile dell'ordinamento internazionale. Una bizzarra conversione dialettica – verrebbe da dire. Apparentemente, almeno, analoga a quella rinvenibile in Finocchiaro, che

giunge a negare l'appartenenza delle intese sia all'ordinamento statale sia all'ordinamento internazionale (poiché le confessioni non erano accettate al tavolo della comunità internazionale, eccezion fatta per la Chiesa cattolica). Una negazione multi-fronte che lo avrebbe indotto a sostenere, quasi come una sorta di *tertium datur*, una tesi del tutto priva di supporto empirico: la coincidenza dell'ordinamento delle intese con l'intesa stessa, con ciascuna intesa: una sorta di circuito autonomo dell'esperienza giuridica prodromico alla conclusione, al prender forma di ogni accordo tra stato e confessioni. Dove e come fosse rinvenibile questo ordinamento è difficile capire. Unici indizi *positivi* della sua esistenza gli asfittici testi delle intese, dove è però impossibile rintracciare i segni dell'esistenza di una base sociale, di una fattualità organizzata simbolicamente e comunicativamente, di una qualche concrezione istituzionale, in grado di supportare quantomeno l'ipotesi che si sia in presenza di un ordinamento.

Finocchiaro, però, ha una fonte ispiratrice diversa da quella kelseniana. Egli non era un neo-kantiano e probabilmente nemmeno si poneva il problema di esserlo o di prendere posizione rispetto ai problemi epistemologici alla base del neo-kantismo di Cohen o di Cassirer. Finocchiaro sapeva invece che il sentire religioso abita un circuito di senso non assimilabile a quello statale e che nessun vincolo formale avrebbe avuto alcuna possibilità di acquisire effettività nell'ambito dell'esperienza di fede. Potrebbe pensarsi che questa convinzione sia derivata dalla constatazione dei fallimenti delle tentazioni giurisdizionaliste dell'Italia liberale: una constatazione che da ecclesiasticista è quasi *naturale* formulare. E, in effetti, anche altri ecclesiasticisti avrebbero potuto far facilmente tesoro di questo sapere di sfondo, eppure non giunsero alle conclusioni *oniriche* di Finocchiaro circa l'ordinamento di appartenenza delle intese. Se è così, è perché nella mente del nostro autore – a mio giudizio – si agitava qualcosa di più profondo e vasto, seppure assecondato forse in modo persino irriflesso. Egli sembra ricondurre l'interpretazione degli articoli 8.1 e 8.3 cost., unitamente a quella dell'articolo 19 cost., direttamente all'articolo 1.1 cost. Il fondamento dell'irriducibilità degli ordinamenti confessionali e delle intese all'ordinamento statale, la loro non configurabilità quali derivazioni di questo, giace nella cifra di legittimazione di tutto l'ordine costituzionale dello stato: la volontà popolare. Finocchiaro ha ben chiaro che la volontà del popolo integrata nelle forme e nei limiti della costituzione non è la stessa che anima e legittima l'esperienza di fede e le sue allitterazioni e concrezioni giuridiche. V'è in gioco un dato sociale, antropologico, irriducibilmente diverso, che funziona da argine a qualsiasi pretesa statalista, a qualsiasi formalismo giuridico. Ne nasce una sorta di contro-formalismo autogenerato dallo stesso approccio positivista,

appunto l'*invenzione per deductionem* di un ordinamento che non c'è. Tuttavia, nel dimostrarsi un *positivista onirico*, proprio in questa contraddittorietà teoricamente irrisolvibile e indifendibile, Finocchiaro dimostra forse il suo vero tratto di grandezza. Mantenendosi dentro i confini di un linguaggio positivista-formalista, che riduce la soggettività a ordinamento o a implicazione di un ordinamento necessariamente presupposto, egli inserisce una sorta di verme dentro la mela del positivismo stesso. Nel far questo, lo studioso si dimostra quasi eroicamente *démodé*, eccentrico e straordinariamente più avanti di molti costituzionalisti – che non comprenderanno il senso, l'originalità, la cifra profonda di *giuridicità* custoditi nell'*aurea* auto-contraddittorietà della sua tesi sull'ordinamento di appartenenza delle intese.

Lo sguardo sul diritto di Finocchiaro, la sua intrinseca ambiguità, aveva però una matrice culturale. Non è solo sui libri che queste connotazioni hanno preso forma; non è solo di letture cartacee che si sono nutrite. Io penso piuttosto che abbiano a che fare con la sua sicilianità, per un verso, e con la sua esperienza di magistrato, dall'altro. Da siciliano, Finocchiaro aveva una perfetta consapevolezza del potere, della sua cinica brutalità, e della tragica implicazione tra potere e diritto. Al tempo stesso, però, ancora come ogni autentico siciliano (verrebbe da dire d'altri tempi) era scettico, inguaribilmente scettico. Tutto ciò sembrerebbe averlo indotto a considerare che il diritto è fondato sul potere, su un potere che si fa istituzione, autorità, *forma formata*, ma che proprio per questo conosce limiti insuperabili. Limiti che hanno a che fare con l'eccedenza del diritto stesso, del sentire che lo anima come esperienza, rispetto alle concrezioni storiche del potere. I limiti di effettività dell'ordinamento formale, dell'ordinamento statale, sono limiti che rispecchiano e sono l'eco di altri ordini della giuridicità, radicati in una co-implicazione profonda tra diritto ed etica, tra diritto e senso. Da giudice – come narrano altri partecipanti all'incontro di commemorazione da cui scaturisce questo scritto – aveva avuto modo di conoscere di prima mano i limiti cognitivi della legge scritta e la pluralità antropologica del *senso del diritto*. In Sicilia, dove da siciliano era stato giudice, tutti sanno che il potere è invincibile fin quando ci si scontra di petto con esso ma diviene fragile quando entra in contatto con l'eterno, con il fiume carsico della socialità, che ha una sua semantica intrinseca, capace di aggirare e persino ridicolizzare la contingenza dell'ufficialità, dell'autorevolezza vantata dall'istituzione costituita in ogni tempo particolare. Il senso di *vanità* di ogni impero o regno è un tratto tragico della mentalità siciliana, della sua curvatura antropologica. Un tratto spesso non compreso, come non compresa è stata la nota frase di Tomasi di Lampedusa, messa in bocca al suo Gattopardo, per cui, ogni volta, si cambia tutto per non cambiare niente. Non è (solo?) fatalismo quel

che essa rivela, e nemmeno disfattismo politico. È invece la consapevolezza di chi vive in un luogo – in una *terra*, come si dice sempre, anche se non sa si bene perché, quando ci si riferisce alla Sicilia – che ha visto trascolorare i secoli e le dominazioni, le culture e le fedi, e tuttavia rimane lì, *capace di diventare uguale a se stessa perché costretta a mantenersi sempre diversa, in grado di adattarsi*. Naturalmente si tratta di un sapere irriflesso, un sapere culturale appunto. In esso c'è qualcosa di *antigoneo*, una sorgente di libertà, di senso di libertà. La stessa esigenza libertà che Finocchiaro, il positivista, inocula silenziosamente, quasi di soppiatto, nella trama del suo lavoro da giurista.

L'irriducibilità del dato antropologico, della connessione tra senso sociale e senso giuridico, erano nitidamente percepite da Finocchiaro, tanto da trasformarlo, talora, in narratore. Come tutti sanno, benché silente circa le sue convinzioni religiose, tanto da restituire un'immagine di se stesso da quasi-ateo, Finocchiaro era molto affezionato, pressoché in modo rituale, ad alcune gestualità tradizionali di matrice indubbiamente fideistica. Ogni anno, da solo – perché la moglie si rifiutava di recarsi in Sicilia – lui faceva la sua *migrazione di ritorno* a Catania per onorare la ricorrenza dei morti. Veniva a visitare i *suoi* morti. In quelle occasioni, molti dei suoi allievi ebbero modo di fargli compagnia, d'intrattenersi con lui, fuori dai luoghi istituzionali dell'accademia. Era allora che Finocchiaro, avaro di parole – un'avarizia ritmata da un frequente “appunto”, gettato come una sincope tra i suoi silenzi e le parole pronunciate dall'interlocutore nel tentativo (spesso disperato) di riempirli – schiudeva le porte del suo universo di ricordi, con un dire emotivamente affrancato da ogni *ruolo* accademico. Proprio in uno di questi frangenti, il “professore”, parlando di matrimoni e senso dell'esperienza matrimoniale, mi narrò una vicenda napoletana connessa al periodo fascista. «Sa – mi disse con la sua voce roca e il suo accento marcatamente siculo, mai perduto – durante il fascismo davano gli incentivi per favorire il formarsi di nuove famiglie. Chi si sposava, poteva usufruire di un sussidio. A Napoli, deve sapere, la gente misera non aveva il danaro per sposarsi. Così, per raggranellare qualche sostanza, si sposava in municipio. Era, però, quello, un matrimonio per finta, una specie di fidanzamento ufficiale. Finita la cerimonia, marito e moglie, se ne tornavano ciascuno a casa dei genitori. Quindi, aspettavano un po' di tempo, in modo... *appunto* da accumulare i sussidi. Perciò, quando avevano raggiunto una somma considerata sufficiente, allora si sposavano in chiesa. E quello era il vero matrimonio!». La narrazione si concludeva con la sua caratteristica risata; un “ah” reiterato tre volte, quasi mai di più né di meno.

Parrebbe una storiella da niente, divertente. Il racconto nostalgico, tra il serio e il faceto, di un vecchio zio. E invece no. Quella narrazione rivelava

moltissimo del lato nascosto del Finocchiaro positivista. Un lato nascosto che non aveva tanto a che fare con il diritto ecclesiastico, nonostante le apparenze, ma forse più con il civilista che egli era. Un civilista assai meno rigidamente positivista di quanto superficiali lettori delle sue riflessioni di giurista si sentono, ancora oggi, autorizzati a pensare.

Ho imparato molto da quella *storiella*. Anzi, arriverei a dire che da essa traluce una velata critica al modo di pensare la modernità giuridica e soprattutto il suo universalismo, troppo spesso inteso in senso impositivo e aprioristico, calato dall'alto, anziché articolato in modo inclusivo, aperto all'induzione, all'analisi dell'esperienza e del sentire sociale al fine di scorgere le ricette cognitive necessarie proprio per consentire al diritto di riprodursi, di esprimere le sue potenzialità di senso. Scetticismo istituzionale e consapevolezza antropologica, proprio perché opposte a una conoscenza analitica e sempre coltivata del dato positivo, sono attitudini straordinariamente potenti e al tempo stesso indispensabili per *saper usare lo stesso dato positivo con smaliziata abilità tecnica*, per essere davvero giuristi *positivi*, nel senso di *costruttori di autentica giuridicità*. Chi non ha compreso e non comprende quanto Finocchiaro dissimulasse questi *saperi altri*, forse non riesce a cogliere nemmeno il suo *modo modernamente inattuale, ancorché alla moda*, di essere giurista positivo. E direi di più, nel mancare questo bersaglio si dimostra di non aver compreso i presupposti di funzionamento dello stesso diritto positivo.

Chiudo. Finocchiaro, grazie alla sua ambiguità, al suo ambivalente e scettico positivismo, dimostra d'essere stato un giurista raffinato. Queste caratteristiche gli consentirono d'essere un giurista del suo tempo e, al tempo stesso, di porsi fuori di esso. Se letto in controluce, il suo ambiguo positivismo costituisce una lezione importante per l'oggi, soprattutto per i giovani giuristi. Quel che lui dissimulava, all'ombra dell'apparente *certezza* del contesto statalista-nazionalista, costituisce al presente il terreno aperto di un necessario ripensamento dell'esperienza giuridica e delle sue coordinate, delle sue categorie. Uno sforzo necessario e immenso al tempo stesso. Rovesciando i termini, per essere anche noi giuristi del nostro tempo e fuori da esso, proprio come Finocchiaro, c'è da resistere alla tentazione del post-modernismo giuridico, dello scivolamento nella mera casistica, nella rinuncia alla razionalità costruttiva. Come a dire che oggi c'è da criticare il positivismo ufficiale al quale Finocchiaro mostrava di aderire senza però cedere alla tentazione di diventare giuristi *troppo alla moda*. C'è, appunto, da distruggere per ricostruire, da criticare e scomporre le categorie del passato per rielaborarle e ricomporle. In altre parole, bisogna riprendere la vocazione generativa di sapere, sperimentale, propria della modernità (ideale), e

tradita invece dalle curvature aprioristiche, serializzanti e dogmaticamente universaliste che su di essa sono state impresse dalla sua stessa storia.

Finocchiaro silenziosamente chiede, a chi sappia leggere in controluce i suoi scritti, d'essere *appunto...* giuristi del nostro tempo e fuori dal tempo, simultaneamente *moderni* (nel senso generale di attuali) e *demodé*. E, per quel che posso, è la stessa cosa che io stesso chiedo a chi – foss'anche soltanto uno – domani dovesse leggere queste pagine, affidandomi a ciò che egli saprà vedere dall'*alto del suo futuro*. Quello stesso futuro che penserà a Francesco Finocchiaro e a me, entrambi, già oltre la casa del tempo; quel futuro di cui passato e presente sono soltanto *conseguenze*.

Nel 1972 venni chiamato ad insegnare all'Università di Catania, su indicazione di Mario Bellomo da Mario Condorelli, certamente per alcuni miei interessi storici, e naturalmente con il *placet* di Francesco Finocchiaro. Probabilmente ciò avveniva anche perché Gaetano Catalano, mio Maestro, e Francesco Finocchiaro erano entrambi allievi di Scavo Lombardo, nipote del costituzionalista Luigi Pellegrino Lombardo, e dunque di provenienza messinese, pur essendo allievo di Jemolo.

Con Finocchiaro e Catalano nasce la scuola non laica, ma del diritto ecclesiastico pubblico. Fino a quel momento la dottrina ecclesiasticistica si era sostanzialmente incentrata sul diritto concordatario, sviluppando tematiche relative ai rapporti con il diritto canonico, o a problematiche di diritto civile, amministrativo, processuale e, come ricordava anche il Professore Lo Castro, di diritto internazionale, con alterni risultati.

L'anno precedente la pubblicazione del famosissimo libro di Finocchiaro "Uguaglianza giuridica e fattore religioso" era venuto alla luce il libro di Catalano sulla libertà religiosa e successivamente quello sull'art. 7 della Costituzione. La novità di impostazione della cosiddetta "scuola laica" emerge, come appare evidente già dai titoli, dall'inquadramento delle problematiche relative alla libertà religiosa e al principio di uguaglianza in riferimento in primo luogo alle norme costituzionali. Norme costituzionali che erano entrate in vigore già da qualche anno, otto prima del libro di Catalano, dieci prima del volume di Finocchiaro, segnando un nuovo assetto di cui la dottrina fino ad allora sembrava non volere sottolineare l'importanza, quasi come se non l'avesse ancora accettata. Per quale motivo? Perché troppo comodo dare del diritto ecclesiastico un'immagine di stampo confessionale volta soprattutto verso una visione privilegiaria dello stesso diritto e troppo legato alla tutela del diritto canonico, che per dire la verità non ne avrebbe avuto bisogno, in quanto autonomo rispetto al diritto ecclesiastico e che,

certamente, gli sopravviverà quando il diritto ecclesiastico sarà insegnato dai costituzionalisti e non dagli ecclesiasticisti.

Ho ripreso dalla mia biblioteca, per questo nostro incontro, il volume di Finocchiaro, che avevo fatto rilegare, e ho ritrovato tutte le mie annotazioni e sottolineature che nel tempo lo hanno ampiamente segnato. Ha avuto grande peso nella mia formazione, certamente. L'uguaglianza e la libertà – non soltanto uguaglianza giuridica ma anche matematica, diceva D'Urso, sottolineando il rapporto tra mentalità matematica e giuridica nella logica adoperata – il rapporto tra principio formale e sostanziale di uguaglianza e l'eguale libertà intesa come espressione di pluralismo confessionale sottolineano una nuova sensibilità rispetto alle posizioni giuridiche delle realtà confessionali non cattoliche che costituiva un notevole punto di svolta nella nostra dottrina.

Di Finocchiaro, come tutti voi, ho dei ricordi personali certamente. Siamo stati insieme in ben quattro commissioni di concorso, dal 1998 al 2003, due per professori di prima fascia e due di seconda fascia. Concorsi nei quali ho potuto constatare le sue doti di equanimità e rispetto delle aspettative altrui e forte senso della giustizia. Ma era anche una persona non fredda, ma direi distinta, se si può usare questo termine, cioè che si distingueva dagli altri per l'atteggiamento che usava. Distinta perché sostanzialmente dava a ciascuno il suo e lasciava libero ognuno – a Carmelo D'Urso, cui era molto legato, come a Gaetano Lo Castro e ad Alessandro Albisetti – di coltivare i propri interessi specifici. Ognuno restava se stesso e sviluppava le proprie inclinazioni e impostazioni all'interno di una visione globalmente sistematica del diritto e della scienza giuridica.

Non sta a me, ad ogni modo, dare un giudizio sulla persona, né desidero indugiare nei miei ricordi personali.

Posso solo dire che ciò che più mi colpiva di Finocchiaro era proprio la sistematicità del giurista. Io credo che Finocchiaro non avesse interessi storici, o almeno che non ne avesse più di Catalano. L'intervento di Lo Castro sottolinea come la ricostruzione della storia francese negli ultimi due secoli renda il volume sulla laicità in Francia di Finocchiaro un'opera storico-giuridica. Personalmente non credo che sia una delle opere migliori della produzione di Finocchiaro, anche se è pur sempre uno studio del Finocchiaro. Né aveva, forse tranne che per il matrimonio a cui ha dedicato il grosso studio pubblicato nel *Commentario Scialoja*, interessi canonistici spiccati, forse perché laico, in senso stretto laico e di impostazione positivista.

Finocchiaro è, sicuramente, una delle migliori espressioni del diritto ecclesiastico italiano, un caposcuola, la persona da cui nasce la Scuola siciliana del diritto ecclesiastico e che ancora oggi ci vede qui attorno ad un tavolo a ricordarlo e a celebrarlo.

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate due sentenze, una del T.A.R. per l'Emilia Romagna e un'altra del T.R.G.A. per il Trentino-Alto Adige.

La sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna di Bologna (in merito, vedi in questo numero GIOVANNI CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*) ha sancito che, in virtù dell'art. 96, comma 4 del d.lgs. n. 297 del 1994, non possono essere celebrati riti religiosi nelle strutture scolastiche, in quanto questi per loro natura sono riservati alla sfera individuale dei consociati, mentre ben possono essere organizzati incontri su temi anche religiosi che consentano confronti e riflessioni in ordine a questioni di rilevanza sociale, culturale e civile, idonei a favorire lo sviluppo delle capacità intellettuali e morali della popolazione, soprattutto scolastica, senza con ciò sacrificare la libertà religiosa o comprimere le relative scelte.

La sentenza del T.R.G.A. per il Trentino-Alto Adige di Bolzano tratta della rimozione di un cappellano militare. In questa sentenza viene affermato il difetto di giurisdizione del G.A. sulla decisione dell'autorità ecclesiastica relativa al giudizio di idoneità ecclesiastica di un cappellano militare, in quanto trattasi di una valutazione dell'autorità ecclesiastica, che attiene al solo ordinamento canonico. Rilevato, però, che l'ufficio dell'Ordinario Militare per l'Italia, a differenza del dicastero della Congregazione per il Clero, non può essere considerato *tout court* come ecclesiastico, bensì come ufficio dello Stato, il Collegio ritiene che il giudice amministrativo può sindacare gli “*aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale*” e il “*rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana*”. Nel decidere, poi, la causa nel merito il Tribunale Regionale evidenzia che la “non idoneità ecclesiastica”, essendo diversa dalla “inidoneità agli uffici del grado”, non rientra tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari, elencate tassativamente nel comma 1 dell'art. 1577 del Codice dell'ordinamento militare.

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Sez. I di Bologna, 9 febbraio 2016 n. 166

Utilizzo locali scolastici – Autorizzazione a compiere riti religiosi nei locali scolastici dopo le lezioni – Illegittimità.

Utilizzo locali scolastici – Non ammissibilità per attività di culto – Ammissibilità per attività tese a diffondere conoscenza ed approfondimento circa le religioni.

È illegittimo il provvedimento con il quale il Consiglio di un Istituto scolastico pubblico ha autorizzato lo svolgimento di un rito religioso all'interno degli edifici scolastici, seppur da svolgersi al di fuori dell'orario di lezione (1).

Le attività di culto religioso attengono alle pratiche di esercizio del credo confessionale di ciascun individuo e restano confinate nella sfera intima dei singoli, mentre una rilevanza culturale, non lesiva della libertà religiosa e non incompatibile con il principio di laicità dello Stato – quindi non escludente quanti professano una fede religiosa diversa o sono atei –, hanno tutte le attività che, nel diffondere elementi di conoscenza e approfondimento circa le religioni, la loro storia e le relazioni nel tempo intessute con la comunità, contribuiscono ad arricchire il sapere dei cittadini e ad assecondare in tal modo il progresso della società(2).

Omissis (...)

FATTO e DIRITTO

Richiesto dalla Parrocchia della (...), dalla Parrocchia di (...) e dalla Parrocchia di (...) – tutte con sede in (...) – il permesso di “*compiere, in occasione della prossima S. Pasqua, il rito della Benedizione Pasquale per gli alunni della Scuola di rispettiva competenza. Il rito potrebbe svolgersi al termine delle lezioni di uno degli ultimi giorni precedenti le vacanze pasquali, radunando gli alunni che volessero parteciparvi in un conveniente locale (salone o palestra) ...*”, il Consiglio di Istituto dell'Istituto comprensivo n. 20 di (...) disponeva di “*concedere l'apertura dei locali scolastici di tutti e tre i plessi dell'I.C. 20 per le benedizioni pasquali richieste dai parroci del territorio, con le seguenti modalità: - la benedizione pasquale dovrà avvenire in orario extra scolastico; - gli alunni dovranno essere accompagnati dai familiari, o comunque da un adulto che se ne assume l'onere della sorveglianza*” (v. delib. n. 50/2015 in data 9 febbraio 2015).

Avverso tale provvedimento hanno proposto impugnativa i ricorrenti, alcuni in veste di docenti dei plessi scolastici interessati e altri in quanto genitori di alunni della scuola, oltre ad un'associazione avente quale finalità statutaria la salvaguardia della laicità e aconfessionalità della scuola pubblica.

Assumono che, in quanto rito o atto di culto religioso, la benedizione pasquale cattolica non rientrerebbe né nelle varie forme di attività scolastica (artt. 7 e 10 del d.lgs. n. 297/1994) né nelle iniziative “complementari” ed “integrative” previste dal

d.P.R. n. 567 del 1996, sicché esulerebbe il suo svolgimento dalle competenze dell'istituzione scolastica, chiamata ad occuparsi delle sole attività suscettibili di far parte dell'offerta formativa affidata alle sue cure; ciò anche in quanto la collocazione della pratica religiosa al di fuori dell'orario scolastico e senza obbligo di partecipazione degli alunni, pur apparentemente salvaguardando la libertà religiosa dei componenti della comunità scolastica, otterrebbe comunque l'effetto di accostare l'istituzione al cattolicesimo e di lederne di conseguenza l'imparzialità, la neutralità, la laicità e la acconfessionalità, oltre a condizionare in modo significativo soggetti deboli come gli studenti, senza tenere conto della necessità di evitare qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione (art. 43 d.lgs. n. 286/1998; art. 2 d.lgs. n. 216/2003) e di tutelare diritti fondamentali quali quello alla non discriminazione (artt. 2 e 3 Cost), alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) e di pensiero (art. 21 Cost.). Denunciano, inoltre, l'incompetenza del Consiglio di Istituto, in quanto se anche un atto di culto potesse costituire attività didattico/culturale la questione sarebbe in ogni caso riconducibile alle attribuzioni del Collegio dei docenti (art. 7 d.lgs. n. 297/1994); ove, invece, si trattasse di attività ascrivibile alle iniziative "complementari" o "integrative", sarebbe stato comunque necessario acquisire l'avviso del Collegio dei docenti (art. 4 d.P.R. n. 567/1996). Lamentano, poi, l'assenza di qualsivoglia motivazione della scelta operata. Deducono, infine, l'illogicità e contraddittorietà del deliberato, per l'incertezza delle modalità di attuazione della decisione quanto a locale scolastico interessato, a giorno e ora dell'evento, a sorveglianza degli alunni.

Di qui la richiesta di annullamento dell'atto impugnato.

Successivamente, il Dirigente Scolastico dell'Istituto comprensivo n. 20 di (...) disponeva la *"concessione di un locale scolastico, ai parroci che ne hanno fatto specifica richiesta, Parrocchia (...), per l'espletamento di attività di benedizione pasquale senza fini di lucro nelle giornate riportate in apposita convenzione"* (v. determinazione prot. n. 0001754 A/35 in data 11 marzo 2015), il Consiglio di Istituto individuava date e locali presso le tre strutture scolastiche coinvolte (v. delib. n. 52/2015 in data 12 marzo 2015) e l'Istituto infine sottoscriveva con i tre parroci le relative convenzioni (in data 13 marzo 2015).

Avverso le sopraggiunte determinazioni hanno proposto impugnativa i ricorrenti con atto di "motivi aggiunti" depositato il 19 maggio 2015.

Ripropongono le questioni già dedotte con l'atto introduttivo della lite, replicando altresì alle osservazioni dell'Avvocatura dello Stato circa la possibile riconducibilità della decisione al disposto dell'art. 96 del d.lgs. n. 297 del 1994, così come irrilevante nel caso di specie sarebbe la norma di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 296 del 2005. Insistono, ancora, sull'incompetenza del Consiglio di Istituto o quanto meno sulla mancata acquisizione dell'avviso del Collegio dei docenti, nonché sull'insussistenza della motivazione a corredo delle determinazioni adottate. Imputano, poi, al Dirigente scolastico di avere invocato previsioni normative non applicabili al caso di specie. Deducono, infine, che la determinazione del Dirigente Scolastico risulta in realtà adottata il giorno prima della deliberazione n. 52/2015 del Consiglio di Istituto invocata a proprio fondamento, sicché ne difetterebbe lo stesso presupposto giuridico.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Istituto comprensivo n. 20 di (...), a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, resistendo al gravame.

All'udienza del 27 gennaio 2016, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il Collegio è innanzi tutto chiamato a pronunciarsi sulle eccezioni processuali sollevate dall'Avvocatura dello Stato.

Quanto all'addotta insussistenza di un interesse giuridicamente protetto degli insegnanti a censurare la mera destinazione di alcuni locali ad attività da svolgersi al di fuori dell'orario di servizio scolastico per finalità estranee a quelle di istruzione e formazione e senza adempimenti a carico del personale docente, si tratta di assunto che non tiene in realtà conto della circostanza che gli atti impugnati hanno quale destinataria l'intera comunità scolastica dell'Istituto comprensivo n. 20 di (...), nelle sue varie componenti, tanto da avere il Dirigente Scolastico espressamente avvertito della possibilità di partecipazione anche i docenti e il personale amministrativo (v. nota del 16 marzo 2015). Del resto, lo scopo dell'iniziativa non era quello di reperire dei locali, quali che fossero, per svolgervi attività di culto aperta alla generalità dei praticanti cattolici, quanto piuttosto di coinvolgere nel rito della benedizione pasquale fruitori e componenti dell'istituzione scolastica, *in primis* naturalmente gli alunni, ma anche gli insegnanti e il personale non docente.

Quanto, poi, al denunciato difetto di legittimazione di un'associazione che avrebbe il solo fine statutario della tutela della laicità della scuola pubblica e che dovrebbe dunque restare estranea ad una vicenda riguardante la mera gestione di un edificio per scopi diversi dalle funzioni istituzionali dell'ente scolastico, va evidenziato come oggetto del contendere sia proprio la qualificazione giuridica degli atti impugnati e l'attitudine delle relative determinazioni ad interferire con la libertà religiosa di quanti operano nell'ambito scolastico. Pertanto, sussiste la legittimazione dell'associazione ricorrente a vedere accertato se le scelte compiute dall'Istituto comprensivo n. 20 di (...) siano rispettose delle regole che presidono al rapporto tra istituzioni scolastiche e religione.

Nel merito, va premesso che il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, secondo una costante lettura della Corte costituzionale, non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta piuttosto equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose. Ciò fa sì che anche la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se ed in quanto fatti culturali portatori di valori non in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento e non incoerenti con le comuni regole del vivere civile, non potendo invece la scuola essere coinvolta nella celebrazione di riti religiosi che sono essi sì attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno – secondo scelte private di natura incompressibile – e si rivelano quindi estranei ad un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni.

Orbene, nel fornire un fondamento normativo alla decisione nella fattispecie assunta l'Amministrazione scolastica invoca le previsioni di cui all'art. 96, comma 4 (*"Gli edifici e le attrezzature scolastiche possono essere utilizzati fuori dell'orario del servizio scolastico per attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile ..."*) e comma 6 (*"Nell'ambito delle strutture scolastiche, in orari non dedicati all'attività istituzionale, o nel periodo estivo, possono essere attuate, a norma dell'art. 1 della legge 19 luglio 1991, n. 216, iniziative volte a tutelare e favorire la crescita, la maturazione individuale e la socializzazione della persona di età minore al fine di fronteggiare il rischio di coinvolgimento dei minori in attività criminose"*), del d.lgs. n. 297 del 1994; l'Avvocatura dello Stato, in particolare, insiste sul mero atto di disposizione temporanea dell'uso dei locali, per un loro impiego

estraneo alle funzioni istituzionali, sì che non si tratterebbe di iniziativa contrastante con i compiti propri dell'istituto scolastico, il quale non sarebbe in alcun modo parte delle attività da svolgersi in quei locali e non ne sarebbe neppure il promotore. In realtà – osserva il Collegio – la norma invocata, benché in relazione ad un'utilizzazione della struttura all'infuori dell'orario del servizio scolastico, richiede pur sempre che si tratti di “...attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile ...” (comma 4), ovvero non scinde il nesso con le attribuzioni dell'istituzione che ha in uso i locali, ancorandone la destinazione al raggiungimento di obiettivi che sottintendono la piena partecipazione della comunità scolastica, oltre che della collettività in generale, in funzione di una crescita complessiva improntata all'arricchimento del loro patrimonio culturale, civile e sociale; in quest'ottica, allora, non v'è spazio per riti religiosi – riservati per loro natura alla sfera individuale dei consociati –, mentre ben possono esservi occasioni di incontro che su temi anche religiosi consentano confronti e riflessioni in ordine a questioni di rilevanza sociale, culturale e civile, idonei a favorire lo sviluppo delle capacità intellettuali e morali della popolazione, soprattutto scolastica, senza al contempo sacrificare la libertà religiosa o comprimere le relative scelte. Che un'invalidabile linea di confine sia a tali fini costituita dalla circostanza che si tratti o meno di un atto di culto religioso è del resto confermato da una pronuncia del giudice amministrativo che, chiamato a stabilire se dovesse riconoscersi alla visita pastorale dell'Ordinario diocesano presso le comunità scolastiche un effetto discriminatorio nei confronti dei non appartenenti alla religione cattolica, ha rilevato come, alla luce della definizione contenuta nell'art. 16 della legge n. 222 del 1985, non si trattasse di attività di culto o di cura delle anime ma piuttosto di testimonianza culturale tesa ad evidenziare i contenuti della religione cattolica in vista di una corretta conoscenza della stessa, così come sarebbe stato nel caso di audizione di un esponente di un diverso credo religioso o spirituale (v. Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1911). Nella fattispecie, al contrario, è stato autorizzato un vero e proprio rito religioso da compiersi nei locali della scuola e alla presenza della comunità scolastica, sì che non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 96, comma 4, del d.lgs. n. 297 del 1994, e neppure quella di cui al successivo comma 6, riferito al ben diverso ambito delle iniziative di socializzazione e stimolo della maturazione degli studenti per “...fronteggiare il rischio di coinvolgimento dei minori in attività criminose”.

Né un fondamento normativo può l'Amministrazione scolastica rinvenire nella disposizione di cui all'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 567 del 1996 (“Le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, nell'ambito della propria autonomia, anche mediante accordi di rete ai sensi dell'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, definiscono, promuovono e valutano, in relazione all'età e alla maturità degli studenti, iniziative complementari e integrative dell'iter formativo degli studenti, la creazione di occasioni e spazi di incontro da riservare loro, le modalità di apertura della scuola in relazione alle domande di tipo educativo e culturale provenienti dal territorio, in coerenza con le finalità formative istituzionali”). A fronte della previsione per cui “le iniziative complementari (...) si inseriscono negli obiettivi formativi delle scuole ...” (comma 2) e “le iniziative integrative sono finalizzate ad offrire ai giovani occasioni extracurricolari per la crescita umana e civile e opportunità per un proficuo utilizzo del tempo libero ...” (comma 3), va ribadito che le attività di culto religioso attengono alle pratiche di esercizio del credo confessionale di ciascun individuo e restano confinate nella sfera intima dei singoli, mentre una rilevanza culturale, non lesiva della libertà religiosa e non incompatibile con il principio di laicità dello Stato – quindi non escludente quanti professano una fede religiosa diversa o sono atei –,

hanno tutte le attività che, nel diffondere elementi di conoscenza e approfondimento circa le religioni, la loro storia e le relazioni nel tempo intessute con la comunità, contribuiscono ad arricchire il sapere dei cittadini e ad assecondare in tal modo il progresso della società.

Di qui, assorbite le restanti doglianze, la fondatezza del ricorso e il conseguente annullamento degli atti impugnati.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

(...)

Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa Sezione autonoma di Bolzano, 25 maggio 2016 n. 172

Ufficio dell'Ordinario Militare – Ufficio dello Stato.

Cappellani militari – Valutazione idoneità ecclesiastica – Insindacabile dal G.A. – Valutazione legittimità degli atti di cessazione dal servizio – Sindacabilità del G.A..

Idoneità ecclesiastica – Causa diversa dall'idoneità agli uffici del grado – Causa non rientrante tra quelle di cessazione dal servizio.

L'ufficio dell'Ordinario Militare per l'Italia, a differenza del dicastero della Congregazione per il Clero, non può essere considerato tout court come ecclesiastico, bensì come ufficio dello Stato(1).

La valutazione espressa dall'Ordinario militare circa l'idoneità ecclesiastica del cappellano militare a continuare a svolgere le sue funzioni non è di certo sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, attenendo alla sfera della idoneità pastorale del sacerdote. Il giudice, però, chiamato a valutare la legittimità degli atti di cessazione dal servizio permanente effettivo, può sindacare gli «aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale» e il «rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana»(2).

La non idoneità ecclesiastica non rientra tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari, cause tassativamente previste nel comma 1 dell'art. 1577 del Codice dell'ordinamento militare ed è causa diversa dall'idoneità «agli uffici del grado»(3).

Omissis (...)

FATTO

Il ricorrente, sacerdote cattolico, espone di essere stato nominato Cappellano Militare addetto di completamento con decreto del Presidente della Repubblica del (...), su designazione dell'Ordinario Militare per l'Italia (doc. 3 del ricorrente).

Dopo avere svolto una missione in Bosnia (...), con provvedimento del (...), veniva trasferito a (...), presso il Comando Militare Esercito Trentino Alto Adige, con estensione dell'incarico (...).

In data (...) il ricorrente veniva nominato Cappellano Militare addetto in servizio permanente, assimilato al grado di tenente, con decorrenza dal (...).

Dopo aver svolto un'altra missione all'estero, in Kosovo (...), con provvedimento del (...), veniva trasferito d'autorità al (...) (doc. 4 del ricorrente).

Con provvedimento del (...) il ricorrente veniva promosso, per anzianità, a Cappellano Militare Capo, assimilato al grado di capitano, con decorrenza (...) (doc. 5 del ricorrente).

In data 2 luglio 2015 l'Ordinario Militare per l'Italia, (...), preso atto "della decisione della Superiore Autorità della Chiesa Cattolica, Congregatio Pro Clericis (Congregazione per il Clero) datata 2.7.2015", che aveva "giudicato" il ricorrente "non i-OMISSIS-eo a proseguire il servizio presso codesto Ordinariato Militare", disponeva, con effetto immediato, "il termine del servizio di Cappellano Militare" del ricorrente e chiedeva alla Direzione Generale della Previdenza Militare di "sancire quanto sopra disposto", ritenendo insindacabile la decisione della Superiore Autorità Ecclesiastica (doc.ti 1 e 2 dell'Amministrazione).

Con provvedimento dell'8 luglio 2015 il Direttore Generale in S.V. della Previdenza militare e della leva comunicava al Reggimento (...) che "con decreto in corso di perfezionamento" il ricorrente sarebbe cessato dal servizio e collocato nella riserva, con effetti dal 2 luglio 2015, "in quanto giudicato non i-OMISSIS-eo a proseguire il servizio presso l'Ordinario Militare ai sensi dell'art. 1581 del D. Lgs. 15.3.2010, n. 66" (doc. 3 dell'Amministrazione).

Infine, con decreto ministeriale del 6 luglio 2015 (registrato dalla Ragioneria Generale dello Stato il 5 agosto 2015) veniva disposta la cessazione dal servizio permanente del ricorrente e il suo collocamento nella riserva, ai sensi dell'art. 1581 del D. Lgs. n. 66 del 2010, con effetti dal 2 luglio 2015 (doc. 1 dell'Amministrazione).

A fondamento del ricorso sono stati dedotti i seguenti motivi:

1. "Violazione e falsa applicazione dell'art. 733, comma 3, del D.p.r. 90/2010, degli artt. 1533, 1547, 1548, 1549, 1557, 1577 in relazione all'art. 931, comma 5, 1581 e 1583 del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed eccesso di potere per motivazione carente, illogicità e contraddittorietà manifeste ed arbitrarietà";

2. "Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990, in relazione all'art. 123 della costituzione apostolica Pastor Bonus sulla Curia Romana, promulgata da San Giovanni Paolo II il 28 giugno 1988 ed eccesso di potere per motivazione errata e perplessa, avendo fondato l'Arcivescovo Ordinario Militare per l'Italia il proprio provvedimento su una pretesa insindacabilità della decisione della Superiore autorità Ecclesiastica nel mentre il provvedimento richiamato a giustificazione della cessazione dal Servizio è impugnabile avanti al Supremo Tribunale della Segnatura apostolica";

3. "Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 21bis della legge 7.8.1990, n. 241, per mancata messa a disposizione del provvedimento richiamato, mancata comunicazione dell'avvio di procedimento e per violazione del principio di irretroattività degli atti amministrativi limitativi della sfera giuridica del destinatari";

4. "Violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della Costituzione, dell'art. 12 del D.P.R. 31 luglio 1995, n. 394 ed eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, per non avere l'Ordinario Militare rispettato le "leggi dello Stato", nonostante espressa disposizione della Congregazione per il Clero".

Il ricorrente, oltre all'annullamento degli atti impugnati, ha chiesto l'accertamento del proprio diritto a permanere in servizio permanente effettivo quale Cappellano Militare Capo presso il Reggimento (...).

Con decreto n. 115/15, depositato il 22 luglio 2015, il Presidente del Tribunale ha sospeso, in via provvisoria, fino alla data della camera di consiglio fissata per il 25 agosto 2015, l'efficacia del provvedimento impugnato indicato in epigrafe sub 2.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile nella parte in cui impugna direttamente (o quale atto presupposto) l'atto dell'autorità ecclesiastica con il quale è stata disconosciuta l'i-OMISSIS-eità ecclesiastico - sacerdotale del ricorrente e, comunque, rigettato con

tutte le domande ivi formulate, in quanto infondate.

In vista dell'udienza in camera di consiglio il procuratore del ricorrente ha depositato una memoria, nella quale ha insistito per il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dei provvedimenti adottati dall'Ordinario Militare per l'Italia e per l'accoglimento dell'istanza cautelare.

Con ordinanza n. 131/15, depositata il 25 agosto 2015, il Collegio ha accolto parzialmente l'istanza cautelare, disponendo la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti indicati in epigrafe sub 1, 2 e 4.

Con atto recante motivi aggiunti il ricorrente ha impugnato il decreto della Direzione Generale del Ministero della Difesa del 6 luglio 2015 (già impugnato con il ricorso introduttivo, nonostante il ricorrente non ne conoscesse il contenuto, in quanto registrato dalla Ragioneria Generale dello Stato solo il 5 agosto 2015). Preso atto anche della decisione della Congregatio Pro Clericis (Congregazione per il Clero) del 7 settembre 2015, intervenuta nelle more del giudizio sul "ricorso" presentato dallo stesso ricorrente in via amministrativa l'8 luglio 2015 contro il "provvedimento" della stessa Congregazione del 2 luglio 2015, il ricorrente ha dedotto il seguente ulteriore motivo:

5. "Violazione e falsa applicazione degli artt. 1533, 1577 e 1581 del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed eccesso di potere per motivazione inesistente, errata e contraddittoria, eccesso di potere per sviamento, avendo ritenuto esistente ed efficace (per avere ritenuto l'esistenza e efficacia di) un provvedimento che tale non era. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione all'art. 2 D.l.t. 30.6.2011, n. 123 ed eccesso di potere per avere attribuito un'efficacia retroattiva al provvedimento di cessazione dal servizio, nonché degli artt. 21septies e 21octies Legge 7 agosto 1990, n. 241 ed eccesso di potere per nullità del provvedimento, per mancanza degli elementi essenziali - rispettivamente difetto assoluto di attribuzione - eccesso di potere per inesistenza del provvedimento presupposto".

La difesa dell'Amministrazione, in data 18 settembre 2015, ha depositato una memoria difensiva, insistendo nelle proprie conclusioni.
(...).

All'udienza pubblica del 20 aprile 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. (...).

2. Vanno esaminate, dapprima, le eccezioni di rito sollevate dalla difesa dell'Amministrazione.

2.1. Sotto un primo profilo, con riferimento all'impugnazione della "decisione" ecclesiastica, adottata dalla Congregazione per il Clero della Chiesa Cattolica in ordine al giudizio di ini-OMISSIS-eità del ricorrente a svolgere le funzioni di cappellano militare, la difesa ministeriale ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla valutazione espressa dall'autorità ecclesiastica, riservata alla giurisdizione ecclesiastica.

Il giudizio in ordine alla non i-OMISSIS-eità ecclesiastica del cappellano militare sarebbe insindacabile nel merito sia dall'autorità amministrativa, sia dal giudice amministrativo, in quanto attinente all'ordinamento della Chiesa Cattolica.

L'eccezione è parzialmente fondata.

L'art. 1547 del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare) stabilisce che *"lo stato giuridico dei cappellani militari è costituito dal loro stato di*

sacerdoti cattolici e dal complesso dei doveri e diritti inerenti al grado di cappellano militare, secondo le disposizioni del presente codice”.

La nomina dei cappellani militari è effettuata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della Difesa, previa designazione dell'Ordinario militare. Ai fini della nomina i sacerdoti cattolici devono possedere il godimento dei diritti politici e la i-OMISSIS-eità all'incondizionato servizio militare (artt. 1548 e 1549 del citato Codice).

L'art. 1557 del D. Lgs. n. 66 del 2010 dispone al comma 1 che *“l'autorità dalla quale il cappellano militare direttamente dipende, redige alla fine di ogni anno un rapporto informativo nei riguardi del cappellano militare stesso; il rapporto è altresì redatto se cambia o cessa l'anzidetta dipendenza”* e al comma 2 che *“l'Ordinario militare o, per sua delega, il Vicario generale militare, sulla base del rapporto informativo e di ogni altro elemento a disposizione, compila, entro il mese di gennaio dell'anno successivo, le note caratteristiche per ciascun cappellano militare, integrate da un giudizio complessivo espresso con le qualifiche ‘ottimo’, ‘buono’, ‘mediocre’, ‘insufficiente’”.*

L'art. 1560 specifica che *“l'impiego consiste nell'esercizio del ministero sacerdotale in qualità di cappellano militare”* (comma 1) e che *“..non può essere tolto o sospeso se non nei casi e nei modi stabiliti dal presente codice”* (comma 2).

Le norme sopra riportate sanciscono, nel rispetto del principio dell'indipendenza e della sovranità reciproca dello Stato e della Chiesa Cattolica di cui all'art. 8 della Costituzione, una netta separazione tra l'attività riferibile direttamente all'ordinamento giuridico italiano e quella attinente al servizio spirituale in senso stretto, espressione dell'ordinamento della Chiesa Cattolica, alla quale appartengono i sacerdoti.

Ciò chiarito, rileva il Collegio che l'impugnazione dell'atto indicato in epigrafe sub 3 (*“decisione”* della Congregazione per il Clero del 2 luglio 2015) è inammissibile, per difetto di giurisdizione, essendo tale atto adottato da un'autorità ecclesiastica, che esercita le proprie funzioni esclusivamente nell'ambito della Chiesa Cattolica.

Per completezza va precisato che, nelle more del giudizio, la Congregazione per il Clero, con nota del Prefetto del 7 settembre 2015, ha chiarito che l'impugnata precedente nota del 2 luglio 2015 della stessa Congregazione non ha natura provvedimentale (*“non si tratta di un decreto..., bensì di un aiuto offerto da questo Dicastero a S.E. Mons. Santo Marciandò”*) (cfr. doc. 1 depositato dal ricorrente il 4 novembre 2015).

È invece da ritenersi ammissibile, nei limiti di seguito meglio precisati, l'impugnazione dell'atto indicato in epigrafe sub 1 (provvedimento dell'Ordinario Militare per l'Italia del 2 luglio 2015), in quanto atto presupposto dei provvedimenti di cessazione dal servizio permanente, adottati dal Direttore Generale in S.V. della Previdenza militare e della leva del Ministero della Difesa (indicati in epigrafe sub 2 e 4).

L'ufficio dell'Ordinario Militare per l'Italia, a differenza del dicastero della Congregazione per il Clero, non può invero essere considerato *tout court* come ecclesiastico, bensì come ufficio dello Stato, nell'ambito del quadro normativo sopra descritto.

Orbene, la valutazione espressa dall'Ordinario militare circa l'i-OMISSIS-eità ecclesiastica del cappellano militare a continuare a svolgere le sue funzioni non è di certo sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, attenendo alla sfera della i-OMISSIS-eità pastorale del sacerdote. Nondimeno, ad avviso del Collegio, lo stesso giudice, chiamato a valutare la legittimità degli atti di cessazione dal servizio permanente effettivo, può sindacare gli *“aspetti estrinseci del procedimento di formazione e manifestazione della volontà provvedimentale”* e il *“rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dalla normativa italiana”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 agosto 2006, n. 4783).

Più recentemente, il TAR per il Lazio, Sez. Ibis, nella sentenza n. 8260 del 2 ottobre 2012, ha chiarito che “...i cappellani militari debbono essere considerati a tutti gli effetti militari; il loro status... è quello proprio dei militari. Nell'attuale regime concordatario, gli atti assunti dall'autorità ecclesiastica (id est, ordinario militare) esplicano efficacia nell'ambito dell'ordinamento statale vincolando, nel contempo, le successive determinazioni dell'autorità militare. I provvedimenti emanati dalle superiori autorità ecclesiastiche, che sui cappellani militari esercitano la propria giurisdizione ecclesiastica, devono considerarsi, in forza del regime concordatario..., alla stregua di atti provenienti da soggetti incardinati funzionalmente nella struttura del Ministero della Difesa. Va, pertanto, riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dei provvedimenti emanati dall'ordinamento militare per l'Italia, trattandosi di atti oggettivamente e soggettivamente amministrativi”.

Pertanto, l'impugnazione del provvedimento adottato dalla Congregazione per il Clero della Chiesa Cattolica deve ritenersi inammissibile, per difetto di giurisdizione, mentre l'impugnazione degli altri atti, nei limiti sopra descritti deve ritenersi ammissibile.

2.2. La difesa dell'Amministrazione eccepisce, inoltre, l'inammissibilità del ricorso introduttivo, in quanto non sarebbe stato impugnato il provvedimento definitivo di cessazione dal servizio permanente del ricorrente (decreto ministeriale del 6 luglio 2015).

L'eccezione va disattesa.

Nel ricorso introduttivo, notificato il 17 luglio 2015, il ricorrente ha impugnato formalmente (sub n. 4) anche il “non conosciuto decreto ‘in corso di perfezionamento’, richiamato sub provvedimento 2”. Ad abundantiam, il decreto della Direzione Generale della Previdenza militare e della leva del 6 luglio 2015 (registrato dalla Ragioneria Generale dello Stato il 5 agosto 2015), è stato tempestivamente di nuovo impugnato, dopo il suo perfezionamento, con l'atto recante motivi aggiunti notificato alla controparte il 28 ottobre 2015.

3. Nel merito, nei limiti suddetti, il ricorso è fondato.

3.1. Con il primo motivo il ricorrente lamenta, anzitutto, che sarebbe stato privato del grado e della carica rivestiti, venendo indicato come semplice sacerdote, anziché come cappellano militare Capo in S.p.e., in violazione dell'art. 733, comma 3, del D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90. In secondo luogo, il ricorrente lamenta la violazione degli artt. 1577 e 1581 del D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 66: la “non i-OMISSIS-eità ecclesiastica” non sarebbe prevista tra le cause tassativamente elencate nel comma 1 del citato art. 1577 (che prevede, invece, alla lettera c, la “ini-OMISSIS-eità agli uffici del grado”). Inoltre, il comma 2 dell'art. 1577 dispone che il provvedimento di cessazione dal servizio permanente sia “adottato con decreto del Ministro della difesa”. In terzo luogo, ai sensi del comma 1 del citato art. 1581, presupposto per la cessazione dal servizio permanente è il giudizio da parte dell'Ordinario Militare, giudizio che deve essere approvato dal Ministro, in ordine alla non i-OMISSIS-eità agli uffici del grado, mentre nel caso di specie l'Ordinario Militare non ha espresso alcun giudizio proprio, limitandosi a prendere atto di una “decisione” della Congregazione per il Clero della Chiesa Cattolica. Inoltre, l'approvazione del Ministro sarebbe da considerarsi *condicio sine qua non* di legittimità e di efficacia dell'atto di cessazione dal servizio permanente, mentre nel caso concreto il ricorrente sarebbe stato allontanato dal suo posto di lavoro in assenza di tale approvazione.

Con il motivo aggiunto il ricorrente ha sviluppato le censure di cui sopra, rilevando che tutti i provvedimenti impugnati richiamerebbero, a fondamento della decisione

di fare cessare il ricorrente dal servizio permanente, una presunta “decisione” della Congregazione per il Clero del 2 luglio 2015 sulla sua asserita non i-OMISSIS-eità ecclesiastica; ma la stessa Congregazione, nelle more del giudizio, avrebbe chiarito di non avere adottato alcuna “decisione”, essendosi limitata a fornire un aiuto all’Ordinario Militare, (...), esprimendo una mera valutazione ecclesiastica.

Le doglianze, che si prestano a un esame congiunto, sono fondate nei limiti indicati.

L’art. 1577 del citato Codice dell’ordinamento militare (“Cause di cessazione dal servizio permanente”) stabilisce quanto segue: “1. *Il cappellano militare cessa dal servizio permanente per il verificarsi di una delle seguenti cause:*

- a) età;
- b) infermità;
- c) ini-OMISSIS-eità agli uffici del grado;
- d) domanda;
- e) d’autorità;
- f) elevazione alla dignità vescovile;
- g) perdita del grado.

2. *Il provvedimento di cessazione dal servizio permanente è adottato con decreto del Ministro della difesa. Se il provvedimento è disposto a domanda, ne è fatta menzione nel decreto.*

3. *Si applica il disposto dell’articolo 923, comma 5”.*

Osserva il Collegio che, nel caso di specie, gli atti impugnati non fanno riferimento ad alcuna delle suddette cause di cessazione dal servizio permanente dei Cappellani militari, previste dal legislatore.

In particolare, la nota dell’Ordinario Militare per l’Italia del 2 luglio 2015, nell’oggetto, fa riferimento alla “non i-OMISSIS-eità ecclesiastica” del ricorrente a svolgere il compito di Cappellano militare e, nella motivazione, si limita a prendere atto della “decisione della Superiore Autorità della Chiesa Cattolica, Congregatio Pro Clericis (Congregazione per il Clero), datata 2.7.2015”, che “ha giudicato” il ricorrente “non i-OMISSIS-eo a proseguire il servizio presso codesto Ordinariato Militare”.

Ebbene, la “non i-OMISSIS-eità ecclesiastica” non rientra tra le cause di cessazione dal servizio permanente dei cappellani militari sopra elencate, da ritenersi tassative.

A sua volta, il decreto ministeriale definitivo del 7 luglio 2015, nelle premesse, si limita ad affermare che il ricorrente è stato “giudicato non i-OMISSIS-eo a proseguire il servizio presso l’Ordinario Militare”, senza fare riferimento espresso ad alcuna delle cause di cessazione di cui al comma 1 del citato art. 1577 del Codice dell’ordinamento militare.

Quest’ultimo decreto, nella parte dispositiva, richiama l’art. 1581 dello stesso Codice (“Cessazione dal servizio permanente per non i-OMISSIS-eità agli uffici del grado”), il quale così recita: “1. *il cappellano militare, che su giudizio dell’Ordinario militare, approvato dal Ministro, risulta non i-OMISSIS-eo agli uffici del grado, cessa dal servizio permanente ed è collocato nella riserva o in congedo assoluto*”.

Rileva il Collegio che l’articolo citato disciplina la causa di cessazione dal servizio prevista alla lettera c) del comma 1 dell’art. 1577, cioè l’ini-OMISSIS-eità “agli uffici del grado”, diversa dalla ini-OMISSIS-eità “ecclesiastica”, cui fa riferimento l’Ordinario Militare nella nota del 2 luglio 2015.

Ma vi è di più: anche volendo considerare applicata la causa di ini-OMISSIS-eità agli uffici del grado, il procedimento sarebbe comunque viziato, in quanto l’art. 1577 richiede quale presupposto per la cessazione il “giudizio dell’Ordinario militare”.

Nel caso di specie, il decreto definitivo ministeriale non richiama la nota dell’Ord-

nario Militare del 2 luglio 2015, ma “la disposizione della Congregatio Pro Clericis”, sempre del 2 luglio 2015, che però non può rilevare ai fini dell’applicazione della norma citata.

Peraltro, quand’anche la nota dell’Ordinario Militare fosse stata richiamata nel decreto finale, il procedimento sarebbe comunque viziato, dato che quest’ultima nota non contiene il prescritto autonomo giudizio dell’Ordinario militare sulla non i-OMISSIS-eità agli uffici del grado, che va poi “approvato dal Ministro”.

Invero, la nota dell’Ordinario Militare, come già detto, si limita a prendere atto di un giudizio, peraltro esclusivamente ecclesiastico, di un’autorità non appartenente allo Stato italiano. Inoltre, manca anche la prescritta approvazione della non i-OMISSIS-eità agli uffici di grado da parte del Ministro della Difesa.

Per tutte le ragioni espresse, assorbita ogni altra censura, la domanda di annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo e con l’atto recante motivi aggiunti è fondata, con conseguente annullamento degli atti impugnati, nei limiti indicati sub 2.

4. Va accolta, di conseguenza, anche la domanda, formulata dal ricorrente in via giurisdizionale esclusiva di pubblico impiego militare, di accertamento del diritto del ricorrente a permanere in servizio permanente effettivo quale Cappellano Militare Capo presso il Reggimento (...).

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso e sull’atto recante motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- dichiara inammissibile il ricorso con riferimento all’impugnazione dell’atto indicato nel ricorso introduttivo sub n. 3, come da motivazione;

- accoglie per il resto la domanda di annullamento di cui al ricorso e all’atto recante motivi aggiunti e, di conseguenza, annulla gli altri atti ivi impugnati, come da motivazione;

- accerta il diritto del ricorrente a permanere in servizio permanente effettivo quale Cappellano Militare Capo presso il reggimento (...).

Presentazione

Continua l'incessante attività di riforma del Regnante Pontefice Francesco. Anche in questo numero della Rivista trovano spazio alcuni importanti provvedimenti che incidono su varie materie interessate dall'attività legislativa, che sta incidendo in modo considerevole sulla vita della Chiesa.

Tre documenti, due Lettere Apostoliche in forma di *Motu Proprio*, in materia economico – finanziaria e in materia di rimozione da un Ufficio ecclesiastico per cause gravi, uno dei temi più delicati della vita della Chiesa al giorno d'oggi, in particolare la negligenza dei Vescovi rispetto alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili vittime di abusi sessuali, e poi lo Statuto del Dicastero per i laici, la famiglia e la vita.

Nella parte giurisprudenziale, la Rivista pubblica una importante sentenza della Rota romana in tema di timore.

Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco *I Beni Temporal*

Circa Alcune Competenze In Materia Economica-Finanziaria

I beni temporal che la Chiesa possiede sono destinati a conseguire i suoi fini e cioè il culto divino, l'onesto sostentamento del clero, l'apostolato e le opere di carità, specialmente a servizio dei poveri (cfr. can. 1254 § 2 C.I.C.). La Chiesa, di conseguenza, sente la responsabilità di porre la massima attenzione affinché l'amministrazione delle proprie risorse economiche sia sempre al servizio di tali fini.

Per questo motivo la Santa Sede presta un'attenzione particolare alla vigilanza sulla amministrazione del proprio patrimonio. A tale scopo, il 24 febbraio 2014 ho istituito, con il Motu Proprio *Fidelis dispensator et prudens*, tre nuovi organismi, cioè il Consiglio per l'Economia, la Segreteria per l'Economia e l'Ufficio del Revisore Generale, stabilendo le competenze di ciascuno. In seguito, il 22 febbraio 2015 ho approvato *ad experimentum* gli Statuti dei citati organismi.

Il tempo da allora trascorso e l'esperienza di attuazione pratica degli Statuti hanno evidenziato la necessità di intervenire ulteriormente in vista di una loro corretta interpretazione e concreta applicazione, alla luce delle competenze fondamentali già stabilite nella Lettera *Fidelis dispensator et prudens*. In particolare, si è manifestata la necessità di delineare meglio i rispettivi ambiti di attività tra la Segreteria per l'Economia e l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, il loro modo di procedere ed il reciproco coordinamento.

Con la presente Lettera, precisando quanto stabilito e modificando quanto appare necessario emendare, intendo ribadire la direttiva fondamentale che è necessario separare in maniera netta e inequivocabile la gestione diretta del patrimonio dal controllo e vigilanza sull'attività di gestione. A tale scopo, è della massima importanza che gli organismi di vigilanza siano separati da quelli vigilati. Segue, come prima regola, la *summa divisio* delle competenze tra Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica e Segreteria per l'Economia, nel senso che alla prima compete l'amministrazione dei beni e la gestione finanziaria; alla seconda il controllo e la vigilanza sull'attività di amministrazione e gestione.

Di conseguenza, dopo aver esaminato con cura la materia in questione ed essermi debitamente consultato, stabilisco quanto segue:

1. Alla *Sezione per il controllo e la vigilanza* della Segreteria per l'Economia spetta il controllo e la vigilanza sull'attività dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica. Ciò consiste:

a) nell'emanare i decreti esecutivi generali e le istruzioni, a norma dell'art. 6 § 1 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, dopo aver svolto l'adeguata consultazione prevista dall'art. 7 del medesimo Statuto;

b) nel fornire l'assistenza ed il supporto di cui all'art. 6 § 2 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

c) nello svolgere tutte le attività di monitoraggio, verifica, analisi e proposta a norma dell'art. 8 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

d) nel sottoporre annualmente al Consiglio per l'Economia il bilancio preventivo e consuntivo dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica, a norma

dell'art. 9 § 1 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

e) nel formulare raccomandazioni e/o chiedere informazioni e documentazione ai sensi dell'art. 9 § 2 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

f) nell'approvare, in base ai criteri stabiliti dalla Superiore Autorità a norma dell'art. 11 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, ogni atto di alienazione, di acquisto o di straordinaria amministrazione posto in essere dall'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica;

g) nel curare che siano adottate adeguate misure correttive, ogniquale volta venga a conoscenza di possibili danni al patrimonio, a norma dell'art. 12 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

h) nel richiedere all'Ufficio del Revisore Generale di effettuare revisioni specifiche a norma dell'art. 13 dello Statuto della Segreteria per l'Economia;

i) nello svolgere quanto previsto dall'art. 14 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, circa lo scambio di informazioni di natura fiscale che possa coinvolgere l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

2. Alla *Sezione Amministrativa* della Segreteria per l'Economia compete, con riferimento all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica:

a) formulare linee guida, modelli, procedure e indicare le migliori prassi in materia di appalti, a norma dell'art. 15 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, che l'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica deve seguire nell'acquisizione di beni e servizi, per se stessa e per i Dicasteri ed Istituzioni che ad essa si rivolgono;

b) adempiere — ferme restando le competenze proprie della Segreteria di Stato — tutto quanto riguarda il personale a norma dell'art. 16 dello Statuto della Segreteria per l'Economia, salvo il pagamento degli stipendi, che continuerà ad essere affidato all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica;

c) curare il rispetto delle normative vigenti, compreso il riferimento ai parametri retributivi per il personale;

d) fornire assistenza, in conformità ai rispettivi Statuti, al Fondo Pensioni ed al Fondo di Assistenza Sanitaria, a norma dell'art. 18 dello Statuto della Segreteria per l'Economia.

3. All'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica spetta:

a) amministrare il patrimonio mobiliare ed immobiliare della Santa Sede e quello degli enti che ad essa hanno affidato i propri beni, a norma del testo novellato dell'art. 172 della *Pastor Bonus* (cfr. art. 1 del Motu proprio *Confermando una tradizione plurisecolare*, dell'8 luglio 2014);

b) acquistare beni e servizi dai fornitori esterni per se stessa, per i Dicasteri della Santa Sede e per le Istituzioni collegate, in conformità a procedure e appropriati controlli interni, fermo restando quanto sopra al punto 2 a);

c) pagare le relative fatture, acquisendone l'originale, e contabilizzarle nel bilancio di ciascun Dicastero, seguendo la metodologia indicata dalla Segreteria per l'Economia;

d) svolgere il servizio di tesoreria, pagando gli stipendi al personale; spetta perciò alla Segreteria per l'Economia elaborare gli stipendi, spetta all'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica il pagamento;

e) seguire le norme e le linee guida date dalla Segreteria per l'Economia nel tenere la contabilità e nel redigere i bilanci;

f) redigere il proprio bilancio, separato da quello dei Dicasteri, di modo che ciascuno abbia contabilità e bilanci distinti, benché tutti debbano seguire la metodologia indicata dalla Segreteria per l'Economia;

g) disporre del personale ausiliario per i servizi ai Dicasteri della Santa Sede e per la manutenzione degli immobili;

h) avere la responsabilità della *Peregrinatio ad Petri Sedem*.

4. Alla luce di quanto sopra, abrogo l'art. 17 dello Statuto della Segreteria per l'Economia.

5. Per l'attuazione di quanto sopra stabilito, confido nella reciproca collaborazione dei Superiori dei due Dicasteri interessati. Eventuali questioni che dovessero sorgere saranno sottoposte alle decisioni di un mio Delegato, affiancato da collaboratori.

Quanto ho deliberato con questa Lettera Apostolica data *Motu Proprio*, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato tramite pubblicazione sul quotidiano "L'Osservatore Romano" ed entri in vigore il giorno stesso, prima di essere pubblicato nel Commentario ufficiale *Acta Apostolicae Sedis*.

Dal Vaticano, il 4 luglio 2016, quarto di Pontificato

Francesco P.P.

Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco *Come una Madre Amorevole*

Come una madre amorevole la Chiesa ama tutti i suoi figli, ma cura e protegge con un affetto particolarissimo quelli più piccoli e indifesi: si tratta di un compito che Cristo stesso affida a tutta la Comunità cristiana nel suo insieme. Consapevole di ciò, la Chiesa dedica una cura vigilante alla protezione dei bambini e degli adulti vulnerabili.

Tale compito di protezione e di cura spetta alla Chiesa tutta, ma è specialmente attraverso i suoi Pastori che esso deve essere esercitato. Pertanto i Vescovi diocesani, gli Eparchi e coloro che hanno la responsabilità di una Chiesa particolare, devono impiegare una particolare diligenza nel proteggere coloro che sono i più deboli tra le persone loro affidate.

Il Diritto canonico già prevede la possibilità della rimozione dall'ufficio ecclesiastico "per cause gravi": ciò riguarda anche i Vescovi diocesani, gli Eparchi e coloro che ad essi sono equiparati dal diritto (cfr can. 193 §1 CIC; can. 975 §1 CCEO). Con la presente Lettera intendo precisare che tra le dette "cause gravi" è compresa la negligenza dei Vescovi nell'esercizio del loro ufficio, in particolare relativamente ai casi di abusi sessuali compiuti su minori ed adulti vulnerabili, previsti dal MP *Sacramentorum Sanctitatis Tutela* promulgato da San Giovanni Paolo II ed emendato dal mio amato predecessore Benedetto XVI. In tali casi si osserverà la seguente procedura.

Art. 1

§ 1. Il Vescovo diocesano o l'Eparca, o colui che, anche se a titolo temporaneo, ha la responsabilità di una Chiesa particolare, o di un'altra comunità di fedeli ad essa equiparata ai sensi del can. 368 CIC e del can. 313 CCEO, può essere legittimamente rimosso dal suo incarico, se abbia, per negligenza, posto od omesso atti che abbiano provocato un danno grave ad altri, sia che si tratti di persone fisiche, sia che si tratti di una comunità nel suo insieme. Il danno può essere fisico, morale, spirituale o patrimoniale.

§ 2. Il Vescovo diocesano o l'Eparca può essere rimosso solamente se egli abbia oggettivamente mancato in maniera molto grave alla diligenza che gli è richiesta dal suo ufficio pastorale, anche senza grave colpa morale da parte sua.

§ 3. Nel caso si tratti di abusi su minori o su adulti vulnerabili è sufficiente che la mancanza di diligenza sia grave.

§ 4. Al Vescovo diocesano e all'Eparca sono equiparati i Superiori Maggiori degli Istituti religiosi e delle Società di vita apostolica di diritto pontificio.

Articolo 2

§ 1. In tutti i casi nei quali appaiano seri indizi di quanto previsto dall'articolo precedente, la competente Congregazione della Curia romana può iniziare un'indagine in merito, dandone notizia all'interessato e dandogli la possibilità di produrre documenti e testimonianze.

§ 2. Al Vescovo sarà data la possibilità di difendersi, cosa che egli potrà fare con i mezzi previsti dal diritto. Tutti i passaggi dell'inchiesta gli saranno comunicati e gli sarà sempre data la possibilità di incontrare i Superiori della Congregazione. Detto incontro, se il Vescovo non ne prende l'iniziativa, sarà proposto dal Dicastero stesso.

§3. In seguito agli argomenti presentati dal Vescovo la Congregazione può decidere un'indagine supplementare.

Articolo 3

§1. Prima di prendere la propria decisione la Congregazione potrà incontrare, secondo l'opportunità, altri Vescovi o Eparchi appartenenti alla Conferenza episcopale, o al Sinodo dei Vescovi della Chiesa *sui iuris*, della quale fa parte il Vescovo o l'Eparcha interessato, al fine di discutere sul caso.

§2. La Congregazione assume le sue determinazioni riunita in Sessione ordinaria.

Articolo 4

Qualora ritenga opportuna la rimozione del Vescovo, la Congregazione stabilirà, in base alle circostanze del caso, se:

1°. dare, nel più breve tempo possibile, il decreto di rimozione;

2°. esortare fraternamente il Vescovo a presentare la sua rinuncia in un termine di 15 giorni. Se il Vescovo non dà la sua risposta nel termine previsto, la Congregazione potrà emettere il decreto di rimozione.

Articolo 5

La decisione della Congregazione di cui agli artt. 3-4 deve essere sottomessa all'approvazione specifica del Romano Pontefice, il Quale, prima di assumere una decisione definitiva, si farà assistere da un apposito Collegio di giuristi, all'uopo designati.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera Apostolica data *Motu Proprio*, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga pubblicato nel commentario ufficiale *Acta Apostolicae Sedis* e promulgato sul quotidiano "*L'Osservatore Romano*" entrando in vigore il giorno 5 settembre 2016.

Dal Vaticano, 4 giugno 2016

Francesco P.P.

Papa Francesco Statuto del dicastero per i laici, la famiglia e la vita

Art 1

Il Dicastero è competente in quelle materie che sono di pertinenza della Sede Apostolica per la promozione della vita e dell'apostolato dei fedeli laici, per la cura pastorale della famiglia e della sua missione, secondo il disegno di Dio e per la tutela e il sostegno della vita umana.

Art 2

§ 1. Il Dicastero è presieduto dal Prefetto, coadiuvato da un Segretario, che potrebbe essere laico, e da tre Sotto-Segretari laici, ed è dotato di un congruo numero di Officiali, chierici e laici, scelti, per quanto è possibile, dalle diverse regioni del mondo, secondo le norme vigenti della Curia Romana.

§ 2. Il Dicastero è articolato in tre Sezioni: per i fedeli laici, per la famiglia e per la vita, presiedute ciascuna da un Sotto-Segretario.

Art 3

§ 1. Il Dicastero ha propri membri, tra cui fedeli laici, uomini e donne, celibi e coniugati, impegnati nei diversi campi di attività e provenienti dalle diverse parti del mondo, così che rispecchino il carattere universale della Chiesa.

§ 2. Dispone di propri Consultori.

§ 3. Il Dicastero segue in tutto le norme stabilite per la Curia Romana.

Art 4

Promuove e organizza convegni internazionali e altre iniziative sia attinenti all'apostolato dei laici, all'istituzione matrimoniale e alla realtà della famiglia e della vita nell'ambito ecclesiale, sia inerenti le condizioni umane e sociali del laicato, dell'istituto familiare e della vita umana nell'ambito della società.

Sezione per i fedeli laici

Art. 5

Spetta al Dicastero animare e incoraggiare la promozione della vocazione e della missione dei fedeli laici nella Chiesa e nel mondo, come singoli, coniugati o no, e altresì come membri appartenenti ad associazioni, movimenti, comunità. Esso, inoltre, promuove studi per contribuire all'approfondimento dottrinale delle tematiche e delle questioni riguardanti i fedeli laici.

Art. 6

§ 1. Favorisce nei fedeli laici la coscienza della corresponsabilità, in forza del Battesimo, per la vita e la missione della Chiesa, secondo i diversi carismi ricevuti per l'edificazione comune, con una particolare attenzione alla peculiare missione dei fedeli laici di animare e perfezionare l'ordine delle realtà temporali (cfr *LG*, 31).

§ 2. Nello spirito della costituzione pastorale *Gaudium et spes*, che invita a fare proprie "le gioie e le speranze le tristezze e le angosce degli uomini di oggi", promuove

ve tutte le iniziative che riguardano l'azione evangelizzatrice dei fedeli laici nei vari settori delle realtà temporali, tenendo conto della competenza che, in queste stesse materie, hanno altri organismi della Curia Romana.

§ 3. Promuove anche la partecipazione dei fedeli laici all'istruzione catechetica, alla vita liturgica e sacramentale, all'azione missionaria, alle opere di misericordia, di carità e di promozione umana e sociale. Ne sostiene e incoraggia altresì la presenza attiva e responsabile negli organi consultivi di governo presenti nella Chiesa a livello universale e particolare.

§ 4. Valuta le iniziative delle Conferenze episcopali che chiedono alla Santa Sede, secondo le necessità delle Chiese particolari, l'istituzione di nuovi ministeri e uffici ecclesiastici.

Art. 7

§ 1. Erige le aggregazioni dei fedeli e i movimenti laicali che hanno un carattere internazionale e ne approva o riconosce gli statuti, salva la competenza della Segreteria di Stato; tratta altresì eventuali ricorsi amministrativi relativi alle materie di competenza del Dicastero.

§ 2. Riguardo ai Terzi Ordini secolari e alle associazioni di vita consacrata, cura soltanto ciò che si riferisce alla loro attività apostolica.

Sezione per la Famiglia

Art. 8

§ 1. Alla luce del magistero pontificio, promuove la cura pastorale della famiglia, ne tutela la dignità e il bene basati sul sacramento del matrimonio, ne favorisce i diritti e la responsabilità nella Chiesa e nella società civile, affinché l'istituzione familiare possa sempre meglio assolvere le proprie funzioni sia nell'ambito ecclesiale che in quello sociale.

§ 2. Discerne i segni dei tempi per valorizzare le opportunità in favore della famiglia, far fronte con fiducia e sapienza evangelica alle sfide che la riguardano e applicare nell'oggi della società e della storia il disegno di Dio sul matrimonio e la famiglia.

§ 3. Segue l'attività degli istituti, delle associazioni, dei movimenti e delle organizzazioni cattoliche, nazionali e internazionali, il cui fine è servire il bene della famiglia.

Art. 9

§ 1. Cura l'approfondimento della dottrina sulla famiglia e la sua divulgazione mediante un'adeguata catechesi; favorisce in particolare gli studi sulla spiritualità del matrimonio e della famiglia e il loro risvolto formativo.

§ 2. Offre linee direttive per programmi formativi per i fidanzati che si preparano al matrimonio e per le giovani coppie.

§ 3. Offre linee direttive anche per programmi pastorali che sostengano le famiglie nella formazione dei giovani alla fede e alla vita ecclesiale e civile, attenti specialmente ai poveri e agli emarginati.

§ 4. Favorisce l'apertura delle famiglie all'adozione e all'affidamento dei bambini e alla cura degli anziani, rendendosi presente presso le istituzioni civili perché sostengano tali pratiche.

Art 10

Ha un diretto legame con il "Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per studi su

Matrimonio e Famiglia”, sia con la sede centrale che con gli istituti affiliati, per promuovere un comune indirizzo negli studi su matrimonio, famiglia e vita.

Sezione per la Vita

Art 11

§ 1. Sostiene e coordina iniziative in favore della procreazione responsabile, come pure per la tutela della vita umana dal suo concepimento fino al suo termine naturale, tenendo presenti i bisogni della persona nelle diverse fasi evolutive.

§ 2. Promuove e incoraggia le organizzazioni e associazioni che aiutano la donna e la famiglia ad accogliere e custodire il dono della vita, specialmente nel caso di gravidanze difficili, e a prevenire il ricorso all'aborto. Sostiene altresì programmi e iniziative volti ad aiutare le donne che avessero abortito.

Art 12

Sulla base della dottrina morale cattolica e del Magistero della Chiesa studia e promuove la formazione circa i principali problemi di biomedicina e di diritto relativi alla vita umana e circa le ideologie che vanno sviluppandosi inerenti la stessa vita umana e la realtà del genere umano.

Art 13

La Pontificia Accademia per la Vita è connessa con questo Dicastero, il quale in merito alle problematiche e tematiche di cui all'art. 11 si avvale della sua competenza.

Il presente Statuto è approvato *ad experimentum*. Ordino che esso sia promulgato tramite pubblicazione su *L'Osservatore Romano* e quindi pubblicato anche sugli *Acta Apostolicae Sedis*, entrando in vigore il 1° settembre 2016. A partire da tale data cesseranno dalle proprie funzioni il Pontificio Consiglio per i Laici e il Pontificio Consiglio per la Famiglia, i quali verranno soppressi essendo parimenti abrogati gli articoli 131-134 e 139-141 della Cost. ap. *Pastor Bonus*.

Dato a Roma, 4 giugno 2016.

Francesco

Rotae Romanae Tribunal – Panormitana – Nullitatis matrimonii – 25 giugno 2009 – coram De Angelis

Matrimonio - Nullità di matrimonio - Consenso - Libertà di scelta dello *status di vita* - Timore

(*Omissis*) **Factispecies** 1. - D.nus I., actor in causa, et conventa d.na L. obviam venerant sub initio anni 1958; die 17 maii 1962 Bononiae matrimonium contraxerunt in ecclesia S. Vincentii de Paoli, duobus annis post nativitatem primi filii.

Coniugalis convictus, ex quo nati sunt duo filii, per quadraginta annos protractus est; post mortem vero repentiam filiorum, annis 1986 et 1987, convictus infelix evasit ob animorum dissociationem. Separatio legalis, instante actore, statuta est sententia diei 10 ianuarii 2003 ob culpam conventae. Anno vero 2004 Tribunal Civile cessationem effectuum civilium matrimonii declaravit.

2. - I. die 24 octobris 2002 nullitatis matrimonium accusavit libello ad Tribunal Regionale Siculum exhibito ob metum reverentialem sibi incussum et ob defectum libertatis internae ex sua parte. Tribunal die 19 decembris 2002 dubium circa praedicta capita concordavit.

Conventa die 8 ianuarii 2003 suam mentem declaravit pro vinculo et gratuitum expetivit patrocinium.

Causa instructa est depositione partium et quindecim testium.

Sententia die 29 aprilis 2005 affirmativa prodiit ob metum actori incussum. Quoad aliud caput iudices responderunt: “iam provisum”.

Appellante conventa causa delata est ad N.A.T.

Turnus decreto diei 27 octobris 2006 causam ad ordinarium examen remisit.

Infrascriptus Ponens decreto diei 26 aprilis 2007 dubium determinavit sub formula “An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob vim et metum actori incussum et ob defectum discretionis iudicii ex parte viri actoris”.

Instructio causae suppletiva facta est auditione actoris et acquisitione relationis periti ex officio.

Nunc vero exhibitis defensionibus causa ad solutionem venit in secundo iurisdictionis gradu.

IN IURE

3. - DE DEFECTU DISCRETIONIS IUDICII.

Can. 1095 disponit: “Sunt incapaces matrimonii contrahendi: 1° qui sufficienti rationis usu carent; 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”. Pernota est iurisprudencia rotalis circa defectum discretionis iudicii et defectum internae libertatis.

Ad validum matrimonium contrahendum non tantum usus rationis requiritur sed insuper sufficiens discretio iudicii, in qua comprehenduntur cognitio matrimonii intellectiva, facultas critica atque electio conscia et libera.

4. - DE METU.

Canon 1103 disponit: “Invalidum est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco, etiam haud consulto incussum, a quo ut quis se liberet eligere cogatur matrimonium”. Cum matrimonium anno 1962 celebratum est, applicatur in casu can. 1087 § 1 Codicis Benedictini: “Invalidum quoque est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium”.

Ita praescriptum legis, ad tuendam requisitam voluntatis libertatem, statuit matrimonium initum ob metum esse nullum, dummodo metus sit: a) gravis; b) ab extrinseco, seu ab alia persona incusso etsi inconsulto; c) in ordine ad matrimonium.

In can. 1103 non amplius dicitur quod metus invalidans esse debeat iniuste incussum.

Cum enim ratio legis invalidantis sit in protectione libertatis contrahentis, quam exigunt tum natura ipsius matrimonii, prout est “intima communitas vitae et amoris coniugalis” (Const. Gaudium et Spes n. 52) tum dignitas personae humanae, ne contrahens agat sub externa coactione seu absque libera electione, quivis metus gravis ab extrinseco in ordine ad matrimonium censendus est iniuste incussum: iniustitia est in ipsa libertatis limitatione; coactio enim est medium iniustum quod nulla rationabili causa iustificari potest.

5. - Praescriptum can. 1103 nullitatem disponit etiam citra casum defectus discretionis iudicii seu libertatis internae; in consensu enim meticoloso contrahens etsi coactus matrimonium intendit ideoque elicit consensum: coactus tamen voluit.

Nullitas matrimonii ob defectum discretionis iudicii iure naturae declaratur. Nullitas vero ob metum ex iure positivo determinatur sed et ipsa in iure naturae fundatur.

Duo praedicta nullitatis capita subordinate proponuntur, cum vix componi possunt, etsi discrimen inter utramque factispeciem non faciliter in facto percipiatur. Deficiente enim valido consensu ob defectum discretionis iudicii, locus non datur consensui meticoloso, cum consensus ex alio capite sit nullus.

Dum metum patiens conscius est de defectu internae libertatis, qui discretionem iudicii caret vix defectum internae libertatis percipere valet.

6. - In doctrina et iurisprudentia H.A.T. sub formula metus ab extrinseco ille tantum metus intelligitur ab agente libero seu a persona per violentiam moralem alteri incussum, non autem metus a causa naturali seu necessaria ut morbo vel tempestate.

Metus autem ab intrinseco ille intelligitur “cuius causa immediata sistit in ipso agente seu qui originem trahit ex personali, mere subiectiva dispositione aut consideratione ipsius agentis, puta ...ex consideratione alicuius obligationis moralis vel convenientiae socialis, ex timorata conscientia aut consideratione supernaturali salutis aeternae” (Michiels, o.c., p. 621).

In redactione vigentis Codicis addita sunt verba: “etiam haud consulto incussum”. Non requiritur igitur quod metum incutiens ex professo liberam contrahentis electionem coarctare velit: quod frequenter accidit in casu metus reverentialis, cum parentes matrimonii celebrationem ut bonum filiorum videant, vel ut ineluctabile officium.

7. - Metus reverentialis merito dicitur mentis trepidatio ob malum quod filius sibi imminere existimat ob gravem parentum indignationem.

Obiectum metus reverentialis specificum non est tantum timor ne parentes dolore afficiantur, sed potius diuturna parentum indignatio.

Metus reverentialis distinguitur a metu communi quoad originem, obiectum, media adhibita: quoad originem, cum metus ex relatione affectus erga parentes vel superiores causam habeat; quoad obiectum, cum non aliud malum minatur habetur

nisi cessatio benevolentiae seu diuturna indignatio parentis; quoad media adhibita, cum non de vi stricto sensu, sed de suasionem atque inopportunitate precibus saepe agatur.

“Ipsa (Ecclesia) enim, quamvis recognoscat parentibus potestatem dirigendi, instituendi, monendi, immo et moderate coercendi, iisdem simul prohibet quominus hac potestate abutantur ad matrimonium invitatis filiis imponendum.... Tum, quibusvis mediis id parentes efficiant, scilicet utrum simplicibus indicationibus, invitationibus, desideriis et consiliis, an etiam precibus, instantiis et minis, per se parum relevat, dummodo verba aut actiones parentum, quaequae sunt in cortice, vim et substantiam habeant conculcandi et superandi voluntatem filiorum” (decisio coram Fiore diei 16 maii 1966, RRD vol. LVIII, p. 303).

Persaepe metus est tantum reverentialis, cum pars iram parentum timeat, sed in quibusdam casibus fieri potest mixtus, cum parens malum grave directe minatur, uti expulsionem a domo familiari.

8. - Ad gravitatem metus dimetiendam in primis requiritur ut malum, quod timetur, in se seu objective grave sit, saltem respectu personae metum patientis.

“Ad gravitatem metus insuper requiritur ut malum grave, quod timetur, prudenti et rationabili iudicio metum patientis moraliter certo vel saltem valde probabiliter imminere seu effective illatum iri aestimatur” (Michiels G., *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis 1955, p. 630); aliis verbis opus est ut minae serio proferantur, adeo ut pars persuasum sibi habeat eas esse executioni mandandas.

Cum de metu reverentiali agatur, gravitas non tantum in minis additis esse videtur, ut electionis e domo familiari, sed in ipsa parentum diuturna indignatione, quae relationem fundamentalem personae cum parentibus praepedit.

9. - Elementum invalidans consensum est in coactione correlata ad matrimonium: exinde venit metus “a quo, ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium”. Tria elementa igitur probanda sunt quoad metum seu coactio externa, metus internus, nexus causalis inter coactionem externam et metum internum.

Ut de validitate cuiusdam matrimonii in dubium vocata rectum feratur iudicium, criterium efficientis coactionis perpendendum est potius quam criterium reactionis; aliis verbis, quaestio examini subicienda est an revera quomodocumque libertas subiecti infracta sit, et quamvis virtute libertas ablata dici possit.

Legitur in una coram Mattioli: “etiam gravis metus, inflictus per iussum unica vice forte datum, sed tam peremptorie ut eo ipso vim abstulisse in subiecto rationabiliter teneri possit ac debeat: nam propter illud trepidans, vere subiectum abrenuntiare debuit consilii sui dominio, suoque libero arbitrio, nisi mallet, et id valeret, mandantis indignationem patenter gravem obire, id est malum ac damnum sine dubio grave et iniustum” (RRDec. vol. LIII, p. 208, n. 2).

10. - Ad superandas possibiles obiectiones circa liberam ac rationabilem actoris electionem matrimoniale, merito citari debet in casu nostro iurisprudentia rotalis de matrimonio reflexa libertate et tamen coacte inito; legitur in una coram Pinna: “Metus semper adest, a causa libera positive incutitur, gravis est atque vitari nequit, usque ad nuptias perseverat, sed patiens metum vere incussum reflexe consentit. Qui quidem consensus verus esset actus voluntatis (“quamvis coactus, volui”) sed iuridice inefficax ad vinculum producendum” (RRDec. vol. IL, p. 140, n. 4).

11. - Attendenda est distinctio inter consensum elicitum cum metu et consensum elicitum ex metu; matrimonium electum ex metu censetur si pars aliter non contraxisset.

Non dicitur coactus qui morem gerit parentibus, vel matrimonium eligit ut parentum desiderium exaudiat ac ipsis consolationem ferat.

Ille nequit dici simpliciter morem gerere parentibus, qui non statim vel post brevem haesitationem, sed post longiorem demum resistentiam superatus precibus importunis vel mediis iniustis etiam fortioribus acceptat matrimonium a parentibus impositum.

12. - Metus praesupponit in mente contrahentis existentiam aversionis vel ab illa persona vel a matrimonio in se vel etiam a matrimonio cum illa comparte ineundo; et ut gravis sit metus requiritur etiam aversio gravis a matrimonio eo tempore ineundo.

Circa aversionem adnotare fas sit quod aversio non necessario est a persona coniugis sed aliquando esse potest a nuptiis cum illa contrahendis. “Fieri potest ut persona placet ut amica, ex qua veneris voluptas capienda est sed varias ob causas arceatur ut coniunx: haec profecto repugnantia seu aversio, non alia, in hisce causis consideranda est” (decisio coram Felici diei 28 iunii 1949, RRTDec. vol. XVI, p. 329 n. 23).

Ex aversione sequitur praesumptio coactionis, eo quod agens, nisi coactus, non contraxisset. Attamen, quamvis admittatur fundamentum cuiusdam aversionis, non necessario concludendum est inde pro metu: praesumptio enim, quae ex aversione oritur, ad certitudinem non evehitur nisi demonstretur nupturiens invisio matrimonio consensisse ob extrinsecam gravem coactionem.

Coactio externa est argumentum directum, uti patet, aversio autem interna argumentum indirectum.

Etiam si ex actis causae constet de coactione in ordine ad matrimonium, cavendum est ne citius pro nullitate fiat conclusio, praetermissa quaestione de animi aversione: metus enim ex comminatione gravis mali non habetur in eo qui nuptias libenter vel saltem non invitus contrahit.

Attamen, probata coactione, aversio gravis contrahentis facilius praesumi potest, cum minae nonnisi ad flectendum animum contrahentis proponantur.

13. - Quaedam in fine animadvertere debemus circa momentum circumstantiarum in perpendenda coactione. Aliquando enim mores loci et consuetae rationes agendi adeo formam mentis determinant in subiecto, ut hic impar fiat ad impositionem, saltem qua matrimonium irritantem, dignoscendam; quod pluribus ex causis, plus minusve conspirantibus, fieri potest: velut ex regionis moribus aut ex proprio parentum ingenio.

Accedit consideratio quod contrahens conscius sit de suo consensu, coactus tamen voluit, et verus consensus nonnisi a lege inefficax statuitur. Hae autem sunt rationes quibus criterium reactionis non semper aptum sit ad metum dimetiendum. Coniugalitatis convictus per multos annos protractus non impedit quominus nullitas ob metum declaretur.

14. - Elementa probationis nullitatis matrimonii ex capite metus, iuxta probatam H.A.T. iurisprudentiam, sequentia videntur, nempe:

- a) credibilitas actoris;
- b) aversio contrahentis a persona coniugis vel a nuptiis cum illo contrahendis;
- c) depositio metum patientis;
- d) depositio metum incutientis eiusque indoles;
- e) depositio testium qui de consensu meticoloso notitiam habuerint;
- f) circumstantiae quae credibilem reddant consensum meticolosum.

IN FACTO

15. - DE METU ACTORI INCUSSO.

Partes in praesenti causa ad invicem sese opponunt sed ex actis causae sufficiens factorum cognitio haberi potest: tantummodo differens factorum interpretatio a partibus praebetur.

Actor credibilis videtur, cum in iudicio admittat etiam circumstantias quae suae thesi minus favent, ut cum iudici inquirenti: “Quando Lei si è sposato, non aveva più il timore di perdere il posto nei Carabinieri, perché già sapeva che lo avrebbe perso per motivi di salute?” respondit: “Sì, è esatto”.

Adnotaverunt Patres in decreto remissionis causae ad ordinarium examen: “Quaedam circumstantiae adhuc non satis exploratae manent: curriculum actoris in militia eiusque translationes ab una ad aliam stationem et circumstantia visitationis mulieris ad actoris parentes ante matrimonium. Amor actoris erga conventam bene probatur ex actis. Rationes praesertim quibus actor matrimonium post duos annos elegit incertae manent”.

Suppletiva instructio in secundo gradu ditata est actoris depositione, qui colloca-tionem factorum in ordine temporali melius explicitavit et ideo plures incertitudines solvit. Circumstantia praesertim acclarata est quod conventa in Siciliam venit apud viri familiam tantummodo post matrimonium: “Ho parlato a mia madre dopo che era nato S. La convenuta è venuta ad A. per la prima volta dopo il matrimonio perché altrimenti ci sarebbe stato lo scandalo”.

16. - Actor ex familia traditionali provenit, primus sex filiorum, quos mater ad valores christianos educavit. Quoad characterem metus incutientis deponit ipsa conventa: “La madre era una donna piuttosto autoritaria ed era lei che reggeva le redini della famiglia”.

Actor militiae se inscripsit in armis v.d. carabinieri; iam a decimo octavo anno vitae suae a patria translatus est primo in Sardiniam, dein in regionem Cisalpinam. Ipse vitam libertinam duxit et relationem cum diversis mulieribus intexit inter quas anno 1958 et conventa d.na L.

Pars conventa facta ab actore exposita quoad substantiam confirmat, adnotans tamen quod vir magno amore illam prosequeretur: “La nostra relazione era basata su un reciproco sentimento di amore. Io ero innamorato, altrimenti non mi sarei messa con lui, lui era pazzo di me, anche in maniera esagerata. Tuttavia non si parlava di matrimonio, la nostra relazione non era, infatti, orientata fino a quel momento al matrimonio. Né io né lui ci pensavamo affatto”.

Sub fine temporis aestivi anni 1959 actor L. praegnantem necopinata reddidit. “La reazione di I. non fu entusiasta e mi propose l’aborto, ma io mi opposi, dicendo che intendevo tenere il bambino” deponit conventa.

Actor, praetermittens hanc circumstantiam, deponit: “Non avendo assolutamente intenzione di sposarla, proposi a L. di tenere il bambino, che lei lo riconoscesse a nome suo e io avrei provveduto al suo mantenimento”.

Actor nativitatem filii S, mense maii 1960, libenter excepit. Attamen filium non recognovit, ita suam intentionem confirmans contrariam ad celebrationem matrimonii cum L.

Argumentum princeps quo fundatur aversio actoris a nuptiis eo tempore contrahendis est quod ipse magni semper fecerat suam militarem professionem ac nullo pacto matrimonium possibile consideraverat ante vigesimum et octavum annum aetatis: “Io ero contrario al matrimonio con la parte convenuta perché non era un rapporto di

amore e perché non volevo perdere il posto di lavoro nei Carabinieri”. Actor, qui tunc vigesimum tertium annum expleverat, cum esset in militia, matrimonium contrahere nequibat ante vigesimum et octavum annum; secus ad dimissiones de armis cogebatur.

Conventa hanc circumstantiam explicite admittit, cum deponit: “Comunque ancora non si parlava di matrimonio, anche perché lui era carabiniere e aveva delle limitazioni all’età del matrimonio”.

17. – I. sequenti anno 1961 in patriam rediit, occasione licentiae annualis, et suam relationem ac filii nativitatem parentibus narravit: “Per mia madre – deponit actor – fu un colpo molto brutto, rimase molto amareggiata... nei giorni successivi non mi rivolse più la parola; mi salutò a stento quando io ripartii. Dopo qualche tempo cominciai a scrivermi e nelle sue numerose lettere mi palesò tutta la sua delusione e tutta la sua amarezza... L’unica soluzione possibile che lei mi prospettava era quella di un matrimonio riparatore, col quale assumere pienamente le mie responsabilità nei confronti del bambino. Diversamente lei era disposta a disconoscermi come figlio, visto che ormai rischiavo di diventare la sua vergogna davanti a tutto il paese”.

Actor per epistulas quoque ad matrimonium reparationis a matre sollicitatus est, sed matrimonium celebrare renuit. Dein, occasione alterius licentiae apud parentes, ad matrimonium eum impulsit etiam Parochus T., qui laborem pro eo in nosocomio Panormitano promisit, merito considerans quod matrimonium dimissionem de armis secumferret.

“A nulla valevano le mie proteste - deponit actor – io continuavo a ripetere che non potevo sposare L. perché non l’amavo per nulla ed ero sicuro che anche lei non mi amasse ... Io tornai ad A. ancora più frastornato e confuso: non sapevo se dovevo lasciare l’arma o meno, non sapevo cosa fare con L., non sapevo cosa era meglio fare con mia madre e con la mia famiglia. A quello stato d’animo pieno di conflitti morali e affettivi si aggiunse un periodo di servizio pesante e stressante, in seguito ad una alluvione nel Polesine ferrarese, al punto che mi beccai un esaurimento nervoso. Fui ricoverato all’ospedale militare”.

18. - Conventa autem quaecumque impositionem ex parte actoris parentum negat, cum deponit: “Ribadisco che I. prese in maniera autonoma la decisione del matrimonio, neanche da parte dei suoi familiari vi furono pressioni”.

Adnotatur in sententia primi gradus quod conventa in conventu familiae Di Paola ante matrimonium interfuerit, ideoque impositionem certo cognoverit. Haec circumstantia tamen neque a conventa confirmatur, neque ab actore, qui explicite de hac requisitus respondit: “La convenuta è venuta ad A. per la prima volta dopo il matrimonio perché altrimenti ci sarebbe stato lo scandalo”.

Valet igitur consideratio quod conventa mendax non fuit sed impositionem a familia simpliciter ignoravit. Depositio igitur negativa mulieris minime nocet actori.

Deponit quoque conventa quod actor ex professo morbum denunciaverit ad vitandum servitium in regione Polesine; actor autem, explicite requisitus, hanc circumstantiam negat: “E’ falso che io non volevo essere trasferito per stare accanto alla parte convenuta”.

Testes a conventa cum eadem coactionem negant vel ignorant. Et hoc bene explicatur, cum ipsi familiam I. non cognoscebant. Magis credibiles sunt duo testes de metu deponentes quam mille negantes.

19. - Testes ab actore substantialiter confirmant coactionem moralem quam actor passus est ex parte eiusdem matris ut matrimonium reparationis eligeret. Quod factum non est extraordinarium si attendimus ad mores traditionales Siciliae.

Circumstantia praeterea quod parochus benigne intervenerit ut actor aliud offi-

cium obtineret in nosocomio optime manifestat consuetudines loci illo tempore: facta enim evolvuntur anno 1961 in pago v.d. A. in Sicilia occidentali, non autem in civitate Catanensi, ubi mores traditionales iam quamlibet evolutionem habuerant. Obligatio celebrandi matrimonium reparationis tunc temporis firmissima omnibus videbatur.

Amita actoris nobis refert: “Mia sorella non appena ha saputo che la convenuta era incinta ha fatto l’inferno perché mio nipote la sposasse”.

X. lucide deponit: “I. resisteva all’idea del matrimonio anche per il fatto che essendo carabiniere, se si fosse sposato, avrebbe dovuto congedarsi. In particolare mia sorella, come ho già detto, dinanzi alla situazione, con chiarezza e fermezza, diceva a I: “Hai fatto lo sbaglio, e adesso devi ripararlo”. Non mi risulta di particolari minacce da parte di mia sorella nei riguardi di I., ma a nessuno di noi, in quel tempo, era consentito di agire in maniera diversa da quanto decidevano i genitori”.

Et testis: “I. resisteva alle pressioni della madre, ma purtroppo, come già dicevo, a fin di bene, mia cognata non volle sentire obiezioni: il matrimonio era da farsi”.

Simili modo deponunt testes: actoris fratres et actoris soror.

Frater actoris in specie dicit: “Ritengo comunque che I. non si sarebbe sposato con la convenuta, se mia madre non avesse fatto tutto quello che ha fatto. Mia madre ne sarebbe morta di crepacuore se mio fratello non si fosse sposato”.

Magni pretii visa est Patribus depositio actoris fratris, testis ex officio: “Sapevo già che mio fratello a Bologna era un carabiniere stimato, e che si consentiva tante libertà: quelle che mai avrebbe potuto godere nel nostro paese. Un giorno, mentre mi trovavo nello studentato salesiano a S. Gregorio, I. venne a trovarmi, mandato da mia madre, per confrontarsi con me sulla situazione che gli era capitata. Egli mi raccontò che aveva conosciuto una ragazza dalla quale aveva avuto un bambino, che non aveva riconosciuto perché non intendeva sposarsi con lei, anche perché conosceva un’altra donna, più mite e più confacente a sè, con la quale nutriva un rapporto privilegiato. Mi disse anche delle pressioni che mia madre gli aveva fatto per legittimare la situazione sposandosi con la convenuta e riconoscendo il figlio; ma mi disse anche della difficoltà che lui aveva nel fare questo passo. Personalmente ... anche io ho sollecitato mio fratello a questa decisione, dicendo che non era giusto lasciare una donna e un figlio al loro destino: egli doveva sentirsi obbligato a sposarsi”.

20. - Quaestiones praecipuae, in casu solvendae, sunt quo tempore et qua de causa actor de nolente factus est volens seu matrimonium elegit: oportet ideo tempora bene recolere ut decisionis matrimonialis causa melius eluceat.

Quaedam elementa iam habentur in actis primi gradus.

Degentia actoris in nosocomio non fuit continua, cum ipse dicat: “andai a convivere con L. a Bologna per quei pochi mesi che ancora ci separavano dal matrimonio. Lei intanto era stata messa fuori casa dalla madre”.

Ex supradictis videtur quod actor decisionem contrahendi sub initio anni 1962 tulerit.

Matrimonium celebratum est Bononiae die 17 maii 1962 coram testibus sine ulla sollemnitate.

Officium in nosocomio Panormitano actor die 1 iunii 1962 revera obtinuit; ipse enim deponit: “Dopo pochi giorni tornammo in Sicilia perché il primo giugno 1962 io presi servizio all’ospedale psichiatrico”.

21. - Ponens in secundo iudicio quaestiones de temporis et factorum consecutione accurate posuit. Ad quaestionem specificam actor respondit. “Dal momento in cui mi sono presentato al pronto soccorso e vi è stato il primo ricovero alla dimissione in data 3 luglio 1962 sono trascorsi circa 11 mesi”.

Cum actor a nosocomio demissus sit die 3 iulii 1962, post undecim menses, detrusus in nosocomium referri debet ad tempus aestivum anni 1961.

In actu dimissionis a nosocomio diei 3 iulii 1962 facta est diagnosis “persistente sindrome nevrastenica con emergenze disforiche”, quae confirmatur in documento diei 11 augusti 1970 pro pensione invaliditatis obtinenda.

Ex actoris depositione emergit quod ipse matrimonium elegit quando iam certus erat sive de dimissione a militia ob reformationem, sive de assumptione in nosocomio Panormitano.

Iudici exquirenti “Quando Lei si è sposato non aveva più il timore di perdere il posto nei Carabinieri, perché già sapeva che lo avrebbe perso per motivi di salute?” actor respondit: “Sì, è esatto”. Et quaestioni positae: “Quando il congedo non era ancora avvenuto, lei già aveva avuto la certezza di poter andare a lavorare in Sicilia? E’ stato questo il motivo per il quale decise di sposare L.?” actor respondit: “Prima del matrimonio, prima di essere congedato, già avevo la certezza di avere un posto presso l’Ospedale di Palermo”. Sed ipse quoque addit: “Non sono stato io a decidere di sposare la parte convenuta”.

Praedictae responsiones cohaerent cum iis quae actor dixerat in praecedenti iudicio: “non capivo nulla, non c’ero con la testa e invece gli eventi mi costringevano a prendere quelle decisioni ... visto che non potevo tornare a casa se non dopo essermi sposato ed aver riconosciuto il bambino”.

22. - Nunc quaeritur qua de causa praesertim actor matrimonium elegit.

Ex actoris depositionibus evincitur quod ipse tribus de causis matrimonium elegit: quia demissio a militia ob rationes salutis inevitabilis erat; quia officium obtinuerat in Sicilia; quia in patriam redire non poterat nisi antea filium per matrimonium legitimavisset.

Adnotaverunt Patres in decreto remissionis ad ordinarium examen: “Depositiones testium circa impositionem ab actoris matre factam minime spernendae sunt; sed non sufficiunt ad coactionem probandam. Magni faciendi est circumstantia quod vir matrimonium elegit quando de facto spem laboris invenit”.

Consideranda est tamen circumstantia quod actor matrimonium reparationis statim non elegit tempore quo conventa praegnans evasit vel quo filius S. natus est, sed duobus post annis, quando parochus T. laborem pro eo invenit in Sicilia.

Exinde videtur quod actor firmiter renuit preces matris cum celebratio secumferbat dimissiones a militia sine ulla spe; iisdem precibus consensum dedit cum spem laboris invenit. Ita I. rationabiliter matrimonium primo recusavit et rationabilius dein, data spe laboris, elegit.

Ex dictis inferri posset conclusio quod I. rationabiliter matrimonium elegerit quando condiciones favorabiles verificatae sunt: ideoque discretionem iudicii minime caruerit; imo neque ex metu reverentiali suam electionem fecerit: ipse enim adversus matris invitationes per aliquod tempus resistantiam fecit, dein, certitudine accepta de officio in Sicilia, matrimonium elegit.

Priorem conclusionem circa discretionem iudicii tempore electionis Patres quoad substantiam admiserunt.

Alia vero conclusio circa metus exclusionem difficultatibus expers non videtur.

Considerari debet quod ex tribus causis quibus I. ad nuptias accesserit, prima sive in ordine temporis, sive in ordine logico est matris indignatio qua “non potevo tornare a casa se non dopo essermi sposato ed aver riconosciuto il bambino”. Eadem causa potior videtur eo quod ex illa secutae sunt aliae causae quae influxum habuerunt in decisione. Primo, ex indignatione matris secutus est status psychicus

abnormis quo actor in nosocomium detrusus est: “non capivo nulla, non c’ero con la testa e invece gli eventi mi costringevano a prendere quelle decisioni ... visto che non potevo tornare a casa se non dopo essermi sposato ed aver riconosciuto il bambino”. Et ex condicione viri psychica abnormi secuta est inevitabilis reformatio seu eiectio a militia. Denique, ex indignatione matris secutus est interventus parochi rev. T., qui officium obtinuit pro actore in nosocomio Panormitano.

Exinde merito concludi potest quod metus reverentialis decisionem contrahendi in viro omnimode causavit.

Nexus causalis inter coactionem, a matre a parochio iuxta mores loci exercitam, et electionem matrimonialem firmissimus Patribus visus est.

Gravitas coactionis in praesenti casu non venit ex vi vel gravitate verborum vel minarum, sed potius ex toto contextu in quo res evolvitur, ut testes bene exposuerunt. Actor revera ob matris indignationem in patriam redire non poterat, qua de causa mentis deordinationem et statum morbidum nervorum passus est, non certo ob onerosum officium in Polesine tempore terraemotus.

23. - Pars conventa suam thesim defensivam ponit in affirmanda affectione viri erga seipsam. Ad probandam talem affectionem exhibuit in actis plures epistulas sibi ab actore missas. Iudices primi gradus conati sunt elidere momentum probatorium epistularum sequenti adnotatione, quae legitur in sententia: “in nessun passaggio, pur parlando di un futuro insieme, egli accenna alla eventualità o alla possibilità di un matrimonio con la convenuta”.

Sententia primi gradus obiectionem Patroni partis conventae iam consideravit et his verbis dimisit: “il Collegio... ha verificato quanto era suo dovere verificare: l’avverso a nuptiis e... ha dovuto riconoscere che in effetti, nonostante l’attore provasse verso la convenuta sentimenti di amore, nonostante suo desiderio fosse di continuare con la convenuta la relazione intrapresa, egli rifiutava con decisione l’ipotesi di un matrimonio con la stessa per i motivi già evidenziati”.

Haec conclusio merito confirmari potest. Non agitur in casu de aversione a persona conventae, partes enim relationem praematrimoniale positivam sub respectu intimo habebant, sed de aversione a nuptiis cum ea hic et nunc celebrandis, quia intentio et praepoccupatio actoris in primis erat ordinata ad servandum suum officium in militia.

24. - Patrona ex officio partis conventae plures observationes exhibuit, cum quibus Patres concordant; quae tamen thesim actoris elidere non valent.

Animadvertit in specie cl.ma Patrona quod relatio periti ab actore, qua declaratae sunt apocryphae plures epistulae, una excepta, ab actore missae, admitti nequit. Sed eadem Patrona aliam peritiam ex officio non expetiit. Neque iudex eam requisivit, cum epistulae parum conferant ad meritum causae.

25. - Defensor vinculi iam tempore processus brevioris animadversiones quasdam ad normam can. 1682 § 2 exhibuit, quas debitam considerationem merentur.

Animadvertit ille in primis quod consensus est irritus si ex metu elicitus, non autem cum metu tantum elicitus. Revera actor de nolente factus est volens non ex metu reverentiali, sed potius ex opportunitate laboris in Sicilia. Respondetur quod etiam opportunitas laboris medium coactionis fuit, etsi benignum, quia confirmavit matris coactionem.

Adnotat dein vinculi Tutor quod actor erat independens et libertinus, cum extra familiam viveret, ideoque non erat expositus ad coactionem gravem. Haec circumstantia a Patribus considerata est, attamen actor independentia tantummodo extra patriam gaudere poterat, in patriam redire nequiverat: etiam hoc medium coactionis esse videtur

Animadvertit quidem Defensor vinculi quod actor post filii nativitatem matrimonium non contraxit “quia regulae quae vim habebant in militia id minime concedebant... ita ut vix dici possit actorem conventam in uxorem non duxisse quia ipse matrimonium radicitus nolaret”. Respondetur quod haec consideratio non elidit factum coactionis. Nemo futuribilia scire potest seu utrum actor, deficiente matris coactione et aetate consecuta duodetriginta annorum, cum L. contracturus esset necne.

26. - Coniugalis convictus per quadraginta annos perduravit. Coniuges ad separationem deveniunt post obitum duorum filiorum, id est post annum 1987, ob causas quae certo certius nihil commune habent cum metu reverentia. Animadvertit quidem cl.ma Patrona quod causa qua coniugalis convictus in peius corrui post multos annos ponenda est in repentina et tristi morte filiorum. Hoc est factum magni momenti quod in dubio vocari nequit. Sed circumstantia quod convictus per quadraginta annos protractus sit, per se “nulla toglie o aggiunge al timore reverenziale con cui uno matrimonio, in ipotesi, è stato celebrato” ut legitur in Sententia.

27. DE DEFECTU DISCRETIONIS IUDICII EX PARTE VIRI ACTORIS.

Iudices primi gradus circa defectum discretionis iudicii edixerunt: “provisum in primo ad mentem n. 51 partis in facto”. Et in textu sententiae legitur: actor “era fortemente condizionato interiormente per i tratti della sua stessa personalità da un grave turbamento psichico che certamente ha ridotto notevolmente la sua interna libertà, ma, forse senza comprometterla del tutto ... al Collegio è sembrato più rispondente alla verità dei fatti rispondere affermativamente al dubbio circa il timore reverenziale, ampiamente provato, e ritenere la ridotta libertà interna quale significativo fondamento di una decisione frutto della grave influenzabilità dell'attore e conseguenza del timore reverenziale”.

Relatio peritalis a doct. D. exhibita concludit: “La sindrome di cui il periziando fu affetto, essenzialmente caratterizzata da uno svuotamento energetico a qualità depressiva e da punte emergenti di irritazione e di inquietudine emotiva, contribuì decisamente, in stretta sinergia con le dinamiche di marcata dipendenza relazionale già descritte, a indebolire gravemente il discernimento critico, nonché la spinta volitiva dell'attore, impedendogli di accedere a un congruo e libero giudizio di elezione dello stato di vita”.

Patres iam consideraverunt difficultatem admittendi defectum discretionis iudicii in viro, quia ipse bene perpendit opportunitates pro electione matrimoniali: conclusionem igitur cl.mi Periti Patres non bene in actis fundatam censuerunt.

Cum duo capita adducta inter se incompatibilia sint, Patres conveniunt cum expositione et decisione iudicum primi gradus; decisio pro nullitate ex metu affirmationem implicat saltem minimae sufficientis internae libertatis in contrahente ac proinde excludit decisionem affirmativam quoad defectum discretionis iudicii: tale caput igitur negative demiserunt.

28. - Quibus omnibus tam in iure quam in facto bene perpensis Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, ad propositum dubium “an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob vim et metum actori incussum et ob defectum discretionis iudicii ex parte viri actoris” respondentes definitive sententiamus,

AFFIRMATIVE SEU CONSTARE DE MATRIMONII NULLITATE IN CASU DUMTAXAT OB VIM ET METUM VIRO ACTORI INCUSSUM.

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie due pronunce della Corte EDU, due della Corte costituzionale, nonché la legge 28 giugno 2016, n. 130, contenente “Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione”

Nella prima sentenza, emessa nel caso *Chapin et Charpentier c. France*, la Corte ha escluso che l’annullamento, disposto dal giudice, delle nozze celebrate dall’ufficiale dello stato civile tra i ricorrenti, cittadini francesi di sesso maschile, costituisca violazione dell’art 8 (diritto al rispetto alla vita privata e familiare) e dell’art. 12 (diritto al matrimonio), letti in combinato con l’art. 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, non essendo prevista dalla legislazione nazionale, al momento della celebrazione, la possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso (successivamente disciplinata dalla legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013). La pronuncia si colloca nel cospicuo filone giurisprudenziale rivolto a offrire riconoscimento giuridico ai diritti e ai relativi doveri delle coppie *same-sex*, ex art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), bilanciando tale esigenza con un margine di apprezzamento comunque riconosciuto agli Stati, che tutt’oggi esclude la possibilità di individuare in capo a questi un vero e proprio obbligo di garantire, sulla base dell’art. 12 CEDU, l’accesso al matrimonio a coppie *same-sex*.

Nella seconda pronuncia, relativa al caso *Association de solidarité avec les témoins de jehovah et autres c. Turquie*, la Corte opera un delicato bilanciamento tra finalità di pubblico interesse, in sé legittime, perseguite dalla normativa statale e tutela di un diritto fondamentale, nel suo nucleo ritenuto essenziale, dando prevalenza nel caso concreto, secondo le note tecniche di ragionevolezza e di proporzionalità, a quest’ultimo.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale si segnala la sentenza 10 marzo 2016, n. 52, con la quale la Corte costituzionale, decidendo un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, ha sostenuto che non spetta alla Corte di cassazione affermare con sentenza la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all’Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) l’apertura delle trattative per la stipulazione dell’intesa di cui all’art. 8, terzo comma, Cost., annullando, di conseguenza, la relativa pronuncia adottata dalle Sezioni Unite Civili. Secondo la Consulta, infatti, «nell’ordinamento costituzionale italiano l’intesa richiesta, ex art. 8, terzo comma, Cost., per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse da quella cattolica presuppone il rispetto del metodo della bilateralità, cioè la necessità dell’incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative. Non è, quindi, configurabile la giustiziabilità della pretesa all’avvio delle trattative, in quanto non è configurabile una pretesa soggettiva alla conclusione positiva delle trattative stesse, risultando altrimenti contraddittorio imporne l’illusoria apertura senza che se ne possa garantire giudizialmente la relativa conclusione. Alla luce di un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi protetti dagli artt. 8 e 95 Cost., non è, quindi, configurabile - in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa - una pretesa giustiziabile all’avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost. Spetta, infatti, al Governo una discrezionalità

ampia nel concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali. L'eventuale atto di diniego all'apertura delle trattative – nella misura e per la parte in cui si fonda sul presupposto che l'interlocutore non sia una confessione religiosa – non può produrre, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.».

Nella sentenza 13 aprile 2016, n. 84, la Corte ha, invece, ritenuto inammissibile, perché avente una rilevanza meramente ipotetica e non attuale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, impugnato, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., in quanto stabilisce un divieto assoluto di revocare il consenso al trattamento di procreazione medicalmente assistita (PMA) dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo. I giudici hanno ritenuto carente, in particolare, il carattere attuale della rilevanza della questione, dal momento che la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine - e ciò ha fatto, sia pur con esito non positivo - il trattamento di PMA. Si precisa, altresì, che il difetto di rilevanza del quesito non può essere superato dalla circostanza che i ricorrenti intendano ripetere il ciclo di PMA, posto che tale intento *pro futuro* non vale a rendere attuale la questione riguardante la revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale.

Chiude la sezione la citata legge 28 giugno 2016, n. 130, contenente "Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione", contenente prescrizioni di varia natura, secondo un modello di legislazione pattizia ormai consueto.

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo
Sentenza 09 giugno 2016, n. 40183/07
Affaire Chapin et Charpentier c. France

Divieto di discriminazione, Famiglia, Laicità, Libertà religiosa, Matrimonio

Abstract: *Non costituisce violazione dell’art 8 (diritto al rispetto alla vita privata e familiare) e dell’art. 12 (diritto al matrimonio), letti in combinato con l’art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, l’annullamento disposto dal giudice, delle nozze celebrate dall’ufficiale dello stato civile tra i ricorrenti, cittadini francesi di sesso maschile, non essendo prevista dalla legislazione nazionale al momento della celebrazione la possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso (ora disciplinata dalla legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013).*

Fonte: www.echr.coe.int

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II

Sentenza 24 maggio 2016

Association de solidarité avec les temoins de jehovah et autres c. Turquie

Libertà religiosa, Testimoni di Geova, Luoghi di culto, Pianificazione urbanistica, Celebrazioni liturgiche, Appartenenza confessionale, Esercizio del culto, Pluralismo confessionale, Violazione dell’art. 9 CEDU

Abstract: *La mancanza di un luogo di culto per esercitare regolarmente il proprio credo si riflette direttamente sulla libertà religiosa, per la cui piena realizzazione ha un grande rilievo la possibilità di svolgere cerimonie in luoghi in cui i fedeli possano riunirsi collettivamente. La normativa urbanistica in esame e la sua applicazione - secondo la Corte adita - di fatto impediscono a piccole comunità (nel caso in esame: le congregazioni dei Testimoni di Geova di Smirne e Mersin) di potere rispettare le condizioni per costruire un luogo di culto. Di qui la constatazione dell’ingerenza che, pur perseguendo un fine in sè legittimo, tra cui la sicurezza nazionale, è sproporzionata e non necessaria in una società democratica e pluralista.*

Fonte: www.echr.coe.int

Corte costituzionale

Sentenza 10 marzo 2016, n. 52

Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, Ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Principio di bilateralità, Confessioni religiose, UAAR, Insindacabilità in sede giurisdizionale delle delibera di diniego alla apertura delle trattative per la stipulazione di una intesa ex art. 8, comma 3 Cost.

***Abstract:** Spetta al Consiglio dei Ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla elaborazione bilaterale di una speciale disciplina dei reciproci rapporti (ex art. 8, comma 3 della Costituzione). Di tale decisione - e, in particolare, per quello che qui interessa ovvero della decisione di non avviare le trattative - il Governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al Parlamento, ma non in sede giudiziaria. Nel caso di specie, non spettava perciò alla Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, affermare la sindacabilità di tale decisione ad opera dei giudici comuni.*

[...]

nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito della sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 19 marzo 2015, depositato in cancelleria il 26 marzo 2015 ed iscritto al n. 5 del registro conflitti tra poteri dello Stato 2014, fase di merito.

Visto l'atto di intervento della Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR);

[...]

Considerato in diritto

1.- Il ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato è proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, in proprio e a nome del Consiglio dei ministri, contro la Corte di cassazione, sezioni unite civili, in relazione alla sentenza 28 giugno 2013, n. 16305, con la quale è stato respinto il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione proposto dallo stesso Presidente del Consiglio avverso la sentenza del Consiglio di Stato, sezione quarta, 18 novembre 2011, n. 6083.

Nel ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione, il Presidente del Consiglio aveva lamentato il difetto assoluto di giurisdizione e la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), in relazione alla delibera attraverso la

quale il Consiglio dei ministri, in data 27 novembre 2003, decideva di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione, con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (d'ora in avanti «UAAR»), ritenendo che la professione di ateismo, affermata dall'associazione in questione, non consenta la sua assimilazione ad una confessione religiosa.

La Corte di cassazione, rigettando il ricorso, affermava che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. Ponendo in relazione il primo comma dell'art. 8 Cost., che garantisce l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge, con il successivo terzo comma, che assegna all'intesa la regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni diverse da quella cattolica, la Corte di cassazione riteneva che la stipulazione dell'intesa sia volta anche alla migliore realizzazione dei valori di eguaglianza tra confessioni religiose. Per tale ragione, assumeva che l'attitudine di un culto a stipulare le intese con lo Stato non possa essere rimessa all'assoluta discrezionalità del potere esecutivo, pena – appunto – il sacrificio dell'eguale libertà tra confessioni religiose. Pur non ritenendolo un argomento decisivo, la Corte di cassazione osservava, tra l'altro, che le intese «si stanno atteggiando, nel tempo, in guisa di normative “per adesione”, innaturalmente uniformandosi a modelli standardizzati». Ne conseguirebbe che il Governo avrebbe l'obbligo giuridico di avviare le trattative ex art. 8 Cost. per il solo fatto che un'associazione lo richieda, e a prescindere dalle evenienze che si possano verificare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Il ricorrente, nell'articolare le proprie censure nei confronti della pronuncia del giudice di legittimità, sostiene che essa avrebbe menomato la funzione d'indirizzo politico, che la Costituzione assegna al Governo in materia religiosa (artt. 7, 8, terzo comma, 92 e 95 Cost.), funzione «assolutamente libera nel fine» e quindi «insuscettabile di controllo da parte dei giudici comuni».

Rileva, in particolare, come non possa in alcun modo sostenersi la tesi della doverosità dell'avvio delle trattative per la conclusione dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. Tale ultima disposizione, infatti, costituirebbe norma sulle fonti, dal momento che le intese integrerebbero il presupposto per l'avvio del procedimento legislativo finalizzato all'approvazione della legge che regola i rapporti tra Stato e confessione religiosa, e pertanto parteciperebbero della stessa natura, di atto politico libero, delle successive fasi dell'iter legis. Le intese, in quanto dirette all'approvazione di una legge, coinvolgerebbero la responsabilità politica del Governo, ma non la responsabilità dell'amministrazione.

In sostanza – sostiene il ricorrente – poiché l'omesso esercizio della facoltà di iniziativa legislativa in materia religiosa rientra tra le determinazioni politiche sottratte al controllo dei giudici comuni, così come il Governo è libero di non dare seguito alla stipulazione dell'intesa, omettendo di esercitare l'iniziativa per l'approvazione della legge prevista dall'art. 8, terzo comma, Cost., a maggior ragione dovrebbe essere libero, nell'esercizio delle sue valutazioni politiche, di non avviare alcuna trattativa. Ancora, si osserva che se il Governo può recedere dalle trattative o comunque è libero, pur dopo aver stipulato l'intesa, di non esercitare l'iniziativa legislativa per il recepimento dell'intesa con legge, ciò significa che il preteso “diritto” all'apertura delle trattative è, in realtà, un «interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica».

Conseguentemente, è chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare che non spetta alla Corte di cassazione, sezioni unite civili, affermare la sindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del rifiuto del Consiglio dei ministri di avviare le trattative finalizzate

alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost.

2.– In via preliminare, deve essere dichiarato ammissibile l'intervento, spiegato nel presente giudizio, dall'UAAR, parte resistente nel giudizio in cui è stata resa l'impugnata sentenza della Corte di cassazione.

Nei giudizi per conflitto di attribuzione non è, di norma, ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi. Tale regola, tuttavia, non opera quando la pronuncia resa nel giudizio costituzionale potrebbe precludere la tutela giudiziaria della situazione giuridica soggettiva vantata dall'interveniente, senza che gli sia data la possibilità di far valere le proprie ragioni (da ultimo, sentenze n. 144 del 2015, n. 222 e n. 221 del 2014, pronunciate in conflitti fra poteri dello Stato, e sentenze n. 107 del 2015, n. 279 del 2008, n. 195 del 2007 e n. 386 del 2005, rese in conflitti tra enti). Tale è la situazione dell'UAAR nel giudizio in esame, poiché l'accoglimento del ricorso impedirebbe all'interveniente di giovare di una pronuncia giudiziaria, al fine di ottenere l'apertura delle trattative preordinate alla stipulazione di un'intesa ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

3.– Va confermata, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'ammissibilità del conflitto – già dichiarata da questa Corte, in sede di prima e sommaria deliberazione, con l'ordinanza n. 40 del 2015 – sussistendone i presupposti soggettivi e oggettivi.

3.1.– Con riguardo al profilo soggettivo, deve essere ribadita la legittimazione a proporre il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, sia in proprio, sia in rappresentanza del Consiglio dei ministri.

Il Presidente del Consiglio dei ministri è l'organo competente a dichiarare la volontà del Governo: il potere esecutivo, infatti, non è un "potere diffuso", ma si concentra nell'intero Governo, in nome dell'unità di indirizzo politico e amministrativo affermata dall'art. 95, primo comma, Cost. (sentenza n. 69 del 2009 e ordinanze n. 221 del 2004 e n. 123 del 1979). E le determinazioni concernenti i rapporti previsti dall'art. 8 Cost. sono espressamente assegnate al Consiglio dei ministri dall'art. 2, comma 3, lettera l), della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri), ovvero proprio dalla legge che dà attuazione all'art. 95 Cost., definendo l'organizzazione e le attribuzioni del Governo.

Nel conflitto in esame, va riconosciuta la legittimazione attiva anche del Presidente del Consiglio dei ministri in proprio, poiché nel procedimento di stipulazione delle intese – e in particolare nella fase iniziale di cui qui si discute, quando cioè si tratta di individuare l'interlocutore e avviare le trattative – la Presidenza del Consiglio assume autonomo rilievo, come è stabilito nell'art. 2, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303 (Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), in cui si afferma che il Presidente del Consiglio si avvale della Presidenza del Consiglio nei rapporti tra il Governo e le confessioni religiose ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., e come è confermato dalla prassi.

Non sussistono dubbi nemmeno sulla legittimazione della Corte di cassazione ad essere parte di un conflitto tra poteri dello Stato, a fronte della costante giurisprudenza di questa Corte, che tale legittimazione riconosce ai singoli organi giurisdizionali in quanto competenti, in posizione di piena indipendenza garantita dalla Costituzione, a dichiarare definitivamente, nell'esercizio delle relative funzioni, la volontà del potere cui appartengono (ex multis, con specifico riferimento alla legittimazione della Corte di cassazione, sentenze n. 29 e n. 24 del 2014, n. 320 del 2013 e n. 333 del 2011).

3.2.– L'ammissibilità del conflitto deve essere confermata anche sotto il profilo oggettivo, in quanto il ricorso, per quanto promosso avverso una decisione giudiziaria, non lamenta un *error in iudicando* (sentenza n. 81 del 2012), ma prospetta un conflitto «per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953). Infatti, il ricorrente non chiede a questa Corte di riesaminare la decisione con la quale la Corte di cassazione ha risolto un conflitto di giurisdizione attraverso l'interpretazione di fonti primarie. Se questa fosse la richiesta, ne conseguirebbe l'inammissibilità del conflitto, non potendo quest'ultimo istituto trasformarsi in un improprio mezzo d'impugnazione di decisioni giudiziarie (sentenza n. 259 del 2009 e ordinanza n. 117 del 2006). Il ricorrente contesta, invece, l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei propri confronti (sentenze n. 88 del 2012, n. 195 del 2007 e n. 276 del 2003) e, dunque, lamenta il superamento, per mezzo della sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, dei limiti che tale potere incontra nell'ordinamento, a garanzia delle attribuzioni costituzionali del Governo.

Né rileva che oggetto del ricorso per conflitto sia una sentenza resa in un giudizio volto a dirimere una questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., come eccepito dalla parte interveniente, ad avviso della quale le questioni di giurisdizione non potrebbero mai essere oggetto di un conflitto costituzionale. È ben vero che, nel disciplinare l'istituto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, l'art. 37, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 precisa che «[r]estano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione»; ma la disposizione da ultimo citata è appunto preordinata soltanto ad assicurare la persistenza, nell'ordinamento, della competenza della Corte di cassazione a dirimere i conflitti di giurisdizione, non, invece, ad escludere che la Corte costituzionale possa essere chiamata a decidere un conflitto tra poteri, quando il vizio denunciato sia comunque destinato a ripercuotersi sulla corretta delimitazione di attribuzioni costituzionali. Del resto, regolamento di giurisdizione e ricorso per conflitto tra poteri sono due rimedi distinti, operanti su piani diversi. Da un lato, non si può escludere che essi siano attivati entrambi, di fronte ad una pronuncia giudiziaria alla quale siano contemporaneamente imputabili l'erronea applicazione delle norme sulla giurisdizione e l'invasività in sfere d'attribuzione costituzionale (sentenze n. 259 del 2009 e n. 150 del 1981); dall'altro, ben può accadere che oggetto del ricorso, come in questo caso, sia proprio una pronuncia della Corte di cassazione, resa in sede di regolamento di giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, Cost.

Non è, pertanto, fondata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, prospettata dalla parte interveniente.

4.– Il ricorrente chiede che questa Corte, decidendo il conflitto, stabilisca che non spetta alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità da parte dei giudici comuni del diniego, opposto dal Consiglio dei ministri, alla richiesta del soggetto interveniente di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

Le opposte tesi che questa Corte è chiamata a valutare possono così riassumersi: da una parte, si ritiene che il diniego di avvio delle trattative, opposto dal Governo alla richiesta di un'associazione, non potrebbe essere oggetto di sindacato in sede giudiziaria, a pena della lesione della sfera di attribuzioni costituzionali dello stesso Governo, definite dagli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost.; dall'altra, si ritiene invece che tale sindacabilità dovrebbe essere affermata, poiché l'azionabilità della pretesa giuridica all'avvio delle trattative stesse sarebbe corollario dell'eguale libertà di cui

godono, ai sensi dell'art. 8, primo comma, Cost., tutte le confessioni religiose, e servirebbe a impedire che un'assoluta discrezionalità governativa in materia dia luogo ad arbitrarie discriminazioni.

Quanto all'esistenza di una situazione giuridica soggettiva, in ipotesi tutelata dall'ordinamento, consistente nella pretesa alla conclusione delle trattative o, addirittura, alla presentazione del disegno di legge sulla base dell'intesa stipulata, il ricorrente la contesta in radice; mentre l'interveniente ritiene che – con riferimento al procedimento per la stipulazione dell'intesa – la giurisdizione del giudice comune dovrebbe arrestarsi a partire dal momento in cui l'iniziativa legislativa sulla base dell'intesa sia esercitata, ma non prima: non escludendo, così, la configurabilità della pretesa soggettiva ora in questione, e di un sindacato del giudice su di essa. La sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, dalla quale origina il conflitto, afferma di non doversi pronunciare, nella risoluzione del regolamento di giurisdizione, sull'esistenza di un «diritto alla chiusura della trattativa», o all'esercizio dell'iniziativa legislativa successiva all'eventuale stipulazione dell'intesa.

Questa Corte ritiene, invece, che, per la soluzione del conflitto, pur delimitato nei termini anzidetti, non siano secondarie considerazioni in ordine all'effettiva configurabilità di una pretesa giustiziabile alla conclusione delle trattative, mentre restano estranee all'oggetto del conflitto valutazioni sugli adempimenti governativi successivi alla conclusione dell'intesa stessa, e sulle caratteristiche del procedimento che, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., conduce all'approvazione della legge destinata, sulla base dell'intesa, a regolare i rapporti tra lo Stato e la confessione non cattolica.

5.– Il ricorso è fondato, nei sensi di seguito precisati.

5.1.– La soluzione del presente conflitto non può prescindere da considerazioni attinenti alla natura e al significato che, nel nostro ordinamento costituzionale, assume l'intesa per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse da quella cattolica, ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost.

Il significato della disposizione costituzionale consiste nell'estensione, alle confessioni non cattoliche, del “metodo della bilateralità”, in vista dell'elaborazione della disciplina di ambiti collegati ai caratteri peculiari delle singole confessioni religiose (sentenza n. 346 del 2002). Le intese sono perciò volte a riconoscere le esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose (sentenza n. 235 del 1997), ovvero a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni (sentenza n. 59 del 1958), ovvero ancora a dare rilevanza, nell'ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa. Tale significato dell'intesa, cioè il suo essere finalizzata al riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso, deve restare fermo, a prescindere dal fatto che la prassi mostri una tendenza alla uniformità dei contenuti delle intese effettivamente stipulate, contenuti che continuano tuttavia a dipendere, in ultima analisi, dalla volontà delle parti.

Ciò che la Costituzione ha inteso evitare è l'introduzione unilaterale di una speciale e derogatoria regolazione dei rapporti tra lo Stato e la singola confessione religiosa, sul presupposto che la stessa unilateralità possa essere fonte di discriminazione: per questa fondamentale ragione, gli specifici rapporti tra lo Stato e ciascuna singola confessione devono essere retti da una legge «sulla base di intese».

È essenziale sottolineare, nel solco della giurisprudenza di questa Corte, che, nel sistema costituzionale, le intese non sono una condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire della libertà di organizzazione e di azione, o di giovare dell'applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori dell'ordinamento. A prescindere dalla stipulazione di intese, l'eguale

libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni dai primi due commi dell'art. 8 Cost. (sentenza n. 43 del 1988) e dall'art. 19 Cost, che tutela l'esercizio della libertà religiosa anche in forma associata. La giurisprudenza di questa Corte è anzi costante nell'affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (sentenze n. 346 del 2002 e n. 195 del 1993).

Allo stato attuale del diritto positivo, non risultano perciò corretti alcuni assunti dai quali muovono sia la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione che ha dato origine al presente conflitto, sia il soggetto interveniente. Non può affermarsi, infatti, che la mancata stipulazione di un'intesa sia, di per sé, incompatibile con la garanzia di eguaglianza tra le confessioni religiose diverse da quella cattolica, tutelata dall'art. 8, primo comma, Cost.

Nel nostro ordinamento non esiste una legislazione generale e complessiva sul fenomeno religioso, alla cui applicazione possano aspirare solo le confessioni che stipulano un accordo con lo Stato. Peraltro, la necessità di una tale pervasiva disciplina legislativa non è affatto imposta dalla Costituzione, che tutela al massimo grado la libertà religiosa. E sicuramente la Costituzione impedisce che il legislatore, in vista dell'applicabilità di una determinata normativa attinente alla libertà di culto, discrimini tra associazioni religiose, a seconda che abbiano o meno stipulato un'intesa.

Con riferimento agli ordinamenti che, invece, subordinano l'accesso alla disciplina prevista per le associazioni religiose ad un riconoscimento pubblico, o a quelli ove si riscontra, comunque, un più dettagliato assetto normativo in tema di associazioni e confessioni religiose, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenze 12 marzo 2009, Gütl contro Austria e Löffelmann contro Austria; sentenza 19 marzo 2009, Lang contro Austria; sentenza 9 dicembre 2010, Savez crkava "Rije života" e altri contro Croazia; sentenza 25 settembre 2012 Jehovas Zeugen in Österreich contro Austria) ha potuto identificare casi nei quali un'applicazione discriminatoria della normativa comporta una violazione degli artt. 9 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. Nel nostro ordinamento, invece, caratterizzato dal principio di laicità e, quindi, di imparzialità ed equidistanza rispetto a ciascuna confessione religiosa (sentenze n. 508 del 2000 e n. 329 del 1997), non è in sé stessa la stipulazione dell'intesa a consentire la realizzazione dell'eguaglianza tra le confessioni: quest'ultima risulta invece complessivamente tutelata dagli artt. 3 e 8, primo e secondo comma, Cost., dall'art. 19 Cost., ove è garantito il diritto di tutti di professare liberamente la propria fede religiosa, in forma individuale o associata, nonché dall'art. 20 Cost..

Per queste ragioni, non è corretto sostenere che l'art. 8, terzo comma, Cost. sia disposizione procedurale meramente servente dei – e perciò indissolubilmente legata ai – primi due commi, e quindi alla realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in essi sanciti. Il terzo comma, invece, ha l'autonomo significato di permettere l'estensione del "metodo bilaterale" alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni non cattoliche, ove il riferimento a tale metodo evoca l'incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative.

Diversa potrebbe essere la conclusione, anche in ordine alla questione posta dal presente conflitto, se il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. Se ciò

accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità e di validità delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate (sentenza n. 81 del 2012).

5.2.– La decisione del presente conflitto richiede preliminarmente di stabilire se nel nostro ordinamento sia configurabile una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative – preordinate alla conclusione di un'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. – con conseguente sindacabilità, da parte dei giudici comuni, del diniego eventualmente opposto dal Governo, a fronte di una richiesta avanzata da un'associazione che alleggi il proprio carattere religioso.

Ritiene questa Corte che ragioni istituzionali e costituzionali ostino alla configurabilità di una siffatta pretesa.

Vi osta, innanzitutto, il riferimento al metodo della bilateralità, immanente alla ratio del terzo comma dell'art. 8 Cost., che – tanto più in assenza di una specifica disciplina procedimentale – pretende una concorde volontà delle parti, non solo nel condurre e nel concludere una trattativa, ma anche, prima ancora, nell'iniziarla. L'affermazione di una sindacabilità in sede giudiziaria del diniego di avvio delle trattative – con conseguente possibilità di esecuzione coattiva del riconosciuto "diritto", e del correlativo obbligo del Governo, all'avvio di quelle – inserirebbe, invece, un elemento dissonante rispetto al metodo della bilateralità, ricavabile dalla norma costituzionale in esame.

In secondo luogo, un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse.

La sentenza impugnata afferma di non doversi pronunciare su tale ultimo aspetto; mentre l'interveniente – asserendo che la giurisdizione del giudice comune dovrebbe arrestarsi solo a partire dal momento in cui l'iniziativa legislativa sulla base dell'intesa, ormai conclusa, sia esercitata – sembra per vero intendere che una siffatta pretesa, sotto il controllo del giudice comune, sarebbe configurabile. Il ricorrente, per parte sua, sottolinea di poter recedere, in qualunque momento, dalle trattative, ricavandone che il preteso "diritto" all'apertura di esse sarebbe, in realtà, un «interesse di mero fatto non qualificato, privo di protezione giuridica».

Orbene – essendo caratteristica del procedimento il suo scopo unitario, in tal caso la stipulazione dell'intesa, ed essendo l'apertura del negoziato strutturalmente e funzionalmente collegata a tale atto finale – risulta contraddittorio negare l'azionabilità di un "diritto" all'intesa, quale risultato finale delle trattative, e al contempo affermare la giustiziabilità del diniego all'avvio delle stesse: giacché non si comprende a che scopo imporre l'illusoria apertura di trattative di cui non si assume garantita giudizialmente la conclusione.

Di converso, e conseguentemente, è proprio la non configurabilità di una pretesa alla conclusione positiva del negoziato e quindi alla stipulazione dell'intesa, a svuotare di significato l'affermazione di una pretesa soltanto al suo avvio. Non si vedrebbe, del resto, in quali forme giudiziali e con quali strumenti tale stipulazione potrebbe essere garantita all'associazione richiedente e imposta al Governo.

La non giustiziabilità della pretesa all'avvio delle trattative, inoltre, si fonda su ulteriori argomenti del massimo rilievo istituzionale e costituzionale.

Per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo effettivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare.

Vi è qui, in particolare, la necessità di ben considerare la serie di motivi e vicende,

che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative.

A fronte di tale estrema varietà di situazioni, che per definizione non si presta a tipizzazioni, al Governo spetta una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali, e che potrebbe indurlo a non concedere nemmeno quell'implicito effetto di "legittimazione" in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative. Scelte del genere, per le ragioni che le motivano, non possono costituire oggetto di sindacato da parte del giudice.

Questa Corte ha già affermato che, in una situazione normativa in cui la stipulazione delle intese è rimessa non solo alla iniziativa delle confessioni interessate, ma anche al consenso del Governo, quest'ultimo «non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa» (sentenza n. 346 del 2002). Ciò dev'essere in questa sede confermato, considerando altresì che lo schema procedurale, unicamente ricavabile dalla prassi fin qui seguita nella stipulazione d'intese, non può dare origine a vincoli giustiziabili.

Negando l'avvio alle trattative, il Governo non sfuggirebbe, tuttavia, ad ogni imputazione di responsabilità. L'art. 2, comma 3, lettera l), della legge n. 400 del 1988 sottopone alla deliberazione dell'intero Consiglio dei ministri «gli atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione». E poiché tra questi atti è sicuramente ricompresa la deliberazione di diniego di avvio delle trattative, è giocoforza riconoscere che anche di tale decisione il Governo risponde di fronte al Parlamento, con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare. La riserva di competenza a favore del Consiglio dei ministri, in ordine alla decisione di avviare o meno le trattative, ha l'effetto di rendere possibile, secondo i principi propri del governo parlamentare, l'effettività del controllo del Parlamento fin dalla fase preliminare all'apertura vera e propria delle trattative, controllo ben giustificato alla luce dei delicati interessi protetti dal terzo comma dell'art. 8 Cost.

In definitiva, un insieme complesso di ragioni, apprezzabili su piani diversi, inducono a giudicare non fondata la tesi esposta nella sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione e negli scritti difensivi dell'interveniente. Tutte queste ragioni, invece, convergono nel far ritenere che, alla luce di un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi protetti dagli artt. 8 e 95 Cost., non sia configurabile – in capo ad una associazione che ne faccia richiesta, allegando la propria natura di confessione religiosa – una pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost.

Dal disconoscimento dell'esistenza di tale pretesa, discende l'accoglimento del ricorso per conflitto, nei termini che verranno di seguito precisati.

5.3.– Spetta, dunque, al Consiglio dei ministri valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire, in esito ad esse, alla elaborazione bilaterale di una speciale disciplina dei reciproci rapporti. Di tale decisione – e, in particolare, per quel che in questa sede interessa, della decisione di non avviare le trattative – il Governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al Parlamento, ma non in sede giudiziaria. Non spettava perciò alla Corte di cassazione, sezioni unite civili, affermare la sindacabilità di tale decisione ad opera dei giudici comuni.

Va, tuttavia, precisato che – così come la valutazione riservata al Governo è strettamente riferita e confinata all'oggetto di cui si controverte nel presente conflitto, cioè alla decisione se avviare le trattative in parola – allo stesso modo l'atto di diniego di

cui si ragiona non può produrre, nell'ordinamento giuridico, effetti ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato.

Tale atto – nella misura e per la parte in cui si fonda sul presupposto che l'interlocutore non sia una confessione religiosa, come avvenuto nel caso da cui origina il presente conflitto – non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.

Le confessioni religiose, a prescindere dalla circostanza che abbiano concluso un'intesa, sono destinatarie di una serie complessa di regole, in vari settori. E la giurisprudenza di questa Corte afferma che, in assenza di una legge che definisca la nozione di "confessione religiosa", e non essendo sufficiente l'auto-qualificazione, «la natura di confessione potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo statuto che ne esprima chiaramente i caratteri, o comunque dalla comune considerazione», dai criteri che, nell'esperienza giuridica, vengono utilizzati per distinguere le confessioni religiose da altre organizzazioni sociali (sentenza n. 195 del 1993; in termini analoghi, sentenza n. 467 del 1992).

In questo contesto, l'atto governativo di diniego all'avvio delle trattative, nella parte in cui nega la qualifica di "confessione religiosa" all'associazione richiedente, non può avere efficacia esterna al procedimento di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., e non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell'associazione stessa.

Un eventuale atto lesivo, adottato in contesti ovviamente distinti rispetto a quello ora in questione, potrà essere oggetto di controllo giudiziario, nelle forme processuali consentite dall'ordinamento, allo scopo di sindacare la mancata qualificazione di confessione religiosa che pretendesse di fondarsi sull'atto governativo.

Nel delicato ambito del pluralismo religioso disegnato dalla Costituzione, non sono infatti configurabili "zone franche" dal sindacato del giudice, che è posto a presidio dell'uguaglianza di tutte le confessioni garantita dagli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.

In definitiva, un conto è l'individuazione, in astratto, dei caratteri che fanno di un gruppo sociale con finalità religiose una confessione, rendendola, come tale, destinataria di tutte le norme predisposte dal diritto comune per questo genere di associazioni. Un altro conto è la valutazione del Governo circa l'avvio delle trattative ex art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito ricade anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore. Quest'ultima è scelta nella quale hanno peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo.

In quest'ambito circoscritto, e solo in esso, appartiene dunque al Consiglio dei ministri discrezionalità politica, sotto il sempre possibile controllo del Parlamento, cui non può sovrapporsi il sindacato del giudice.

Va, pertanto, annullata l'impugnata sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili.

Per questi motivi

la CORTE COSTITUZIONALE

dichiara che non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri ha negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e, per l'effetto, annulla la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte costituzionale

Sentenza 13 aprile 2016, n. 84

Questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso e dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge 19 febbraio 2004, n. 40: inammissibilità

Abstract: *A fronte, dunque, di quella che è stata definita “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una decisione così ampiamente divisa sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. Compete dunque a quest’ultimo la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine: alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; nonchè alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui.*

[...]

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 3, ultimo capoverso, e 13, commi 1, 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), promosso dal Tribunale ordinario di Firenze nel procedimento civile vertente tra C.S.A. ed altro e il Centro di fecondazione assistita “Demetra” srl ed altra, con ordinanza del 7 dicembre 2012, iscritta al n. 166 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 29, prima serie speciale, dell’anno 2013.

[...]

Considerato in diritto

1.– Con l’ordinanza in epigrafe, emessa nella fase cautelare incidentale del giudizio di cognizione di cui si è in narrativa detto, il Tribunale ordinario di Firenze, in composizione monocratica – con riguardo alla legge (della quale è chiamato sotto duplice aspetto a fare applicazione) 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di

procreazione medicalmente assistita) – ha sollevato (così testualmente in dispositivo del provvedimento di rimessione) «questione di legittimità costituzionale:

a) dell'art. 13 [...] (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso) per contrasto con gli artt. 9, 32, 33 1° comma Cost.;

b) dell'art. 6, comma 3 u.c. [...] (divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo) per contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost.

c) dell'art. 13 comma 1, 2, 3 e 6 comma 3 u.c. [...] in quanto affetto da illogicità ed irragionevolezza, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33 1 comma Cost.».

2.– In realtà – come è dato evincere dalla motivazione (al di là della non lineare corrispondenza ad essa del dispositivo) della ordinanza in esame – il Tribunale a quo non censura l'intero articolo 13 della legge n. 40 del 2004, ma, inequivocabilmente, per un verso, i (soli) commi da 1 a 3 dello stesso art. 13, per contrasto con gli artt. 2, 3 (sotto il profilo della ragionevolezza), 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione e, per altro verso, il precedente art. 6, comma 3, ultimo capoverso, per violazione degli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.

2.1.– La prima questione investe l'art. 13, con esclusivo riferimento, quindi, ai suoi primi tre commi.

Le censure, al riguardo formulate, specificamente e unicamente risultano, comunque, rivolte alla previsione del «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso», e con le stesse si sollecita una pronunzia additiva, tale da comportare un temperamento all'assolutezza di quel divieto, nel senso che ove rimanga, in concreto, accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risulti destinato a rapida «estinzione»), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi «costituzionalmente rilevanti», quale quello della ricerca scientifica bio-medica in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Sotto il profilo della rilevanza, il rimettente ritiene che la questione sia strumentale al soddisfacimento degli interessi azionati nel caso di specie, dal momento che – avendo gli attori crioconservato nove embrioni (di cui cinque risultati affetti dalla patologia della esotosi e quattro non sottoponibili a biopsia) che, per loro espressa decisione, non sarebbero stati mai utilizzati nel processo procreativo – tali embrioni «soprannumerari» sarebbero inevitabilmente destinati all'autodistruzione, mentre esse parti vorrebbero che fossero utilizzati per attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria patologia genetica.

Quanto alla non manifesta infondatezza di detta questione, il Tribunale ordinario di Firenze rileva che la normativa denunciata – nella parte, appunto, in cui pone un divieto assoluto di qualsiasi ricerca scientifica, sugli embrioni residuati da procedimenti di procreazione medicalmente assistita (da ora in poi «PMA»), non finalizzata alla tutela dell'embrione stesso – violerebbe gli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost. (solo per obiter, in motivazione, sono richiamati anche gli «artt. 1, 5 e 18 della Convenzione di Oviedo sulle Biotecnologie»), per irragionevolezza del bilanciamento, così operato, tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica, ove si tratti (come nel caso sub iudice) di embrioni malati, o dei quali non sia noto lo stato di salute, il cui impianto sia stato rifiutato dalla coppia generatrice, che invece intenda destinarli alla ricerca scientifica, attesa l'alternativa delle loro certa distruzione.

2.2.– La seconda questione investe, come già rilevato, l'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge n. 40 del 2004.

Secondo la prospettazione del rimettente, la previsione che il consenso al trattamento di PMA non possa essere revocato dopo la fecondazione dell'ovocita, contenuta in detta norma, rappresenterebbe una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente, poiché il paziente verrebbe espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica, avuto riguardo anche al momento particolarmente delicato dell'attività medica, atteso che il trattamento, tutt'altro che concluso, verrebbe a trovarsi in una fase intermedia a cui necessariamente seguirebbe il momento essenziale culminante del trasferimento in utero del materiale prodotto. Da ciò discendendo, quindi, la violazione (anche per tale aspetto) degli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.

Ad avviso del Tribunale fiorentino – ancorché la ricorrente (dopo iniziale rifiuto) si fosse poi determinata ad effettuare il trattamento di PMA, utilizzando l'ultimo embrione (di media qualità) dei dieci da essa complessivamente prodotti – anche la riferita seconda questione manterrebbe la sua rilevanza, per avere l'interessata manifestato l'intenzione di ripetere il trattamento di PMA (non avendo quello precedente ottenuto l'esito sperato), con riserva, però, di decidere (in quel successivo contesto) se sottoporsi o meno al trasferimento in utero del materiale prodotto, solo in esito alla indagine genetica pre-impianto, sullo stesso, che ne avesse confermato la qualità.

3.– Di entrambe le suddette questioni, l'intervenuto Presidente del Consiglio dei ministri, per il tramite dell'Avvocatura generale dello Stato, ha eccepito la inammissibilità.

In subordine, ha contestato la fondatezza, nel merito, della impugnativa relativa ai commi da 1 a 3 dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004.

4.– L'istanza di rimessione in termini dei coniugi ricorrenti nel processo a quo, costituitisi tardivamente in questo giudizio, e la richiesta di ammissione di intervento, proveniente dall'Associazione Vox – Osservatorio italiano dei Diritti, sono state dichiarate entrambe inammissibili – e tale è stata, di conseguenza, dichiarata anche l'istanza di audizione di testi congiuntamente proposta da dette parti – con ordinanza di questo Collegio emessa all'udienza del 22 marzo 2016, che qui si conferma, e che resta allegata alla presente sentenza.

5.– Le due questioni sottoposte al vaglio di questa Corte sono state sollevate, come detto, in un procedimento d'urgenza, ma ciò non è di ostacolo alla loro ammissibilità, non avendo il Tribunale a quo provveduto in via definitiva sulla istanza cautelare dei ricorrenti, e non avendo, perciò, consumato la sua potestas iudicandi (per tutte, sentenze n. 96 del 2015, n. 200 e n. 162 del 2014, n. 172 del 2012, n. 151 del 2009).

6.– Va esaminata anzitutto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge n. 40 del 2004.

6.1.– La questione è inammissibile per il carattere meramente ipotetico, e non attuale, della sua rilevanza.

Lo stesso Tribunale fiorentino riferisce, infatti, che la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine – e ciò ha fatto, sia pur con esito non positivo – il trattamento di PMA.

Il dubbio di legittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso all'implan-

to dopo la fecondazione dell'ovulo risulta così privo, appunto, di rilevanza nel giudizio a quo. Né a diverso avviso si può pervenire, argomentando (come fa il rimettente) che «I ricorrenti intendono ripetere il ciclo di PMA, onde impellente è la risoluzione di ogni questione relativa alla manifestazione della volontà», posto che tale intento, pro futuro, non vale a rendere “attuale” la questione della revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale, una volta che, nel contesto del ciclo di PMA del quale ivi si discute, l'interessata ha poi di fatto, comunque, consentito al trasferimento in utero dell'unico embrione (tra quelli prodotti) non affetto da patologia.

6.2.– Del resto, il giudice a quo – dopo aver sottolineato che la prescrizione di cui all'art. 6 in esame, «già di per sé sprovvista di sanzione per l'ipotesi di violazione, è stata ulteriormente sfumata dalla deroga, introdotta dalla pronuncia della Corte, al divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, in tutti i casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto» – ammette che gli «aspetti problematici [che] residuano», in ordine a detta disposizione, prescindono da un concreto collegamento alla vicenda per cui è causa, essendo, a suo avviso su un piano generale, attinenti ad un «profilo pratico-operativo» (evidentemente, di per sé però estraneo alla quaestio legitimatis) e ad un «profilo sistematico», e cioè a quel «fine di dare coerenza al sistema» in relazione al quale già la sentenza n. 151 del 2009 ha dichiarato manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la pressoché identica questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004.

7.– Con riguardo, poi, alla denuncia di illegittimità costituzionale del successivo art. 13 della legge n. 40 del 2004, viene preliminarmente in esame l'eccezione formulata dalla difesa dello Stato, per la quale – avendo il rimettente fatto alternativamente riferimento, ora a detta norma nella sua interezza, ora ai soli primi tre suoi commi, «senza che la prospettata alternatività sia risolta» – la correlativa questione sarebbe inammissibile in quanto sollevata «in modo incerto [...] e in forma ancipite».

Si è già detto, però, come da una lettura sistematica dell'ordinanza di rinvio si evinca la riferibilità, senza dubbio alcuno, della questione in esame ai soli primi tre commi del menzionato art. 13 per quanto specificamente attiene all'ivi previsto «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzato alla tutela dell'embrione stesso», cui unicamente sono, del resto, rivolte le censure del Tribunale fiorentino.

E ciò, evidentemente, esclude la fondatezza della riferita eccezione.

8.– Nel merito, prospetta il Tribunale ordinario di Firenze – è questo propriamente il cuore dell'ordinanza di remissione – che un tale divieto assoluto di ricerca sperimentale sugli embrioni soprannumerari (ancorché) non impiantabili, si risolva «nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie, nonché, in modo del tutto irrazionale, nella negazione di qualunque bilanciamento tra dette esigenze, espressione di valori costituzionalmente tutelati, e lo statuto dell'embrione, in assenza di qualunque bilanciamento che contemperi la previsione con le ragioni di inutile salvaguardia di quest'ultimo, in quanto affetto da patologie».

E sostiene che ciò, appunto, inneschi il contrasto del denunciato art. 13, in parte qua, della legge n. 40 del 2004 con i plurimi evocati parametri costituzionali (artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.).

8.1.– La questione, così sollevata, rimanda al conflitto, gravido di implicazioni

etiche oltretché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto.

Un conflitto, in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi. Ed anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni, sono ben lungi dall'essere pervenuti a risultati su cui converga un generale consenso.

8.2.– Nel nostro ordinamento, la possibilità di creare embrioni non portati a nascita – embrioni comunemente definiti soprannumerari o residuali – è venuta ad emersione, sul piano giuridico, con la sentenza di questa Corte n. 151 del 2009, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva, comunque, la destinazione ad un unico e contemporaneo impianto. Ed ha, in conseguenza di ciò, derogato al divieto di crioconservazione sancito, in via generale, nel precedente comma 1 della stessa disposizione, in ragione della necessità del ricorso alla tecnica di congelamento, nei centri di PMA, con riguardo, appunto, agli embrioni prodotti ma non impiantati.

Il numero degli embrioni residuali privi di trasferimento, in particolare perché malati, risulta poi virtualmente ampliato in conseguenza e per effetto della successiva sentenza n. 96 del 2015. La quale – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai medesimi criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) – ha con ciò reso possibile la diagnosi preimpianto, al fine appunto di evitare il trasferimento, in utero della donna, degli embrioni affetti da siffatte patologie genetiche. Per i quali anche risulta, di conseguenza, derogato il divieto di crioconservazione.

Infine, con la sentenza n. 229 del 2015, questa Corte, intervenendo in ambito penale – oltre a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004 (sul reato di selezione degli embrioni), in (esclusiva) correlazione al contenuto della precedente sentenza n. 96 del 2015 – ha, invece, escluso la fondatezza della questione (contestualmente in quel giudizio sollevata) di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della stessa legge, che vieta penalmente sanzionandola, la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove affetti da malattia genetica. E ciò, sulla premessa che l'embrione, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»; e sulla base della considerazione per cui «il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione tamquam res, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista».

8.2.1.– Conclusivamente emerge dalla ricordata giurisprudenza che:

la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale «riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.» (sentenza n. 229 del 2015);

la tutela dell'embrione non è suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo

fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica, e nella stessa è stata individuata la ratio della norma penale (art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004) incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili (sentenza n. 229 del 2015);

come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della «tutela delle esigenze della procreazione» ed a quella della salute della donna (sentenze n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015).

Correttamente premette, dunque, il rimettente come sia “nuova” a questa Corte (e neppure implicitamente coinvolta dalle precedenti sue pronunzie) la questione, che ora egli solleva, «inerente il bilanciamento costituzionalmente ragionevole tra tutela dell'embrione e interesse alla ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva)».

9. – Il divieto di sperimentazione sugli embrioni, contenuto nell'art. 13 della legge n. 40 del 2004, era stato – come è noto – parallelamente, per altro, censurato innanzi alla Corte di Strasburgo, per contrasto con gli artt. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (CEDU), e 1 del Protocollo addizionale.

La correlativa causa (Parrillo contro Italia) è stata, nel frattempo, decisa dalla Grande Chambre con sentenza del 27 agosto 2015.

La Corte europea ha dichiarato, con detta sentenza, non ricevibile il ricorso della parte per il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). E ciò ha fatto, lasciando deliberatamente in disparte la «delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana», ritenendo, viceversa, decisiva ed assorbente la considerazione che gli embrioni non possono essere ricondotti al rango di “beni” («human embryos can not be reduced to “possessions” within the meaning of that provision»).

Ha escluso poi (con un unico voto dissenziente) la prospettata violazione dell'art. 8 della CEDU, sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica non trova copertura in quella disposizione, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e della identità della ricorrente medesima («it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity»).

Nella stessa sentenza, la Corte di Strasburgo, ha, comunque osservato, in premessa, che la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva chiaramente delicate questioni morali ed etiche e che i documenti di diritto comparato di cui dispone dimostrano che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non esiste un vasto consenso europeo in materia (paragrafo 176). Infatti, mentre diciassette, dei quaranta Stati membri dei quali la Corte possiede informazione hanno adottato un approccio permissivo in questo campo (paragrafo 177), altri Paesi hanno leggi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali, ed altri ancora consentono la ricerca in discussione a condizioni rigorose (paragrafo 178). L'Italia non è, pertanto, l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa che vieta la donazione di embrioni umani alla ricerca scientifica (paragrafo 179). Ed è per tali motivi che la Corte ritiene che il Governo non abbia ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie (paragrafo 197).

10. – Senza, dunque, entrare in collisione con i parametri europei (non direttamente, per altro, in questo giudizio evocati) il legislatore italiano del 2004 ha correlato la tutela dell'embrione alla ricerca scientifica, disponendo (così testualmente sub comma 2 del

denunciato art. 13 della legge n. 40) che «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

Ancorché il referendum popolare abrogativo di detta norma, dichiarato ammissibile con sentenza di questa Corte n. 46 del 2005, non abbia poi avuto esito positivo per la mancata partecipazione, alla relativa votazione, della maggioranza degli aventi diritto, è proseguito, in termini di sempre più accentuata divaricazione, il dibattito – in ambito scientifico e giuridico, oltreché nel più ampio contesto della società civile – sulla stessa ragionevolezza o meno della correlazione, come sopra operata, dalla normativa ora oggetto di scrutinio in relazione ai plurimi precetti costituzionali di cui è ricognizione nell'ordinanza di rimessione.

10.1. – Nella prospettiva critica alla quale aderisce il Tribunale a quo – e che detto giudice risolve, appunto nel sospetto di illegittimità costituzionale (dei primi tre commi) del citato art. 13 della legge n. 40 del 2004 – si è, tra l'altro, sostenuto in varie sedi, dottrinarie e scientifiche:

che, a fronte dell'inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili (esistenze “in nuce” destinate all'ibernazione indefinita, prive di una reale possibilità di venire al mondo), il bilanciamento dovrebbe più ragionevolmente operarsi a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca scientifica suscettibile di salvare la vita di milioni di esseri umani;

che una tale destinazione manifesti, nella situazione sopra descritta, un rispetto per la vita umana ben superiore al mero “lasciar perire”, dando un senso socialmente utile alla futura e inevitabile distruzione dell'embrione;

che l'auspicata cedevolezza dei diritti dell'embrione rispetto alle esigenze della scienza inquadrirebbe la vicenda degli embrioni soprannumerari, non destinati all'impianto, in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto dell'art. 2 Cost.;

che, del resto, anche alle persone viventi non sarebbe precluso di sottoporsi a sperimentazione.

10.2. – Sul fronte opposto si è, viceversa, tra l'altro sottolineato:

che l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona;

che, già solo in ossequio ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l'embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”;

che esisterebbero infatti, percorsi alternativi, come quelli, ad esempio, che orientano la ricerca in direzione di una tecnica di regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale, o comunque dell'utilizzo di cellule staminali umane;

che sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non loro figli, e che si dona (a fini di ricerca scientifica) “qualcosa”, ma non si dona “qualcuno”, sia pure allo stato embrionale;

che, inoltre, la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull'embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione;

che, comunque, seppur la crioconservazione non è misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione, il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “in nuce”) non dovrebbe consentire di equiparare l’“uccidere” al “lasciar morire”.

11.– A fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale.

Ciò che, del resto, è avvenuto in tutti quegli Stati europei che, come ricordato dalla Corte di Strasburgo, «hanno adottato un approccio permissivo» nei confronti della ricerca sulle cellule embrionali, nei quali ad una siffatta opzione si è addivenuti sempre e soltanto per via legislativa.

È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte.

Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi nel tessuto normativo per via di un intervento additivo da parte di questa Corte (come quello che si richiede dal Tribunale a quo), stante il carattere non “a rima obbligata” di un tale intervento.

Il differente bilanciamento dei valori in conflitto, che attraverso l’incidente di costituzionalità si vorrebbe sovrapporre a quello presidiato dalla normativa scrutinata, non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch’esse, inevitabilmente riservate al legislatore.

Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “comercializzazione” degli embrioni residui.

12.– La questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, commi da 1 a 3, della legge n. 40 del 2004 è pertanto, a sua volta, sotto entrambi i delineati profili, inammissibile.

Per questi motivi

la CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3, ultimo capoverso, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13,

31, 32 e 33, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con l'ordinanza in epigrafe;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze, con la medesima ordinanza.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Parlamento italiano

Legge 28 giugno 2016, n. 130

“Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, in attuazione dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione”

Art. 1 Rapporti tra lo Stato e l’Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

I rapporti tra lo Stato e l’Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG) sono regolati dalle disposizioni della presente legge, sulla base dell’allegata intesa, stipulata il 27 giugno 2015.

Art. 2 Autonomia dell’Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

La Repubblica dà atto dell’autonomia dell’IBISG, liberamente organizzato secondo i propri ordinamenti e disciplinato dal proprio statuto. 2. La Repubblica, richiamandosi ai diritti inviolabili della persona garantiti dalla Costituzione, riconosce che le nomine dei ministri di culto, l’organizzazione comunitaria e gli atti in materia disciplinare e spirituale, nell’ambito dell’IBISG, si svolgono senza alcuna ingerenza statale. 3. La Repubblica garantisce la libera comunicazione dell’IBISG con la Soka Gakkai internazionale, con sede in Giappone - Tokyo.

Art. 3 Libertà religiosa

La Repubblica riconosce all’IBISG la piena libertà di svolgere la sua missione religiosa, spirituale, educativa, culturale e umanitaria. 2. E’ garantita all’IBISG, agli organismi da esso rappresentati e a coloro che ne fanno parte, la piena libertà religiosa, di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

Art. 4 Ministri di culto

Ai ministri di culto liberamente nominati dall’IBISG a norma del proprio statuto è assicurato il libero esercizio del loro ministero. 2. La qualifica di ministri di culto è certificata dall’IBISG che ne tiene apposito elenco e ne rilascia attestazione ai fini della presente legge. 3. Ai ministri di culto è riconosciuto il diritto di mantenere il segreto d’ufficio su quanto appreso nello svolgimento della propria funzione. 4. Nel caso di ripristino del servizio obbligatorio di leva, i ministri di culto, soggetti all’obbligo del servizio militare, sono assegnati, su loro richiesta e nel rispetto delle disposizioni sull’obiezione di coscienza, al servizio civile. 5. In caso di richiamo in servizio per esigenze di mobilitazione generale i ministri di culto, che abbiano prestato servizio militare, sono assegnati, su loro richiesta, al servizio civile o ai servizi sanitari, in relazione alle esigenze di servizio.

Art. 5 Assistenza spirituale

Gli appartenenti all’IBISG hanno diritto all’assistenza spirituale da parte dei

ministri di culto anche quando siano impegnati nel servizio militare, oppure siano ricoverati in strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali. 2. Gli interessati o i loro congiunti comunicano alle competenti amministrazioni le informazioni necessarie per reperire i ministri di culto richiesti. A tali ministri è assicurata la libertà di accesso alle strutture di cui al comma 1, affinché possano garantire l'assistenza spirituale. 3. Gli appartenenti all'IBISG, se detenuti in istituti penitenziari, hanno diritto all'assistenza spirituale da parte dei ministri di culto dell'Istituto. Ai ministri di culto è assicurato l'accesso agli istituti penitenziari senza particolare autorizzazione. 4. Per le finalità di cui ai commi 1, 2 e 3, apposito elenco dei ministri di culto è tenuto dall'IBISG e trasmesso alle competenti amministrazioni. 5. Gli oneri per lo svolgimento dell'assistenza spirituale di cui al presente articolo sono a carico dell'IBISG. 6. Gli appartenenti all'IBISG che prestano servizio militare possono ottenere, compatibilmente con le esigenze di servizio, opportuni permessi al fine di partecipare alle attività religiose della Soka Gakkai nella sede dell'Istituto geograficamente più vicina. 7. In caso di decesso in servizio di militari appartenenti all'IBISG, il comando militare competente adotta le misure necessarie ad assicurare che le esequie siano celebrate nel rispetto della volontà del defunto e della sua famiglia.

Art. 6 Insegnamento religioso nelle scuole

1. La Repubblica, nel garantire la libertà di coscienza di tutti, riconosce agli alunni delle scuole pubbliche di ogni ordine e grado il diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi. Tale diritto è esercitato ai sensi delle leggi dello Stato dagli alunni e da coloro cui compete la responsabilità su di essi. 2. L'IBISG fruisce delle possibilità offerte dalla legislazione vigente per rispondere alle richieste provenienti dagli alunni e dalle loro famiglie in ordine alla conoscenza e allo studio della dottrina religiosa della Soka Gakkai. 3. Gli oneri finanziari derivanti dai commi 1 e 2 sono comunque a carico dell'IBISG.

Art. 7 Libertà di insegnamento

1. La Repubblica, in conformità al principio della libertà della scuola e dell'insegnamento e nei termini previsti dalla Costituzione, garantisce all'IBISG il diritto di istituire liberamente scuole di ogni ordine e grado e istituti di educazione. 2. Alle scuole di cui al comma 1, cui sia riconosciuta la parità, è assicurata piena libertà, nel rispetto delle norme generali sull'istruzione e di quanto previsto dalla legge 10 marzo 2000, n. 62, e successive modificazioni, ed ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole dello Stato e degli altri enti territoriali, anche per quanto concerne gli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo di istruzione.

Art. 8 Edifici di culto

Gli edifici dell'IBISG aperti al culto pubblico non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con l'Istituto. 2. Salvo i casi di urgente necessità, la forza pubblica non può entrare, per l'esercizio delle sue funzioni, negli edifici di cui al comma 1, senza averne dato previo avviso e preso accordi con il ministro di culto responsabile dell'edificio. 3. Le affissioni e la distribuzione di pubblicazioni e stampati relativi alla vita religiosa e alla missione dell'IBISG, effettuate all'interno e all'ingresso degli edifici di culto di cui al comma 1 e delle loro pertinenze, nonché le collette raccolte nei predetti luoghi, continuano ad essere effettuate senza autorizzazione né ingerenza da parte degli organi dello

Stato e ad essere esenti da qualsiasi tributo. 4. Le competenti autorità dell'IBISG informano la Prefettura - Ufficio territoriale del Governo competente dell'esistenza di edifici di culto dell'Istituto medesimo nel territorio provinciale, indicando gli spazi specificamente dedicati al culto ed eventuali variazioni che si determinino. 5. L'autorità civile tiene conto delle esigenze religiose delle popolazioni fatte presenti dall'IBISG per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto dell'Istituto.

Art. 9 Trattamento delle salme e cimiteri

Agli appartenenti all'IBISG è assicurato il rispetto delle regole della propria tradizione per quanto riguarda il trattamento delle salme, in conformità alle norme vigenti in materia. 2. Possono essere previste nei cimiteri aree riservate ai sensi della normativa vigente. 3. La dichiarazione individuale rilasciata all'IBISG dai suoi appartenenti di voler essere cremato è equiparata alle dichiarazioni ritenute valide, dalle leggi vigenti, ai fini delle autorizzazioni alla cremazione.

Art. 10 Certificazione dell'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

Per i fini di cui agli articoli 4, 5 e 8, l'IBISG rilascia apposita certificazione della qualificazione di ministro di culto.

Art. 11 Enti dell'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai

1. Ferma restando la personalità giuridica dell'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai, riconosciuto con decreto del Presidente della Repubblica 20 novembre 2000, altri enti costituiti dall'IBISG possono essere riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili con decreto del Ministro dell'interno, purché abbiano la sede in Italia e perseguano fini di religione o di culto. 2. Il fine di religione o di culto è accertato di volta in volta in conformità alle disposizioni dell'articolo 12. 3. Il riconoscimento della personalità di un ente dell'IBISG è concesso su domanda di chi rappresenta l'ente secondo gli statuti e previa delibera favorevole del consiglio nazionale. 4. L'ente non può essere riconosciuto se non è rappresentato giuridicamente e di fatto da un cittadino italiano o cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea avente domicilio in Italia. 5. Gli enti dell'IBISG che hanno la personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato assumono la qualifica di enti dell'IBISG civilmente riconosciuti.

Art. 12 Attività di religione o di culto

Agli effetti civili si considerano comunque: a) attività di religione o di culto quelle dirette al rito del Gongyo e al culto del Gohonzon, alle cerimonie religiose, allo studio dei testi buddisti e in particolare di quelli di Nichiren Daishonin, all'assistenza spirituale, alla formazione dei ministri di culto, alla diffusione dei principi buddisti di nonviolenza e di rispetto e compassione per tutte le forme di vita esistenti; b) attività diverse da quelle di religione o di culto, quelle di assistenza e beneficenza, di istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o aventi scopo di lucro.

Art. 13 Regime tributario

Agli effetti tributari gli enti dell'IBISG civilmente riconosciuti aventi fine di religione o di culto, come pure le attività dirette a tali scopi, sono equiparati a quelli aventi fine di beneficenza o di istruzione. 2. Gli enti dell'IBISG, civilmente riconosciuti, possono svolgere attività diverse da quelle di religione o di culto. 3. Le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte da tali enti, sono soggette, nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, alla normativa europea e alle leggi dello Stato

concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime.

Art. 14 Gestione degli enti

La gestione ordinaria e gli atti di straordinaria amministrazione degli enti dell'IBISG civilmente riconosciuti si svolgono sotto il controllo delle competenti autorità confessionali senza alcuna ingerenza da parte dello Stato.

Art. 15 Iscrizione nel registro delle persone giuridiche

Gli enti dell'IBISG civilmente riconosciuti devono iscriversi entro i termini previsti dalla normativa vigente nel registro delle persone giuridiche. 2. Nel registro delle persone giuridiche, oltre alle indicazioni prescritte dalle norme vigenti in materia, devono risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza dell'ente.

Art. 16 Mutamento ed estinzione degli enti

1. Ogni mutamento sostanziale nel fine, nella destinazione del patrimonio e nel modo di esistenza di un ente dell'IBISG civilmente riconosciuto acquista efficacia civile mediante riconoscimento con decreto del Ministro dell'interno. 2. In caso di mutamento che faccia perdere all'ente uno dei requisiti prescritti per il suo riconoscimento, il riconoscimento stesso è revocato con decreto del Ministro dell'interno, sentito l'IBISG. 3. La soppressione di un ente aderente all'IBISG, civilmente riconosciuto, o la sua estinzione per altra causa hanno efficacia civile mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche del provvedimento del competente organo dell'IBISG che sopprime l'ente o ne dichiara l'avvenuta estinzione. L'iscrizione è disposta con decreto del Ministro dell'interno. 4. La devoluzione dei beni dell'ente soppresso o estinto avviene secondo quanto prevede il provvedimento dell'IBISG, salvi comunque la volontà dei disponenti, i diritti dei terzi e le disposizioni statutarie.

Art. 17 Contributi deducibili agli effetti IRPEF

La Repubblica prende atto che l'IBISG si sostiene finanziariamente con i contributi volontari dei suoi fedeli. 2. A decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, le persone fisiche possono dedurre dal proprio reddito complessivo, agli effetti dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, le erogazioni liberali in denaro, fino all'importo di euro 1.032,91, a favore dell'IBISG, destinate alla realizzazione delle finalità istituzionali dell'Istituto e delle attività di cui all'articolo 12, comma 1, lettera a). 3. Le modalità per la deduzione di cui al comma 2 sono determinate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

Art. 18 Ripartizione della quota dell'otto per mille del gettito IRPEF

1. A decorrere dal periodo di imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'IBISG concorre, con i soggetti e secondo le modalità previste dalla normativa vigente, alla ripartizione della quota pari all'otto per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche liquidata dagli uffici sulla base delle dichiarazioni annuali, destinando le somme devolute a tale titolo dallo Stato, oltre che ai fini di cui all'articolo 17, comma 2, anche ad interventi sociali e umanitari in Italia e all'estero, nonchè ad iniziative per la promozione della pace, del rispetto e difesa della vita in tutte le forme esistenti, nonchè per la difesa dell'ambiente. 2. L'attribuzione delle somme di cui al comma 1 viene effettuata sulla base delle scelte espresse dai contribuenti in sede di dichiarazione annuale dei redditi, nel cui modulo l'Istituto verrà indicato

con la denominazione «Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai (IBISG)». Per quanto riguarda le quote relative alle scelte non espresse dai contribuenti, l'IBISG dichiara di partecipare alla loro ripartizione in proporzione alle scelte espresse, utilizzando le relative somme per le stesse destinazioni di cui al comma 1. 3. A decorrere dal terzo anno successivo a quello di cui al comma 1 lo Stato corrisponde annualmente, entro il mese di giugno, all'IBISG le somme determinate ai sensi dell'articolo 45, comma 7, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, sulla base delle dichiarazioni annuali relative al terzo periodo di imposta precedente.

Art. 19 Commissione paritetica

1. Su richiesta di una delle due parti, al fine di predisporre eventuali modifiche, si può procedere alla revisione dell'importo deducibile ed alla valutazione della quota IRPEF di cui agli articoli 17 e 18, ad opera di un'apposita Commissione paritetica nominata dall'autorità governativa e dall'IBISG.

Art. 20 Rendiconto annuale

1. L'IBISG trasmette annualmente al Ministro dell'interno un rendiconto relativo all'effettiva utilizzazione delle somme di cui agli articoli 17 e 18 e ne diffonde adeguata informazione. 2. Il rendiconto di cui al comma 1 deve comunque precisare gli interventi operati per le finalità previste dagli articoli 17 e 18. 3. Il Ministro dell'interno, entro trenta giorni dal ricevimento dei rendiconti, ne trasmette copia, con propria relazione, al Ministro dell'economia e delle finanze.

Art. 21 Beni culturali

1. La Repubblica e l'IBISG si impegnano a collaborare per la tutela e la valorizzazione dei beni afferenti al patrimonio culturale dell'Istituto e dei soggetti di cui all'articolo 11, eventualmente anche istituendo a tal fine un'apposita Commissione mista.

Art. 22 Festività religiose

La Repubblica riconosce agli appartenenti all'IBISG, su loro richiesta, il diritto di osservare le festività del 16 febbraio, che celebra la nascita del Buddha Nichiren Daishonin, e del 12 ottobre, che celebra l'iscrizione del Dai Gohonzon, vero oggetto di culto per gli appartenenti all'IBISG, da parte dello stesso Nichiren Daishonin. Tale diritto è esercitato nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro. Restano comunque salve le imprescindibili esigenze dei servizi essenziali previsti dall'ordinamento giuridico italiano.

Art. 23 Norme di attuazione

1. Le autorità competenti, nell'emanare le norme di attuazione della presente legge, tengono conto delle esigenze fatte loro presenti dall'IBISG e avviano, se richieste, opportune consultazioni.

Art. 24 Cessazione di efficacia della normativa sui culti ammessi e delle norme contrastanti

1. Con l'entrata in vigore della presente legge le disposizioni della legge 24 giugno 1929, n. 1159, e del regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289, cessano di avere efficacia ed applicabilità nei riguardi dell'IBISG, degli enti ed opere che ne fanno parte e degli organi e persone che li costituiscono. 2. Ogni norma contrastante con la pre-

sente legge cessa di avere efficacia nei confronti dell'IBISG, degli enti ed opere che ne fanno parte e degli organi e persone che li costituiscono, dalla data di entrata in vigore della legge medesima.

Art. 25 Ulteriori intese

Ove una delle due parti ravvisasse l'opportunità di modifiche al testo dell'allegata intesa, le parti tornano a convocarsi a tale fine. Alle modifiche si procede con la stipulazione di una nuova intesa e con la conseguente presentazione al Parlamento di apposito disegno di legge di approvazione, ai sensi dell'articolo 8 della Costituzione. 2. In occasione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgano rapporti dell'IBISG con lo Stato sono promosse previamente, in conformità all'articolo 8 della Costituzione, le intese del caso.

Art. 26 Copertura finanziaria

1. Agli oneri derivanti dall'articolo 17, valutati in euro 1.846.000 per l'anno 2017 ed in euro 1.081.000 a decorrere dall'anno 2018, si provvede mediante corrispondente riduzione delle proiezioni dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2016-2018, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali» della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2016, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al medesimo Ministero. 2. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio. La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Fonte: www.olir.it

Presentazione

La sezione Giurisprudenza e Legislazione civile di questo numero della Rivista riporta diverse massime di particolare interesse. Con la sentenza della Corte di Cassazione - Sezione Prima Civile del 22 giugno 2016, n. 12962 viene affrontato un tema delicato riguardante l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso ovvero viene stabilito che il genitore sociale omosessuale può adottare il figlio biologico del partner per quanto non sussista una impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo.

Di seguito, la sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 15 aprile 2016, n. 601, avente come oggetto la delibazione, stabilisce che deve essere rigettata la domanda di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale qualora al suo interno siano presenti disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano in quanto il matrimonio si è protratto oltre dieci anni ed ha visto la nascita di due figli. Tale rilievo si pone in stridente contrasto con l'affermata carenza di consenso della moglie al momento delle nozze, apparendo la prosecuzione del rapporto coniugale con la nascita di due figli sintomatica di accettazione consapevole del vincolo in tutti i suoi risvolti morali e materiali. Tale pronuncia, con nota redazionale di Marco Canonico, ha come oggetto gli orientamenti giurisprudenziali in tema di ordine pubblico in materia matrimoniale.

Altra sentenza di particolare interesse è la sentenza 8 gennaio 2016, n. 4 emessa dalla Corte d'Appello di Trieste riguardante la protezione sussidiaria di un cittadino pakistano in quanto sussistono elementi che inducono a ritenere la presenza di una condizione di potenziale rischio per la sua attuale incolumità, stante il perdurante clima di generale violenza indiscriminata e di scontri tra gruppi armati di varie correnti religiose, in un contesto di assoluta carenza delle condizioni minime di sicurezza. Sempre sulla stessa direzione si muove l'Ordinanza del 18 febbraio 2016, n. 5341 del Tribunale di Venezia - Sezione Terza Civile - in cui si evidenzia che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. IV, sent. 30.01.2014, n. 285/2012) ha chiarito che in assenza di una definizione di conflitto armato interno, la definizione della portata di questi termini deve essere stabilita sulla base del suo significato abituale nel linguaggio corrente ovvero una situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione. La situazione del Pakistan appare, dunque, particolarmente delicata, connotata da un elevato rischio di attentati terroristici nonché teatro di sequestri da parte di gruppi criminali, scontri e disordini di carattere religioso.

Il Tribunale di Milano - Sezione Nona Civile - con la sentenza 2-18 marzo, n. 3521 affronta la problematica inerente il conflitto tra genitori separati sulla frequenza dei figli minori tra scuola privata e scuola pubblica. Preferenza e prevalenza va data alle istituzioni scolastiche pubbliche poiché espressione primaria e diretta del sistema nazionale di istruzione nonché esplicazione principale del diritto costituzionale ex art. 33, comma II, cost.

Da ultimo, non per importanza, il decreto del Tribunale di Milano - Sezione Nona Civile - avente come oggetto la trascrizione tardiva e la sua applicazione nel caso di matrimoni celebrati con riti diversi da quello concordatario, trattandosi di uno *ius speciale* non esteso alle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile
Sentenza 22 giugno 2016, n. 12962

Adozione da parte di coppie dello stesso sesso – Coppie omogenitoriali – Minori – Famiglia – Figlio biologico del partner dello stesso sesso – Legame affettivo consolidato – Genitore biologico – Continuità affettiva ed educativa della sua relazione con l'adottante.

Il genitore sociale omosessuale può adottare il figlio biologico del partner per quanto non sussista una impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo (art. 44, lett. d, della l. 184/1983). In particolare, nella famiglia omogenitoriale non c'è abbandono del minore, ma un legame affettivo consolidato al quale va data rilevanza giuridica per la piena realizzazione dei diritti fondamentali di quest'ultimo.

Fonte: www.olir.it

Corte d'Appello di Firenze

Sentenza 15 aprile 2016, n. 601

Delibazione – Sentenza ecclesiastica – Nullità matrimonio canonico – Ordine pubblico

Deve essere rigettata la domanda di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale qualora al suo interno siano presenti disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano in quanto il matrimonio si è protratto oltre dieci anni ed ha visto la nascita di due figli. Tale rilievo si pone in stridente contrasto con l'affermata carenza di consenso della moglie al momento delle nozze, apparendo la prosecuzione del rapporto coniugale con la nascita di due figli sintomatica di accettazione consapevole del vincolo in tutti i suoi risvolti morali e materiali.

Fonte: inedita.

LA CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

Composta da:

- Andrea Riccucci	Presidente rel.
- Domenico Paparo	Consigliere
- Edoardo Monti	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

(*omissis*)

Fatto e diritto

1. Con citazione ritualmente notificata (*omissis*) ha convenuto dinanzi a questa Corte (*omissis*) ed ha chiesto la delibazione della decisione ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario contratto in (*omissis*) in (*omissis*), e che, pertanto, gli effetti di quella sentenza fossero dichiarati riconoscibili nello Stato italiano.

Il P.M. interveniva chiedendo l'accoglimento della domanda.

(*omissis*) è rimasta contumace nel presente procedimento nonostante rituale notifica della citazione.

La causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 22/01/2016.

2. "Va premesso che, a norma della L. n. 121 del 1985, art. 8, n. 2, le sentenze di nullità dei matrimoni pronunciate dai tribunali ecclesiastici sono delibabili ove ricorrano - oltre alle condizioni di cui al disposto della lett. b (e cioè che nel procedimento dinanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano) - anche le condizioni previste dalle lett. a) e c). Cioè che sussistesse, relativamente alla sentenza, la competenza del giudice ecclesiastico a conoscere della causa, in quanto relativa a matrimonio concordatario celebrato in conformità delle prescrizioni del

comma 1 del cit. art. (lett. a) e che ricorressero, inoltre (lett. c) “le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere”. Va inoltre precisato che tale rinvio, avendo natura di rinvio materiale e non formale (Cass. 10 maggio 2006, n. 10796), va riferito al testo dell’art. 797 c.p.c., vigente all’epoca dell’entrata in vigore della legge n. 121 del 1985, e non alla legge n. 218 del 1995 (art. 64), successivamente entrata in vigore. Infatti, come è stato già affermato da questa Corte (Cass. 11 febbraio 2008, n. 3186; 8 giugno 2005, n. 12010; 25 maggio 2005, n. 11020; 30 maggio 2003, n. 8764), l’abrogazione dell’art. 797 c.p.c., sancita dalla L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 73, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, non è idonea, in ragione della fonte di legge formale ordinaria da cui è disposta, a spiegare efficacia sulle disposizioni dell’Accordo, con protocollo addizionale, di modificazione del Concordato lateranense, firmato a Roma il 18 febbraio 1984 e reso esecutivo con la L. 25 marzo 1985, n. 121, disposizioni le quali – con riferimento alla dichiarazione di efficacia, nella Repubblica Italiana, delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici – contengono un espresso riferimento all’applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c., (così l’art. 4 del protocollo addizionale, in relazione all’art. 8 dell’Accordo). Ne consegue che il Giudice italiano, al fine di decidere sulla domanda avente ad oggetto la predetta dichiarazione di efficacia, deve continuare ad applicare i menzionati articoli del codice di procedura civile, i quali risultano perciò connotati – relativamente a tale specifica materia ed in forza del principio concordatario accolto dall’art. 7 Cost. (comportante la resistenza all’abrogazione delle norme pattizie, le quali sono suscettibili di essere modificate, in mancanza di accordo delle parti contraenti, soltanto attraverso leggi costituzionali) – da una vera e propria ultrattività¹.

Alla stregua dunque dell’art. 797 c.p.c. ed 8 comma 2 della legge n. 121/85, deve affermarsi la insussistenza dei requisiti per il riconoscimento considerato che:

1) il giudice (Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco) che ha pronunciato la sentenza de qua era munito di competenza giurisdizionale;

2) la procedura si è ivi svolta con il rispetto dei principi del contraddittorio e delle garanzie di difesa per parte convenuta;

3) la sentenza risulta esecutiva secondo le norme ecclesiastiche.

4) la sentenza non è contraria ad altra pronunciata da giudice italiano.

5) la sentenza contiene però disposizioni contrarie all’ordine pubblico italiano in quanto il matrimonio si è protratto oltre dieci anni ed ha visto la nascita di due figli.

Tale rilievo si pone in stridente contrasto con l’affermata carenza di consenso della moglie al momento delle nozze, apparendo la prosecuzione del rapporto coniugale con la nascita di due figli sintomatica di accettazione consapevole del vincolo in tutti i suoi risvolti morali e materiali.

Per vero, discutendosi di un rapporto di durata in cui gli effetti del consenso si rinnovano giorno per giorno e non si esauriscono nell’istante della stipulazione, è logico ritenere che l’ipotetico vizio del consenso esistente al momento delle nozze sia stato assorbito e superato dalla consapevolezza maturata successivamente dai contraenti, non tanto rispetto all’astratta prefigurazione del modello negoziale, ma nella sua sperimentazione concreta, tanto più a seguito della nascita di due figli. A bene vedere, ciò che l’ordinamento italiano intende primariamente tutelare è proprio il matrimonio come rapporto, più del matrimonio come atto, che costituisce soltanto

¹ Sez. 1, Sentenza n. 16051 del 08/07/2009.

il presupposto iniziale per disciplinare a tempo indeterminato la vita della coppia in una cornice di diritti e doveri reciproci idonei ad assicurare la funzione sociale della famiglia. In questa logica, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno stabilito che *“la convivenza come coniugi, quale elemento essenziale del matrimonio-rapporto, ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di ordine pubblico italiano, la cui inderogabile tutela trova fondamento nei principi supremi di sovranità e di laicità dello Stato, già affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 18 del 1982 e n. 203 del 1989, ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto”* (massima tratta da Cass. S.U. n. 16379/2014, recentemente confermata da Cass. n. 1494/2015).

Sotto il profilo processuale, alla stregua degli insegnamenti scolastici è certo che la contrarietà all'ordine pubblico sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, in quanto il concetto serve per definizione a garantire la tutela di interessi misconosciuti dalle parti.

Recenti pronunce della Corte di Cassazione, richiamate dal ricorrente in comparsa conclusionale, sembrano tuttavia incrinare tale certezza, sul presupposto che la *“situazione giuridica di ordine pubblico ostativa alla delibazione della sentenza canonica di nullità del matrimonio, essendo caratterizzata da una complessità fattuale strettamente connessa all'esercizio di diritti, adempimento di doveri e assunzione di responsabilità di natura personalissima, è oggetto di un'eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio”* (massima da Cass. S.U. n. 16379/2014, conforme Cass. n. 18695/2015).

L'impostazione, come già questa Corte ha avuto modo di ribadire in altre precedenti decisioni, non è persuasiva, nella misura in cui finisce per consentire all'accordo tra le parti di aggirare facilmente la disciplina inderogabile di legge. A ben vedere, quel che conta ai fini della rilevanza processuale è che il profilo di contrarietà all'ordine pubblico emerga dagli atti, non che sia eccepito dalle parti, le quali potrebbero anche essere indifferenti, o addirittura contrarie agli interessi pubblicistici tutelati dal sistema, ma non possono essere autorizzati a violarli. Del resto, in tutte le altre materie di cui ha avuto modo di occuparsi, la giurisprudenza della Suprema Corte è sempre stata granitica in tal senso, sicché la deroga mostrata nei confronti delle sentenze emesse nell'ordinamento della Chiesa Cattolica si pone come *unicum* di ardua spiegazione giuridica. Per sincerarsene, basterà segnalare *ex multis* le seguenti massime:

– *“in tema di prestazioni previdenziali, la decadenza dall'esercizio dell'azione giudiziaria (...) è un istituto di ordine pubblico dettato a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti sui bilanci pubblici, ed è pertanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (...) dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale, di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto”* (Cass. n. 6331/2014);

– *“in tema di contenzioso tributario, ove il contribuente abbia impugnato il silenzio rifiuto su un'istanza di rimborso d'imposta, l'Amministrazione finanziaria può proporre per la prima volta anche in appello l'eccezione inerente l'adesione del contribuente al condono (...) trattandosi di una questione di ordine pubblico, rilevabile d'ufficio dal giudice, senza che occorra una specifica deduzione ad opera della parte interessata a farla valere”* (Cass. n. 20650/2015);

– *“la costituzione in giudizio innanzi al tribunale in una causa di valore indeterminato tramite patrocinatore legale non ancora iscritto nell'albo professionale degli avvocati (...) è affetta da nullità assoluta e insanabile, rilevabile anche d'ufficio in qualsiasi stato*

e grado del processo, riguardando la violazione di norme di ordine pubblico, attinenti alla regolare costituzione del rapporto processuale” (Cass. n. 26898/2014);

– “il divieto per il convenuto nel giudizio possessorio di proporre il giudizio petitorio fino a quando il primo non sia stato definito e la decisione eseguita, essendo previsto a tutela degli interessi generali ed ispirato all'esigenza di ordine pubblico del ripristino immediato della situazione possessoria lesa o compromessa, non costituisce una norma disponibile, con la conseguenza che la violazione del divieto può essere fatta valere anche d'ufficio, indipendentemente dall'eccezione della controparte” (Cass. n. 4728/2011);

– “la mutatio libelli va rilevata d'ufficio dal giudice di secondo grado e, in mancanza, in sede di legittimità, poiché il divieto di proporre domande nuove in appello costituisce una preclusione all'esercizio della giurisdizione ed il suo mancato rispetto, integrando, altresì, violazione dei principi del doppio grado di giurisdizione e del contraddittorio è violazione di norma di ordine pubblico” (Cass. n. 27890/2008).

Nell'eventualità di dover recepire decisioni straniere non cattoliche in materia di famiglia, c'è da domandarsi se, in mancanza di eccezione di parte, sarebbe possibile la delibazione di sentenze che ammettessero la compravendita di bambini, la nullità del matrimonio per sterilità della donna, l'esclusione dai diritti ereditari di un figlio per apostasia religiosa, o in altri simili frangenti “*personalissimi e complessi*” che comunque urtano i criteri d'ordine pubblico italiano. Per simmetria giuridica, l'ovvia risposta negativa non può che estendersi alla sentenza ecclesiastica che vorrebbe rendere nullo per vizio del consenso nel nostro ordinamento un matrimonio durato oltre dieci anni e dal quale sono nati due figli.

Resta soltanto da aggiungere che le circostanze ritenute ostative alla delibazione emergono nella specie nitidamente dallo stesso contenuto delle sentenze allegate e tanto basta per arrivare a respingere la domanda seppur nella contumacia della controparte.

La contumacia della parte vittoriosa rende superflua la pronuncia sulle spese che non ha avuto.

P.Q.M.

la Corte di Appello di Firenze, definitivamente pronunciando nella causa in oggetto, ogni altra sulla domanda, eccezione a deduzione disattesa,

respinge

la domanda di delibazione di sentenza ecclesiastica proposta da (*omissis*)

dispone

non luogo a provvedere sulle spese processuali.

Oscillazioni giurisprudenziali in tema di pretesa disponibilità dell'ordine pubblico

MARCO CANONICO

1. La prolungata convivenza coniugale intesa come principio di ordine pubblico

La sentenza che si annota ha ad oggetto una domanda di attribuzione di efficacia civile ad una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale. La decisione promana da un procedimento introdotto in forma contenziosa, nel quale l'attore ha convenuto in giudizio il coniuge chiedendo alla Corte d'Appello di Firenze il riconoscimento della pronuncia canonica fondata su un vizio di consenso da parte della moglie, non meglio precisato nel provvedimento oggetto di considerazione in questa sede.

La Corte adita nella motivazione del provvedimento si premura di rilevare come sussista in astratto la possibilità di delibare le sentenze di invalidità del vincolo coniugale pronunciate dai tribunali ecclesiastici ove sussistano i requisiti richiesti dall'art. 8, n. 2, dell'Accordo di Villa Madama, reso esecutivo con L. 25 marzo 1985 n. 121, e dal richiamato art. 797 c.p.c., che resta in materia applicabile, nonostante l'abrogazione nel frattempo intervenuta, stante la natura materiale del rinvio ad esso operato dalle disposizioni concordatarie¹.

In merito ai suddetti requisiti, si riconosce la sussistente competenza giurisdizionale del giudice *a quo*, il rispetto dei principi del contraddittorio e delle garanzie difensive delle parti nel corso del processo canonico, l'esecutività della sentenza ecclesiastica e la mancata contrarietà della stessa rispetto ad altro giudicato promanante dalla giurisdizione italiana. A sostegno del rigetto della domanda viene tuttavia rilevato che *“la sentenza contiene però disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano in quanto il matrimonio si è protratto oltre dieci anni ed ha visto la nascita di due figli”*, con la precisazione che *“tale rilievo si pone in stridente contrasto con l'affermata carenza di consenso della moglie al momento delle nozze, apparendo la prosecuzione del rapporto coniugale con la nascita di due figli sintomatica di accettazione consapevole del vincolo in tutti i suoi risvolti morali e materiali”*².

Sul punto la decisione si conforma all'indirizzo giurisprudenziale che, soprattutto

¹ Gli artt. 796 e 797 c.p.c. sono espressamente evocati dal punto 4 del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama ed il richiamo deve intendersi come rinvio materiale, con la conseguenza che il contenuto di dette disposizioni è stato recepito nella norma pattizia secondo il testo all'epoca vigente, a nulla rilevando la successiva abrogazione di tali norme ad opera della legge n. 218 del 1995. Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809 afferma infatti che l'abrogazione delle norme del codice di rito sul riconoscimento delle sentenze straniere *“non ha comportato la loro inapplicabilità nel giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, essendo divenuto il previgente art. 797 c.p.c. parte della convenzione interordinamentale che lo richiama”*.

² Nella motivazione del provvedimento si specifica in proposito che *“le circostanze ritenute ostative alla delibazione emergono nella specie nitidamente dallo stesso contenuto delle sentenze allegate”*.

nelle ipotesi di nullità del vincolo per esclusione di elementi o proprietà essenziali del matrimonio, conferisce rilevanza, nella prospettiva della riconoscibilità della pronuncia canonica in sede civile, al comportamento tenuto dal cosiddetto simulante nel corso della successiva vita coniugale. Mentre infatti la valutazione canonica ha ad oggetto la validità del consenso prestato dai nubendi al momento della celebrazione delle nozze senza che abbiano rilievo, se non a fini probatori, le vicende successive, fra cui la durata dell'unione, l'ordinamento statale conferisce valore preminente al rapporto e dunque allo svolgimento effettivo della relazione piuttosto che al matrimonio atto. Per la Chiesa le esigenze di diritto naturale, con particolare riferimento all'indissolubilità del vincolo, ed il carattere sacramentale dell'istituto impongono di prendere in considerazione esclusivamente l'idoneità del consenso espresso dai nubendi a far sorgere il vincolo nuziale, senza che la mancanza di volontà libera, consapevole e senza riserve degli interessati possa essere in alcun modo altrimenti supplita³ o successivamente sanata⁴. Lo Stato, al contrario, pur non trascurando il ruolo della volontà originaria, a tutela della quale appresta il sistema delle impugnazioni del matrimonio previsto dal codice civile (artt. 117-124), deve far valere ragioni di certezza del diritto e dei rapporti giuridici che impongono di stabilire dei limiti temporali alla proponibilità delle relative azioni e meccanismi di sanatoria delle invalidità originarie del vincolo, suscettibile in tal modo di acquistare definitiva stabilità nonostante l'eventuale inefficacia dell'iniziale manifestazione di volontà dei diretti interessati.

Nell'ottica del riconoscimento in sede civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale alle prospettate finalità di certezza dei rapporti giuridici si aggiungono ragioni di tutela del coniuge debole, stanti le diverse conseguenze economiche e patrimoniali al medesimo derivanti, in caso di fallimento dell'unione, dalla pronuncia di nullità rispetto al divorzio⁵. Di fronte a tale differenza di trattamento, pur ritenuta

³ Il can. 1057, § 1, del codice di diritto canonico stabilisce: *“L'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana”*.

⁴ L'ordinamento canonico prevede in realtà forme di convalidazione dell'originaria invalidità del matrimonio, ma solo se questa derivi dalla presenza di impedimenti o da vizio di forma (cann. 1156-1165) e non da mancanza di consenso (can. 1162, § 1), il quale peraltro deve persistere in entrambe le parti anche al momento del provvedimento di convalida (can. 1163), unitamente alla volontà delle stesse di *“perseverare nella vita coniugale”* (can. 1161, § 3).

⁵ Nell'ipotesi di cessazione degli effetti civili ai sensi dell'art. 5, sesto comma, della legge 1° dicembre 1970 n. 898 *“il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive”*, salva la possibilità, su accordo delle parti, di corresponsione dell'assegno in unica soluzione la quale, ove ritenuta congrua dal tribunale, esclude ogni futura rivendicazione di natura economica (art. 5, ottavo comma). Si prevede inoltre l'applicazione di un criterio automatico di rivalutazione dell'assegno (art. 6, settimo comma); la possibilità di garanzie reali o personali e di procedure speciali per ottenere l'adempimento degli obblighi di mantenimento (art. 8); la possibilità di successivi adeguamenti della misura dell'assegno al mutare delle reciproche condizioni economiche o dei bisogni (art. 9, primo comma); il diritto alla pensione di reversibilità (art. 9); la facoltà del coniuge superstite di ottenere un assegno a carico dell'eredità del coniuge defunto (art. 9-bis); il diritto ad una percentuale dell'indennità di

legittima dal giudice delle leggi in quanto derivante dall'applicazione di istituti giuridicamente diversi⁶, nell'inerzia del legislatore la giurisprudenza si è da tempo incaricata di provvedere a modificare la situazione rappresentata approntando meccanismi volti a tutelare la condizione del coniuge debole nelle ipotesi patologiche dell'unione coniugale, sia mediante l'introduzione di limiti sempre più incisivi all'ingresso delle nullità matrimoniali canoniche nell'ordinamento statale, sia cercando comunque di

fine rapporto percepita dall'altro coniuge (art. 12-*bis*). Tutte queste attribuzioni e garanzie non spettano nel caso della dichiarazione di nullità del vincolo matrimoniale a seguito della quale, salva l'applicabilità delle previsioni contenute negli artt. 129 e 129-*bis* c.c., che consentono rispettivamente al giudice di disporre l'obbligo di mantenimento per un periodo non superiore a tre anni a favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri ovvero il pagamento, a carico del coniuge o del terzo in mala fede, di una indennità pari almeno al mantenimento per analogo periodo, può essere richiesta in sede di deliberazione l'emanazione dei provvedimenti economici provvisori previsti dall'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama, secondo cui *“la corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia”*. La giurisprudenza ritiene peraltro che si tratti di provvedimenti aventi funzione strumentale e natura anticipatoria rispetto ai successivi pronunciamenti definitivi del Tribunale, dunque una sorta di provvedimento d'urgenza, la cui concessione è considerata subordinata all'accertamento, seppure in via sommaria, del diritto dell'interessato (*fumus boni juris*) e del pregiudizio che il tempo necessario al riconoscimento dello stesso in via ordinaria potrebbe comportare (*periculum in mora*). In tal senso, ad esempio, Cass. 23 novembre 2007 n. 24412, 18 maggio 2007 n. 11654, 19 novembre 2003 n. 17535, 17 marzo 1998 n. 2852, 25 luglio 1992 n. 8982. La funzione strumentale e la natura anticipatoria e provvisoria di tali provvedimenti escluderebbe l'impugnabilità degli stessi con ricorso per cassazione, in quanto *“ammissibile soltanto nei confronti dei provvedimenti giurisdizionali definitivi ed a carattere decisorio”* (Cass. 1° giugno 2012 n. 8857), che abbiano cioè *“attitudine ad incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (Cass. 17535/2003)”* (Cass. 18 maggio 2007 n. 11654).

⁶ La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle differenze previste in sede normativa riguardo alle conseguenze che discendono sotto il profilo economico dalle situazioni qui considerate, nella sentenza 27 settembre 2001 n. 329 ha posto in evidenza che *“... tanto nell'ipotesi della nullità, quanto in quella del divorzio, è possibile che dal matrimonio sia derivata l'instaurazione fra i coniugi di una consolidata comunione di vita. Ma spetta solo al legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità, e salvo il sindacato di costituzionalità – il potere di modificare il sistema vigente nella prospettiva di un accostamento tra la disciplina della nullità del matrimonio concordatario e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla sua trascrizione, per effetto di divorzio”*. La Consulta ha escluso che la diversità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla pronuncia di nullità rispetto a quelle che discendono dal divorzio possa essere qualificata come disparità di trattamento, in ragione del fatto che *“le due fattispecie della nullità del matrimonio e del divorzio presentano elementi di diversità non meramente formali, ma sostanziali. L'una si fonda – tanto nell'ordinamento civile quanto in quello canonico, sia la causa di nullità prevista da entrambi o da uno solo di essi – sulla constatazione giudiziale di un difetto originario dell'atto. L'altro, viceversa, si fonda, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 898 del 1970, sull'accertamento, ad opera del giudice, “che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3”, e quindi presuppone una crisi dello svolgimento del rapporto coniugale. La diversità strutturale delle due fattispecie vale di per sé ad escludere la violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto, a cagione di essa, non è costituzionalmente necessario che le situazioni di declaratoria della nullità canonica alle quali fanno riferimento i rimettenti debbano ricevere lo stesso trattamento che l'ordinamento assegna alla disciplina delle conseguenze patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (o dello scioglimento del matrimonio civile)”*.

salvaguardare, nonostante l'avvenuto riconoscimento di tali pronunce, le prerogative economiche eventualmente ottenute dal coniuge debole all'interno delle statuizioni del giudicato di cessazione degli effetti civili del matrimonio⁷.

2. *Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di ordine pubblico in materia matrimoniale*

Nell'intento di ostacolare la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di invalidità del vincolo coniugale, in spregio agli impegni concordatari in tal senso assunti

⁷ Nel vigore del Concordato lateranense e sino a Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144 la giurisprudenza riteneva che l'esistenza della pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento in sede civile della sentenza canonica di nullità del vincolo (Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144, 3 novembre 1988 n. 5923, 21 marzo 1980 n. 1905, 28 ottobre 1978 n. 4927, 29 novembre 1977 n. 5188, 9 agosto 1977 n. 3638, 26 luglio 1977 n. 3347, 29 novembre 1975 n. 3988, 13 ottobre 1975 n. 3257, 9 ottobre 1974 n. 2724), la quale una volta delibata travolgeva il provvedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio eventualmente presente, con tutte le relative pronunce, comprese quelle di natura economica. A sostegno di tale interpretazione si adduceva che la statuizione di divorzio non fa stato in ordine alla validità originaria del vincolo. Ed infatti, nonostante il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, in realtà dinanzi al giudice del divorzio in difetto di specifica eccezione sul punto non si ha statuizione riguardo alla validità del matrimonio, con la conseguenza che il provvedimento che ne dichiara la cessazione degli effetti civili lascia impregiudicata la questione concernente la validità del vincolo coniugale. Il menzionato rilievo acquistava ulteriore efficacia in presenza della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale, ora venuta meno secondo la Corte di Cassazione (Cass. sez. un. 13 febbraio 1993 n. 1824), in quanto il difetto di giurisdizione precludeva al giudice statale il potere di sindacare la validità originaria del vincolo, sicché a maggior ragione la pronuncia di divorzio non poteva far stato, neppure implicitamente, su tale aspetto. L'orientamento muta allorché la Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 23 marzo 2001 n. 4202, pur ribadendo che giudizio di divorzio e giudizio di nullità presentano differenti *petitum* e *causa petendi* e che dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non impedisce la successiva delibazione della sentenza canonica di invalidità del vincolo, ritiene comunque che, relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti statuizioni di natura economica, debba essere applicata la regola secondo cui, una volta accertata con sentenza passata in cosa giudicata la spettanza di un diritto, stanti gli effetti sostanziali del giudicato ex art. 2909 c.c. questa non è suscettibile di formare oggetto di un nuovo giudizio "al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c." (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Da simili presupposti deriva secondo la giurisprudenza l'intangibilità della pronuncia che attribuisce l'assegno di divorzio, una volta che sulla stessa si sia formato il giudicato, nonostante il sopravvenire della dichiarazione di invalidità originaria del vincolo. A simile conclusione per la Cassazione non osta il rilievo che le sentenze che operano la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano soggette al principio *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibili di modifica ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 in presenza di mutamenti delle condizioni originarie, dato che si ritiene che tale modifica presupponga la presenza di giustificati motivi sopravvenuti, da intendere "come circostanze che abbiano alterato l'assetto economico fra le parti, o di relazione con i figli, e non come circostanze che sarebbero state impeditive della emanazione della sentenza di divorzio e dell'attribuzione dell'assegno, le quali non sono idonee ad incidere sul giudicato se non nei limiti in cui sono utilizzabili attraverso il rimedio della revocazione" (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Nel senso della sopravvivenza delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio nonostante la sopravvenienza del riconoscimento civile della nullità ecclesiastica, Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, 24 luglio 2012 n. 12989, 11 febbraio 2008 n. 3186, 4 marzo 2005 n. 4795, 23 marzo 2001 n. 4202.

dall'Italia⁸, la giurisprudenza ha dapprima ritenuto opportuno attribuire la qualifica di principio di ordine pubblico alla buona fede in materia matrimoniale, con conseguente preclusione per il riconoscimento delle nullità canoniche derivanti da esclusione unilaterale di proprietà o elementi essenziali del matrimonio in ragione della necessità di tutelare l'affidamento dell'altro coniuge in ordine alla validità del vincolo coniugale⁹.

In un secondo momento si è voluto ampliare il margine di discrezionalità del giudice della delibazione introducendo, riguardo alle differenze esistenti fra la disciplina canonica e quella civile in materia matrimoniale, la distinzione fra una incompatibilità assoluta, che sussisterebbe *“allorché i fatti a base della disciplina applicata nella pronuncia di cui si è chiesta la esecutività e nelle statuizioni di questa, anche in rapporto alla causa petendi della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia”*, ed una incompatibilità con l'ordine pubblico relativa, che si avrebbe *“quando le statuizioni della sentenza ecclesiastica, eventualmente con la integrazione o il concorso di fatti emergenti dal riesame di essa ad opera del giudice della delibazione, pur se si tratti di circostanze ritenute irrilevanti per la decisione canonica, possano fare individuare una*

⁸ Nell'Accordo di Villa Madama lo Stato italiano ha assunto precisi obblighi, impegnandosi in particolare a conferire efficacia civile alle pronunce canoniche di nullità matrimoniale, in presenza di domanda degli interessati, alle condizioni stabilite dall'art. 8.2. Fra tali condizioni figura anche il rispetto dell'ordine pubblico, quale limite da intendere tuttavia in maniera restrittiva, come ostacolo cioè al riconoscimento di provvedimenti in contrasto con principi essenziali del nostro ordinamento, destinato in quanto tale ad operare in situazioni eccezionali, nelle quali si ravvisi una divergenza inaccettabile fra i contenuti dell'atto proveniente dall'ordinamento esterno e regole considerate fondamentali ed inderogabili per la nostra società. Negli intenti delle Parti il riconoscimento delle pronunce canoniche era infatti destinato a trovare larga e generalizzata applicazione, come dimostra l'espresso richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico contenuto al punto 4 del Protocollo addizionale, volto appunto ad agevolare la delibazione delle sentenze ecclesiastiche rispetto al trattamento riservato alle sentenze straniere. L'estensione giurisprudenziale dei contenuti dell'ordine pubblico restringe la possibilità di riconoscimento delle pronunce canoniche le quali, contrariamente agli originari intendimenti, finiscono in tal modo per scontare un trattamento peggiore rispetto alle sentenze straniere, che trovano ora ingresso nell'ordinamento italiano addirittura in maniera automatica.

⁹ Fra le numerose pronunce in tal senso: Cass. 10 novembre 2006 n. 24047, 7 dicembre 2005 n. 27078, 28 gennaio 2005 n. 1822, 19 novembre 2003 n. 17535, 16 luglio 2003 n. 11137, 6 marzo 2003 n. 3339, 12 luglio 2002 n. 10143, 28 marzo 2001 n. 4457, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 10 giugno 1987 n. 5051, 13 gennaio 1987 n. 142, 22 dicembre 1986 n. 7834, 13 ottobre 1986 n. 5986. La giurisprudenza ha peraltro introdotto delle limitazioni all'operatività di tale criterio precisando che, nonostante l'esclusione posta in essere in maniera unilaterale, si possa comunque pervenire alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale nelle ipotesi in cui il coniuge non simulante fosse, all'epoca delle nozze, a conoscenza delle altrui intenzioni escludenti (Cass. 15 dicembre 1987 n. 9297, 10 giugno 1987 n. 5051, 22 dicembre 1986 n. 7834, 7 maggio 1986 n. 3064, 9 dicembre 1985 n. 6215, 4 dicembre 1985 n. 6064, 15 novembre 1985 n. 5599, 19 marzo 1985 n. 2025, 21 gennaio 1985 n. 192, 15 ottobre 1984 n. 5166, 17 novembre 1983 n. 6862, 28 gennaio 1983 n. 770, 24 dicembre 1982 n. 7128, 1° ottobre 1982 n. 5026.), ovvero avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza (Cass. 2 febbraio 2015 n. 1790, 28 gennaio 2015 n. 1620, 22 maggio 2014 n. 11401, 18 dicembre 2013 n. 28220, 10 novembre 2006 n. 24047, 7 dicembre 2005 n. 27078, 16 luglio 2003 n. 11137, 12 luglio 2002 n. 10143, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 2 dicembre 1993 n. 11951, 13 ottobre 1986 n. 5986, 18 ottobre 1984 n. 5261, 13 giugno 1984 n. 3535, 10 maggio 1984 n. 2855, 3 maggio 1984 n. 2688).

fattispecie almeno assimilabile a quelle interne con effetti simili" (Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809). In virtù di tale diversificazione le Sezioni Unite hanno sancito il principio generale secondo cui *"impediscono l'esecutività in Italia della sentenza 'ecclesiastica' solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative, per il peculiare rilievo che lo Stato si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce"*¹⁰.

Allo scopo di impedire l'ingresso delle nullità canoniche la giurisprudenza ha infine ritenuto di attribuire rilevanza alla durata del matrimonio, qualificando la prolungata convivenza coniugale come principio di ordine pubblico, ostativo in quanto tale alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche. L'assunto ha in realtà trovato accoglimento solo in epoca recente, in quanto per lungo tempo si è ritenuto che la differenza di disciplina fra i due ordinamenti circa i termini di proponibilità dell'azione di impugnazione del matrimonio non comportasse profili di contrasto con l'ordine pubblico e di conseguenza potesse essere delibata la pronuncia canonica di nullità del vincolo matrimoniale sebbene pronunciata a distanza di anni dalla celebrazione del matrimonio, sul presupposto che la prolungata permanenza nel rapporto coniugale non potesse avere effetto sanante dell'invalidità iniziale né potesse essere interpretata come rinuncia a far valere l'originaria causa di nullità. In tal senso si era formato un orientamento costante e consolidato, suffragato da quattro pronunce della Corte di Cassazione a sezioni unite risalenti al 1988¹¹. Dopo decenni durante i

¹⁰ In dottrina, sulla sentenza Cass. S.U. 18 luglio 2008 n. 19809, FRANCESCO ALICINO, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e limiti di ordine pubblico interno: le ultime indicazioni delle sezioni unite*, in *Dir. eccl.*, 2008, pp. 307-327; ID., *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (a proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009, pp. 1-24; NICOLA BARTONE, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione, a sez. un. civ., del 18 luglio 2008 n. 19809*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 577-585; ID., *Pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2008, pp. 1-11; STEFANO BARTONE, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'Ordine Pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08*, in *Diritto e religioni*, n. 7, 2009/1, pp. 696-708; MARCO CANONICO, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo vulnus inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Dir. famiglia*, 2008, pp. 1895-1931; ANNA MARIA DE TULLIO, *Non delibabile la sentenza ecclesiastica di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 39, pp. 66-68; PAOLO DI MARZIO, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 542-577; FABIO FRANCESCHI, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, errore, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 617-638; ENRICO GIARNIERI, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio per errore indotto da dolo*, in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 21-32; STEFANIA LA ROSA, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*, in *Famiglia e dir.*, 2009, pp. 13-20; NATASCIA MARCHEI, *Ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, pp. 220 ss.

¹¹ Cass. 1° febbraio 2008 n. 2467, 10 maggio 2006 n. 10796, 12 luglio 2002 n. 10143, 7 aprile 2000 n. 4387, 7 aprile 1997 n. 3002, 11 febbraio 1991 n. 1405, 17 giugno 1990 n. 6552, 29 maggio 1990 n. 5026, 12 febbraio 1990 n. 1018, 17 ottobre 1989 n. 4166, 24 giugno 1989 n. 3099, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4700, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4701, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4702, sez. un. 20 luglio 1988 n. 4703, 15 gennaio 1987 n. 241, 1° agosto 1986 n. 4916, 31 luglio 1986 n. 4897, 7 maggio 1986 n. 3064, 7 maggio 1986 n. 3057, 6 dicembre 1985 n. 6134, 4 dicembre 1985 n. 6064, 15 novembre 1985 n. 5601, 16 ottobre 1985 n. 5077, 10 aprile 1985 n. 2370, 18 febbraio 1985 n. 1376, 21 gennaio 1985 n. 192, 13 giugno 1984 n. 3535, 3 maggio 1984 n. 2678, 3 maggio 1984 n. 2677. In materia

quali si sono considerate pacificamente delibabili nullità relative a matrimoni anche di considerevole consistenza temporale, le certezze al riguardo hanno iniziato a vacillare a seguito della sentenza della Corte di Cassazione 21 gennaio 2011 n. 1343, che ha ritenuto “*ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro, la loro particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio*” in quanto, “*riferita a date situazioni invalidanti dell'atto di matrimonio, la successiva prolungata convivenza è considerata espressiva di una volontà di accettazione del rapporto che ne è seguito e con questa volontà è incompatibile il successivo esercizio della facoltà di rimetterlo in discussione, altrimenti riconosciuta dalla legge*”¹².

Con successiva sentenza, 8 febbraio 2012 n. 1780, la Corte di Cassazione è di nuovo intervenuta sulla questione richiamando la precedente decisione e specificando che, “*pur meritando adesione l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato, con la distinzione concettuale ad esso sottesa tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, si deve ritenere che esso trovi applicazione nei casi in cui, dopo il matrimonio nullo, tra i coniugi si sia instaurato un vero consorzio familiare e affettivo, con superamento implicito della causa originaria di invalidità*”. Ne consegue che “*il limite di ordine pubblico postula... che non di mera coabitazione materiale sotto lo stesso tetto si sia trattato, – che nulla aggiungerebbe ad una situazione di mera apparenza del vincolo – bensì di vera e propria convivenza significativa di un'instaurata affectio familiae, nel naturale rispetto dei diritti ed obblighi reciproci – per l'appunto, come tra (veri) coniugi (art. 143 cod. civ.) – tale da dimostrare l'instaurazione di un matrimonio-rapporto duraturo e radicato, nonostante il vizio genetico del matrimonio-atto*”¹³.

di incapacità psichica negano rilevanza alla convivenza coniugale Cass. 18 febbraio 1985 n. 1370 e 12 aprile 1984 n. 2357. In senso contrario, a favore della rilevanza della convivenza quale motivo di contrasto con l'ordine pubblico, Cass. 14 gennaio 1988 n. 192, 3 luglio 1987 n. 5823, 18 giugno 1987 n. 5358, 18 giugno 1987 n. 5354, 13 giugno 1984 n. 3536, 19 maggio 1984 n. 1220.

¹² Sui contenuti e le problematiche sollevate da Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, MARCO CANONICO, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 726-727; GIUSEPPE DALLA TORRE, *La C.S.C.*, 20 gennaio 2011 n. 1343, *nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, *ivi*, pp. 1644-1649; PAOLO DI MARZIO, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*, *ivi*, pp. 734-737; MARIO FINOCCHIARO, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era formato il giudicato interno*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, pp. 73-77; NATASCIA MARCHEL, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2012, pp. 5-6, 16-20; ID., *Ordine pubblico matrimoniale e «convivenza» dopo la celebrazione del matrimonio (commento a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, n. 3, pp. 818-829; JULIA PASQUALI CERIOLI, «*Prolungata convivenza*» oltre le nozze e mancata ‘delibazione’ della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, in *Dir. eccl.*, 2011, pp. 761-770; ID., «*Prolungata convivenza*» oltre le nozze e mancata “delibazione” della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale (brevi note a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2011, pp. 3-7; ENRICO QUADRI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, pp. 195-201.

¹³ Per maggiori ragguagli sulla sentenza in questione, MARCO CANONICO, *La convivenza coniugale come ostacolo al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione fornisce precisazioni ma le incertezze aumentano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica

Un'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione, 4 giugno 2012 n. 8926, dopo aver ricordato come la giurisprudenza in più occasioni abbia affermato la possibilità di delibare nullità canoniche *"in ipotesi in cui l'azione di nullità era stata proposta dopo che erano decorsi i termini fissati dalla legge civile per fare valere analoghe nullità, riportando cioè la naturale perpetuità dell'azione di nullità del matrimonio canonico nell'ambito della mera diversità di disciplina e senza distinguere fra le diverse ipotesi contenute nell'ambito dell'art. 123, comma 2, c.c."*, al contrario delle precedenti pronunce ha stabilito che *"la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico"*¹⁴.

Il contrasto giurisprudenziale in tal modo determinatosi è stato risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le coeve sentenze 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380, di analogo tenore sostanziale, le quali hanno statuito che *"la convivenza 'come coniugi', protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio 'concordatario' regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di 'ordine pubblico italiano' e, pertanto, anche in applicazione dell'articolo 7 Cost., comma 1, e del principio supremo di laicità dello Stato, è ostativa... alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordine canonico' nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale"*.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, sul cui contenuto peraltro la dottrina ha espresso valutazioni contrastanti¹⁵, ha suggerito al giudice di legittimità

(www.statoechniese.it), marzo 2012, pp. 1-8; CARLOTTA IPPOLITI MARTINI, *I limiti alla delibazione delle sentenze di nullità del matrimonio concordatario: la Cassazione distingue fra mera coabitazione e convivenza*, in *Famiglia e dir.*, 2012, pp. 1001-1007.

¹⁴ Per approfondimenti e valutazioni in ordine ai contenuti della sentenza della Cassazione n. 8926 del 2012, MARCO CANONICO, *Convivenza coniugale ed efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: il cerchio finalmente si chiude!*, in *Dir. famiglia*, 2012, pp. 1565-1576; ID., *Convivenza coniugale e nullità matrimoniali canoniche: la Cassazione torna sui suoi passi* (Nota a Cass. 4 giugno 2012 n. 8926), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechniese.it), giugno 2012, pp. 1-20; FEDERICA CASTELLI, *La convivenza coniugale non osta alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario*, in *Foro padano*, 2013, I, cc. 143-157; GIUSEPPE DALLA TORRE, *"Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechniese.it), novembre 2013, pp. 1-15; MARCELLA FIORINI, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 26, pp. 50-54; LUCA IANNACCONE, *Il Concordato (per ora) è salvo: la Cassazione rispetta gli Accordi di Villa Madama*, in *Famiglia e dir.*, 2013, pp. 24-40; GRAZIANO MIOI, *Alcune riflessioni sulla convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce di una recente sentenza (Cass., 4 giugno 2012, n. 8926)*, in *Ius Ecclesiae*, 2013, pp. 268-288; ID., *La convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechniese.it), ottobre 2012, pp. 1-46.

¹⁵ Per analisi e commenti sulle pronunce delle Sezioni Unite, FRANCESCO ALICINO, *I 'nodi' della delibazione di sentenze ecclesiastiche e il 'pettine' delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. eccl.*,

di stabilire anche, nelle menzionate decisioni, le caratteristiche processuali del ravvisato elemento di contrasto con l'ordine pubblico italiano. Al riguardo le Sezioni Unite hanno sancito che *“la convivenza ‘come coniugi’... come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, ed in quanto connotata da una ‘complessità fattuale’ strettamente connessa all'esercizio di diritti, all'adempimento di doveri ed all'assunzione di responsabilità personalissimi di ciascuno dei coniugi, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (exceptio juris) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge e, pertanto, non può essere eccepita dal pubblico ministero interveniente nel giudizio di delibazione né rilevata d'ufficio dal giudice della delibazione o dal giudice di legittimità – dinanzi al quale, peraltro, non può neppure essere dedotta per la prima volta –, potendo invece essere eccepita esclusivamente, a pena di decadenza nella comparsa di risposta, dal coniuge convenuto in tale giudizio interessato a farla valere, il quale ha inoltre l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti,*

2014, n. 1-2, pp. 195-219; GIUSEPPE ALESSANDRO BENTIVOGLIO, *La durata triennale della convivenza coniugale e la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Realtà forense*, 2014, n. 2, p. 7; RAFFAELE BOTTA, *Il primato dello Stato nella disciplina degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 94-100; MARCO CANONICO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: un diritto o una chimera?*, *ivi*, pp. 175-194; ID., *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechnie.it), n. 25/2015, 13 luglio 2015, pp. 18-32; ID., *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Dir. e rel.*, vol. XX, 2015, n. 2, pp. 150-162; ID., *Prolungata convivenza coniugale come limite frapposto dalle Sezioni Unite al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Rass. giur. umbra*, 2015, pp. 35-53; VINCENZO CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in *Corriere giur.*, 2014, pp. 1196 ss.; GEREMIA CASABURI, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza post-matrimoniale: le matrioske di piazza Cavour*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 627-631; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo “che apporta modificazioni al Concordato lateranense”*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 139-160, e in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechnie.it), n. 28/2014, 22 settembre 2014, pp. 1-26; NICOLA COLAIANNI, *Convivenza “come coniugi” e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*, in *Giur. it.*, 2014, cc. 2111 ss.; ID., *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechnie.it), luglio 2014, pp. 1-27; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Qualche errore «supremo»*, in www.avvenire.it/Commenti/Pagine/qualche-errore-supremo.aspx, 24.7.14; SABINA ANNA RITA GALLUZZO, *Eccezione in senso stretto non rilevabile d'ufficio che tende a salvaguardare il coniuge più debole*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 33, pp. 28-31; EMANUELA GIACOBBE, *Le sezioni unite tra nomofilachia e “nomofantasia”*, in *Dir. famiglia*, 2014, pp. 1416-1446; LUCIA GRAZIANO, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla ‘delibazione’ di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Famiglia e dir.*, 2015, pp. 228-234; NATASCIA MARCHEI, *Le sezioni unite riscrivono, sotto il profilo sostanziale e sotto il profilo processuale, la «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, n. 3, pp. 775-790; ILIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla “delibazione” delle sentenze ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechnie.it), settembre 2014, pp. 1-23; VALERIO TOZZI, *Il ‘matrimonio concordatario’ e le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Dir. eccl.*, 2014, n. 1-2, pp. 161-173; AURORA VESTO, *La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari*, in *Diritto e processo*, Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, 2014, pp. 13-32.

idonei ad integrare detta situazione giuridica d'ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva...".

L'assunto giurisprudenziale in questione, al pari di quello che in materia simulatoria permette il riconoscimento della nullità canonica qualora il coniuge in buona fede "rinunci" alla tutela del suo affidamento chiedendo egli stesso la delibazione o non opponendosi alla domanda in tal senso formulata dal coniuge¹⁶, finisce evidentemente per porre l'ordine pubblico, che in quanto tale è svincolato dal volere dei soggetti interessati essendo posto a tutela di inderogabili interessi collettivi, nella concreta disponibilità delle parti, anzi di una sola di esse, precludendo ai soggetti deputati per legge a valutare la sussistenza o meno dei requisiti necessari per attribuire efficacia civile ad una sentenza ecclesiastica, ovvero pubblico ministero e giudici di Corte d'Appello, di espletare il proprio compito. Con l'assurdo risultato di vedere delibate, in assenza dell'eccezione di parte convenuta sulla prolungata convivenza coniugale, proprio quelle sentenze che le Sezioni Unite reputano contrarie all'ordine pubblico in quanto aventi ad oggetto nullità di matrimoni con durata superiore al termine triennale considerato invalicabile ai fini del riconoscimento civile della pronuncia di invalidità.

D'altra parte, per quanto opinabile possa risultare la rilevanza attribuita al protrarsi della vita coniugale sul piano dell'ordine pubblico, e nonostante la censurabilità della natura di eccezione in senso stretto attribuita al rilievo che può essere avanzato per far valere in giudizio l'elemento in questione, non può non rilevarsi che, di fronte a principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ai giudici di merito non resta che adeguarsi al rispetto di tali principi, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 360, n. 1, c.p.c. secondo cui il ricorso per cassazione è inammissibile *"quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa"*, disposizione che vale in sostanza a rendere vincolante il precedente che proviene dal giudice di legittimità.

3. *L'ambigua soluzione offerta dalla decisione*

La decisione della Corte di merito oggetto d'esame per un verso accoglie l'orientamento delle Sezioni Unite, laddove applica il principio da esse sancito relativo alla contrarietà all'ordine pubblico della pronuncia canonica di nullità per matrimoni con convivenza coniugale ultratriennale, ma al tempo stesso pretende di discostarsi dalle vincolanti indicazioni del giudice di legittimità nella medesima materia, rifiutando il principio della rilevabilità di detto contrasto solo su eccezione della parte privata.

È certamente errata la configurazione del rilievo in sede processuale della pro-

¹⁶ Fra le pronunce della Cassazione in tal senso: 11 novembre 2005 n. 21865, 7 dicembre 2005 n. 17078, 28 gennaio 2005 n. 1822, 2 marzo 2001 n. 3056, 28 marzo 2001 n. 4457, 22 ottobre 1999 n. 11863, 19 maggio 1995 n. 5548, 7 maggio 1986 n. 3057, 25 febbraio 1986 n. 1202, 13 gennaio 1987 n. 142, 7 maggio 1986 n. 3057, 25 febbraio 1986 n. 1202, 6 dicembre 1985 n. 6129, 6 dicembre 1985 n. 6128, 12 gennaio 1984 n. 243. Di opposto tenore Cass. 14 novembre 1984 n. 5749, secondo cui la sentenza ecclesiastica di nullità per esclusione unilaterale di un elemento essenziale del matrimonio non manifestata all'altro coniuge contrasta in ogni caso con l'ordine pubblico italiano, restando sottratta alla disponibilità ed all'iniziativa delle parti la relativa incidenza sulla pronuncia di delibazione.

lungata convivenza dei coniugi quale eccezione in senso stretto, così come risulta assurdo consentire la delibazione di nullità reputate in contrasto con il principio di buona fede ed affidamento incolpevole solo perché il convenuto ritiene nel caso concreto di non far valere simile situazione, con il paradosso di attribuire ai soggetti privati in tema di ordine pubblico, per definizione indisponibile ed inderogabile, poteri maggiori di quelli del pubblico ministero e dei magistrati giudicanti. Il problema in realtà risiede a monte, nell'enucleazione stessa dei principi da considerare di ordine pubblico in materia matrimoniale e con specifico riguardo alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, con posizioni della giurisprudenza che, pur dettate dall'encomiabile volontà di tutelare il coniuge debole, rischiano di violare gli impegni concordatari nella misura in cui ostacolano oltre le previsioni normative il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche e fanno sì che il giudice si sostituisca al legislatore nella regolamentazione delle conseguenze economiche derivanti dalla nullità del matrimonio. Tuttavia, coerenza logica e certezza del diritto esigono che, una volta stabilite certe regole, le stesse siano poi correttamente applicate. Se a giudizio delle Sezioni Unite la convivenza coniugale ultratriennale è motivo di contrasto con valori essenziali ed imprescindibili dell'ordinamento statale ma tale elemento può essere fatto valere solo mediante eccezione sollevata dalla parte convenuta nel giudizio volto al riconoscimento della pronuncia canonica, i giudici di merito non possono che seguire le direttive impartite dal giudice di legittimità, per quanto opinabili e discutibili possano apparire. Gli operatori del diritto e soprattutto gli utenti della giustizia hanno il diritto di sapere preventivamente se una sentenza ecclesiastica sia o meno suscettibile di riconoscimento sulla base delle disposizioni normative e delle regole affermate dalla giurisprudenza in sede applicativa. Se in materia per i giudici di merito non valgono neppure i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite diventerà tutto opinabile e si potrà dimenticare ogni aspirazione alla certezza del diritto, con conseguente intuibile pregiudizio per i diretti interessati, esposti alle ondivaghe oscillazioni della giurisprudenza in un ambito tanto delicato e foriero di conseguenze per le scelte di vita delle persone.

Corte d'Appello di Trieste
Sentenza 8 gennaio 2016, n. 4

**Protezione sussidiaria – Cittadini pakistani – Persecuzioni religiose –
Violazione del principio di eguaglianza – Divieto di discriminazione
– Appartenenza confessionale – Violenze – Sciiti – Sunniti.**

Considerata la situazione in atto nel Paese d'origine e la corposità dei riscontri forniti, viene concessa la protezione sussidiaria all'appellante (cittadino pakistano), valutando la Corte adita che sussistano elementi che inducono a ritenere la presenza di una condizione di potenziale rischio per la sua attuale incolumità, stante il perdurante clima di generale violenza indiscriminata e di scontri tra gruppi armati di varie correnti religiose, in un contesto di assoluta carenza delle condizioni minime di sicurezza.

Fonte: www.olir.it.

Tribunale di Milano. Sezione Nona Civile

Sentenza 2-18 marzo 2016, n. 3521

Matrimonio – Separazione giudiziale dei coniugi – Figli – Affidamento condiviso – Scuola privata – Istituto scolastico pubblico – Interesse del minore – Istruzione – Scelte educative – Scuole paritarie – Orientamento culturale.

Laddove sussista conflitto dei genitori separati, sulla frequenza dei figli tra scuola privata e scuola pubblica, se non esista, o non persista, un'intesa tra i genitori a favore di qualsivoglia istituto scolastico privato e non emergano evidenti controindicazioni all'interesse del minore (in particolare riconducibili a sue insite difficoltà di apprendimento, a particolari fragilità di inserimento nel contesto dei coetanei, a esigenze di coltivare studi in sintonia con la dotazione culturale o l'estrazione nazionale dei genitori ecc.), la decisione dell'Ufficio giudiziario – in sé sostitutiva di quella della coppia genitoriale – non può che essere a favore dell'istruzione pubblica, secondo i canoni dall'ordinamento riconosciuti come idonei allo sviluppo culturale di qualsiasi soggetto minore residente sul territorio. Si è in particolare osservato (v. Tribunale Milano, sez. IX, decreto 4 febbraio 2015, Pres., est. Gloria Servetti) che, nell'ipotesi di conflitto tra i genitori in ordine all'iscrizione dei minori a scuola, preferenza e prevalenza va data alle istituzioni scolastiche pubbliche poiché espressione primaria e diretta del sistema nazionale di istruzione nonché esplicazione principale del diritto costituzionale ex art. 33 comma II cost. Le altre istituzioni scolastiche (paritarie, private in generale), pertanto, possono incontrare il favore del giudice, nella risoluzione del conflitto, solo là dove emergano elementi precisi e di dettaglio per accertare un concreto interesse effettivo dei figli a frequentare una scuola diversa da quella pubblica.

Fonte: www.olit.it

Tribunale di Milano. Sezione Nona Civile

Decreto 22 febbraio 2016

Matrimonio ebraico – Trascrizione tardiva – Esclusione – Trascrizione posticipata – Ammissibilità – Efficacia ex tunc – Trasmissione dell'atto di matrimonio.

Parte della dottrina ha evidenziato che la cd. "trascrizione tardiva" è un istituto tipico del diritto concordatario (v. art. 8 dell'Accordo del 18.2.1984), e andrebbe più esattamente definita "trascrizione a richiesta degli sposi", dal momento che, in questo caso, la trascrizione tempestiva non è stata impedita da un "vizio" nel normale iter, ma non è stata voluta per espresso intendimento degli sposi, ai quali l'ordinamento in questo caso consente comunque, in prosieguo di tempo, la possibilità di mutare opinione, trascrivendo "tardivamente" – ma anche in questo caso con effetti retroattivi – il matrimonio religioso a suo tempo celebrato; nei sensi sopra ricordati, a parere del Tribunale adito, la trascrizione tardiva non è applicabile nel caso di matrimoni celebrati con riti diversi da quello concordatario, trattandosi di uno jus speciale non esteso alle confessioni religiose diverse dalla cattolica; ciò nondimeno, esclusa l'ipotesi della trascrizione tardiva – nei sensi sopra indicati –, è invece ammissibile quella che la dottrina definisce "trascrizione con effetti ex tunc", ossia un procedimento che risponde alla mera esigenza di porre riparo a vizi o errori in cui sia incorso l'organo preposto nel procedimento di mera trasmissione. Secondo il giudice adito, nel silenzio della Legge, certamente esclusa una trascrizione tardiva per mera volontà degli sposi – nei sensi in cui è ammessa dall'Accordo del 1984 per la confessione cattolica –, è invece ammissibile una trascrizione riparatrice ossia il porre rimedio a un procedimento di registrazione del matrimonio che, per mero fatto ostativo non rimproverabile ai nubendi, non si è validamente perfezionato; ciò a condizione che, al momento della istanza di trascrizione posticipata, sussistano ancora i requisiti per accedere all'unione matrimoniale e, soprattutto, non siano venute meno le condizioni che legittimavano, a suo tempo, il matrimonio (ad es., lo stato libero di entrambi i nubendi); ciò anche a condizione che sia provato come, sin dall'inizio, l'intenzione degli sposi fosse quella di ottenere un matrimonio con effetti civili (e ciò è provato producendo – nel caso di specie – la richiesta di nulla osta all'Ufficiale dello Stato Civile, prima dell'unione).

Fonte: www.olir.it

Tribunale di Venezia. Sezione Terza Civile
Ordinanza 18 febbraio 2016, n. 5341

**Pakistan – Violenze – Persecuzioni religiose – Protezione sussidiaria
– Pericolo di vita – Lesione dei diritti umani fondamentali – Libertà
religiosa.**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. IV, sent. 30.01.2014, n. 285/2012) ha chiarito che in assenza di una definizione di conflitto armato interno, la definizione della portata di questi termini deve essere stabilita sulla base del suo significato abituale nel linguaggio corrente ovvero una situazione in cui le forze governative di uno Stato si scontrano con uno o più gruppi armati o nella quale due o più gruppi armati si scontrano tra loro, senza che l'intensità degli scontri armati, il livello di organizzazione delle forze armate presenti o la durata del conflitto siano oggetto di una valutazione distinta da quella relativa al livello di violenza che imperversa nel territorio in questione. In questo senso, la situazione del Pakistan appare, dunque, particolarmente delicata, connotata da un elevato rischio di attentati terroristici nonché teatro di sequestri da parte di gruppi criminali, scontri e disordini di carattere religioso.

Fonte: www.olir.it

Presentazione

Anche questo numero della rubrica ha selezionato i documenti recenti di più stringente attualità e che più hanno destato clamore, senza dimenticare quelle sentenze che permettano di cogliere ed inquadrare l'evoluzione dei vari orientamenti giurisprudenziali.

In merito alla laicità: in Francia si fa chiarezza su alcune interpretazioni estremiste della legge di Separazione, chiarendo come essa non vieti ogni e qualsiasi rapporto fra Stato e confessioni religiose; precisando che per il riconoscimento d'un'associazione culturale sia necessario un numero minimo di fedeli; stabilendo che la legge di Separazione non imponga di scegliere i preventivi più parsimoniosi allorché si debba restaurare un monumento nazionale, per il solo fatto che si tratti d'una chiesa; riconoscendo ad un Istituto universitario privato cattolico il diritto alle medesime esenzioni tributarie di cui godono tutti gli altri Istituti d'insegnamento superiore analoghi.

Sull'Islam: ancora in Francia, imponendo che la circoncisione al bambino debba essere decisa di comune accordo da padre e madre, e che tale prospettiva non giustifichi però l'affidamento esclusivo della prole alla sola madre, dato che questa era fin dall'inizio a conoscenza della fede islamica del partner; in Germania, la libertà d'opinione dei partiti politici non è assoluta ed illimitata, perché non può violare altri principi fondamentali riconosciuti della Costituzione, come il divieto di discriminazione su base religiosa; in Australia, infine, una confessione religiosa può attuare pratiche discriminatorie nei confronti delle donne quando compie funzioni religiose, ma non quando organizza iniziative che non siano funzioni religiose *stricto sensu*.

Sulla Chiesa cattolica: in Germania si ribadisce ancora una volta come l'obbligo di pagare il *Kirchensteuer* non violi la libertà religiosa dei fedeli.

Sui Sikh: in India, la norma che impone l'accesso alle aule di tribunale disarmati non si applica ai kirpan dei Sikh; negli Stati Uniti, un militare sikh può sottrarsi a controlli sulla compatibilità del suo copricapo e della sua barba con l'equipaggiamento di servizio.

Sull'Ebraismo: in Israele, il Gran Rabbinate non può avere il monopolio, e nemmeno un diritto di supervisione o di veto, sulle conversioni all'Ebraismo operate da altri tribunali rabbinici, ovunque nel mondo.

Sulla libertà religiosa: in Germania, la registrazione d'un bambino ad una determinata fede religiosa non può essere cambiata dai genitori affidatari od adottivi; una scuola confessionale è giuridicamente obbligata, nei processi di selezione per le ammissioni dei nuovi alunni, a privilegiare quelli appartenenti alla sua stessa confessione religiosa; una confessione religiosa ha il diritto di creare una cripta funeraria nella propria chiesa per i parroci locali; in Svizzera, gli alunni non possono rifiutarsi per motivi religiosi di stringere la mano ad un insegnante di sesso diverso; in una fiera, che - per quanto si svolga in un luogo di proprietà privata - se non è ad invito è da considerarsi aperta al pubblico, impedire che venga svolta propaganda religiosa significa violare il Primo Emendamento; negare ad un'associazione religiosa il cambiamento della destinazione d'uso d'un edificio per soli motivi tributarî significa violare l'equal terms della RLUIPA; la Corte Suprema, 4 a 4, rinvia alle Corti originarie le controversie sulla portata dell'obiezione di coscienza nella riforma sanitaria del Presidente Obama, suggerendo però una soluzione; i genitori hanno diritto a rifiutare le vaccinazioni per i propri figli, ma la salute pubblica può essere tutelata ricorrendo

temporaneamente a genitori affidatari; per la Corte distrettuale di New York, lo Stato non può giudicare su questioni interne ad una confessione religiosa, mentre per la High Court di Port Elizabeth, in Sudafrica, lo Stato può giudicare su questioni interne ad una confessione religiosa; in India, infine, viene stabilito che la conversione da una religione ad un'altra sia efficace per lo Stato anche senza l'accettazione da parte della confessione lasciata.

Sulla libertà religiosa dei detenuti: negli Stati Uniti, durante il mese del Ramadan le carceri debbono organizzarsi in modo da servire il pasto serale ai detenuti islamici dopo il tramonto; i detenuti islamici hanno diritto di astenersi dal lavorare nella mensa in tutti i casi in cui, e per tutto il tempo in cui, vi venga cucinata o preparata della carne di maiale; i detenuti islamici hanno diritto, per motivi religiosi, ad indossare le kufi ed a lasciarsi crescere la barba; i detenuti nativo-americani non hanno il diritto, per motivi religiosi, d'indossare il "sacchetto della medicina" né di fumare la pipa durante le cerimonie religiose; nelle carceri: avendo i pasti kasher costi superiori ai pasti normali, solo i detenuti ebrei hanno diritto ad averli a spese dello Stato.

FRANCIA

CAA Douai, n. 14DA01418, del 19 maggio 2016, inedita sul Massimario Lebon

La legge del 1905, disponendo che la *République* non avrebbe riconosciuto o sovvenzionato alcun culto, non vieta tuttavia ogni e qualsiasi rapporto fra Stato e confessioni religiose, ed il fatto che un Comune abbia venduto un terreno pubblico ad un'associazione musulmana non viola, *in se ipso*, la *loi de Séparation*; il terreno, difatti, è stato regolarmente venduto, e non già regalato, ed anche se la vendita fosse avvenuta a prezzo ridotto – cosa negata dal Comune ed asserita invece dai ricorrenti – ciò comunque non costituirebbe violazione della legge di Separazione, essendo abituale che alle associazioni di rilevanza sociale vengano accordate condizioni più favorevoli.

Non era, inoltre, necessario che il Comune consultasse preventivamente le altre confessioni religiose presenti nel territorio comunale, né era obbligatorio un referendum popolare al riguardo.

La delibera del consiglio comunale, pertanto, è perfettamente legittima.

<http://douai.cour-administrative-appel.fr/>

CAA Nantes, n. 15NT00581, del 21 aprile 2016, inedita sul Massimario Lebon

Un'associazione, sia pure d'ispirazione o con finalità religiose, non può essere riconosciuta come associazione culturale, con i rispettivi vantaggi, se non risponde ai requisiti della legge del 1901, vale a dire se le funzioni di culto che tenga non siano pubbliche e se non abbia una consistenza numerica minima.

<http://nantes.cour-administrative-appel.fr/>

CAA Versailles, n. 14VE00071-14VE00132, del 21 aprile 2016, inedite sul Massimario Lebon

I lavori di ristrutturazione d'un edificio possono sempre spaziare da un minimo ad un massimo di costo, dovuto ai materiali utilizzati, alla manodopera, *etc.* Una volta acclarato che l'edificio *de quo* – una chiesa classificata monumento nazionale – avesse effettivamente bisogno di lavori di ristrutturazione, ciò ch'è stato riconosciuto dagli stessi ricorrenti, il fatto che il consiglio comunale abbia approvato il preventivo d'intervento più costoso anziché quello più economico non costituisce un finanziamento surrettizio ad una confessione religiosa, e quindi non viola la legge del 1905, rientrando viceversa nella libertà decisionale del consiglio comunale.

<http://versailles.cour-administrative-appel.fr/>

CONSEIL D'ÉTAT, 9ème/10ème SSR, n. 386911, del 9 marzo 2016

L'Institut Catholique di Lille ha diritto all'esenzione dalle imposte sulle retribuzioni pagate per tutto il proprio personale, compreso quello dei corsi di teologia, poiché l'esenzione prevista dall'articolo 231 del codice generale delle imposte (CGI) a favore degli Istituti d'insegnamento superiore riguarda l'insieme delle retribuzioni versate al loro personale stipendiato, quale che sia la funzione svolta, a condizione che questi Istituti rispondano ai requisiti del libro VII del *Code de l'éducation* e che abbiano almeno un corso che porti ad un diploma rilasciato in nome dello Stato alla fine di cinque anni di studi dopo la maturità (il baccalaureato).

Il fatto che si tratti d'un'esenzione di cui possa beneficiare anche un'Università privata confessionale, e che l'esenzione riguardi anche i corsi di teologia, non viola la legge di Separazione.

<http://www.conseil-etat.fr/>

FRANCIA

CA Bastia, Chambre civile, n. 14/00955, del 13 gennaio 2016

Se il padre è musulmano praticante e la madre non lo è, il fatto di voler praticare la circoncisione al figlio contro la volontà della madre non costituisce violenza morale ai danni di quest'ultima, dato ch'ella era a già conoscenza *ab initio* della religione del *partner*, e non costituisce nemmeno motivo sufficiente per disporre l'affidamento esclusivo del bambino alla madre; peraltro la circoncisione, essendo senza dubbio una 'questione rilevante' nella vita del bambino, dev'essere decisa di comune accordo dai due genitori, altrimenti può costituire violenza nei confronti di quest'ultimo.

<http://www.ca-bastia.justice.fr/>

GERMANIA

VG Berlino, n. VG 1 K 255.13, del 21 gennaio 2016

Il Ministero degli Interni può legittimamente qualificare, in un proprio rapporto sui movimenti politici, un determinato partito come 'islamofobo', perché è vero che c'è libertà d'opinione politica in generale e tanto più per un partito politico, che ha tutto il diritto di criticare le politiche governative, ma questa libertà d'opinione politica non è assoluta ed illimitata, perché non può violare altri principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, come il divieto di discriminazione su base religiosa.

<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/>

AUSTRALIA

Civil and Administrative Tribunal New South Wales, Be- vege vs Hizb ut-Tahrir Australia, n. 44, del 4 marzo 2016

Mentre una confessione religiosa può attuare pratiche discriminatorie nei confronti delle donne quando compie funzioni religiose, non può farlo quando organizza conferenze o promuove iniziative che non siano funzioni religiose *stricto sensu*.

<http://www.austlii.edu.au>

GERMANIA

OVG Renania Palatinato, n. 6 A 10941/15, del I febbraio 2016

L'obbligo di pagare la tassa ecclesiastica non viola la libertà religiosa dei fedeli di qualsivoglia confessione religiosa, dato che non v'è obbligo d'appartenere a nessuna di esse, e non può essere perciò annullata la circolare del Ministero delle Finanze del Land che regola la riscossione del *Kirchensteuer*, perché l'autorità amministrativa statale non può intromettersi in disposizioni normative interne alle confessioni religiose.

<http://www.ovg.justiz.rlp.de>

INDIA

High Court Punjab and Haryana, Singh vs State of Haryana, n. 9013/2015, del 16 maggio 2016

Sulla base dell'art. 25 della Costituzione indiana, che protegge e garantisce la libertà religiosa, è nullo ed illegittimo che ad un Sikh chiamato a testimoniare in tribunale sia ordinato d'entrare in aula disarmato, lasciando cioè il suo kirpan all'ingresso: una volta che questi si sia rifiutato di farlo per motivi religiosi, è parimenti illegittima e nulla la sanzione comminatagli per oltraggio alla Corte.

<http://highcourtchd.gov.in/>

STATI UNITI D'AMERICA

US State District Court for the District of Columbia, Singh vs Carter, n. 16/399, del 3 marzo 2016

Ad un capitano dell'Esercito statunitense, di religione sikh, viene chiesto di sottoporsi ad alcuni test per verificare che il suo copricapo e la sua barba non interferiscano col casco e la maschera del suo equipaggiamento militare. Egli si rifiuta, e contro la successiva conseguente sanzione presenta ricorso, che viene accolto: dal momento che molti altri militari portano capelli e barba e baffi lunghi senza che venga loro chiesto di sottoporsi a test specifici, la misura richiesta all'ufficiale sikh costituiva discriminazione su base religiosa, e come tale era illegittima.

<http://www.dcd.uscourts.gov/>

ISRAELE

High Court of Justice, n. 7625/06, del 31 marzo 2016

La Corte Suprema nega al Gran Rabbinato il monopolio, o comunque il diritto d'approvazione, sulle conversioni all'Ebraismo, che danno diritto alla cittadinanza israeliana sulla base della 'Legge del Ritorno'. Essendo l'Ebraismo internazionale multiforme e variegato, qualsiasi conversione eseguita da qualsiasi comunità ortodossa, in Israele come all'estero, deve essere riconosciuta dal Ministero degli Interni israeliano a tutti gli effetti di legge, dalla cittadinanza alla possibilità di sposarsi in Israele.

“La nazione ebraica è infatti una nazione, ma è diffusa in tutto il mondo, ed è composta da comunità, strati e sottostrati”. Lo Stato d'Israele non può riconoscere solo il Gran Rabbinato, perché così facendo “non attribuisce peso alla gamma esistente di comunità ebraiche - e questo è inaccettabile”.

<https://www.court.gov.il/heb/home.htm>

GERMANIA

OLG Hamm, n. 2 UF 223/15, del 29 marzo 2016

Dopo che un bambino sia stato registrato dai genitori naturali come appartenente ad una determinata religione, questa non può essere cambiata dai genitori affidatari né da quelli adottivi, anche se il bambino fosse ancora piccolissimo, perché ormai l'appartenenza religiosa è diventata un elemento sostanziale della sua persona, sicché cambiarla costituirebbe violenza morale e violerebbe la sua libertà religiosa, il cui godimento e la cui importanza sono svincolate dall'età del titolare, trattandosi d'un principio costituzionale.

<http://www.olg-hamm.nrw.de/>

OVG Nordreno Westfalia, n. 19 B 996/15, del 21 marzo 2016

Una scuola confessionale è giuridicamente obbligata, nei processi di selezione per le ammissioni dei nuovi alunni, a privilegiare quelli appartenenti alla confessione religiosa di cui essa stessa facesse parte o fosse espressione.

<http://www.ovg.nrw.de/>

Bundesverfassungsgericht, n. 1 BvR 2202/13, del 17 giugno 2016

Una comunità della Chiesa siro-ortodossa di Antiochia chiede di poter trasformare la cripta sotterranea del proprio edificio di culto in un cimitero per i parroci che vi avessero prestato servizio: vistasi respinta l'istanza da tutte le giurisdizioni amministrative del Baden-Württemberg, si rivolge al BVerfG, lamentando una violazione della libertà religiosa.

Il Bundesverfassungsgericht le dà ragione, riconoscendo che “per la libertà di religione non è rilevante quale sia l'importanza concreta d'un determinato comportamento rispetto ai principî dogmatici, dato che il diritto di conformare tutto il proprio comportamento agli insegnamenti della propria fede non si riferisce solo ai principî dogmatico-imperativi, ma anche a tutte le credenze religiose connesse. È vero che la libertà religiosa non è un diritto assoluto, e tuttavia le restrizioni devono essere previste dalla Costituzione stessa”.

www.bverfg.de

SVIZZERA

Cantone Basilea-campagna, circolare dell'Ufficio per l'Istruzione, Cultura e Sport con disposizioni regolamentari sulle strette di mano nelle scuole, del 25 maggio 2016

La stretta di mano all'insegnante di sesso opposto è obbligatoria, oppure può essere evitata per motivi religiosi?

Essa è obbligatoria, perché l'interesse pubblico alla parità fra uomini e donne e quello all'integrazione degli stranieri prevalgono sulla libertà religiosa degli studenti. Non è possibile negare per motivi religiosi una stretta di mano all'insegnante di sesso opposto, perché ciò coinvolgerebbe l'insegnante stesso e gli altri compagni di classe in un atto religioso contro la loro volontà, violando la loro libertà religiosa. Questa fattispecie è una novità rispetto al desiderio d'indossare il velo, o di non partecipare alle lezioni di nuoto, su cui i tribunali della Confederazione si sono già espressi, perché il gesto sociale della stretta di mano è importante per la futura integrazione degli studenti nella loro vita professionale. Ogni insegnante deve pretendere la stretta di mano dagli allievi di sesso opposto, nessuna eccezione od esonero è possibile, e chi si ostinasse a rifiutarsi può essere sanzionato con una multa fino a 5000 franchi, parallelamente a provvedimenti disciplinari.

www.baselland.ch

STATI UNITI D'AMERICA

US Court of Appeals, 8th circuit, n. 15-2885, Miller vs City of St. Paul, del 23 maggio 2016

Ad un cristiano evangelico che voleva partecipare ad una fiera privata portandovi le insegne della propria chiesa, distribuendo pubblicazioni e facendo proselitismo era stato vietato l'accesso da parte di alcuni funzionari di polizia, con la giustificazione che si trattasse appunto d'una fiera privata.

Costui presenta un duplice ricorso, per violazione dei propri diritti costituzionali del Primo Emendamento, contro la Città di St Paul e contro i poliziotti, respinti in primo grado. La Corte d'Appello gli dà invece parzialmente ragione, perché una fiera, se è a libero accesso e non ad invito, benché si possa svolgere in una proprietà privata sarà comunque da considerarsi come pubblica, e se la Polizia impedisse che vi venga svolta propaganda religiosa violerebbe il Primo Emendamento. La Corte d'Appello ritiene che la violazione dei diritti costituzionali del ricorrente non sia però addebitabile alla Città, dato che non è stato prodotto nessun documento, regolamento, circolare od atto ufficiale al riguardo, ma lo autorizza a perseguire i funzionari di polizia coinvolti.

<http://www.ca8.uscourts.gov/>

US Court of Appeals, 6th circuit, n. 14-3469, Tree of Life Christian Schools vs City of Upper Arlington, del 18 maggio 2016

Un'associazione religiosa proprietaria d'un lotto di terreno con un edificio chiede di poterlo utilizzare per aprirvi una scuola religiosa: per ciò fare il Comune ne dovrebbe cambiare la classificazione, con una variazione al Piano Regolatore.

Il Comune però rifiuta, perché l'attuale destinazione d'uso, commerciale e per uffici, garantirebbe entrate tributarie maggiori all'erario comunale; l'associazione religiosa fa allora ricorso lamentando la violazione dell'*equal terms* garantito dalla RLUIPA; il giudizio di primo grado dà però ragione al Comune.

La Corte d'Appello, 2 voti contro 1, rovescia il verdetto, perché è vero che, sulla carta, un edificio con destinazione d'uso commerciale e per uffici garantisce imposte locali superiori a quelle pagate da una scuola, ma, nella realtà, l'edificio non è al momento utilizzato, sicché le maggiori imposte sono solo potenziali, mentre l'associazione religiosa, che oltre alla scuola vi vorrebbe aprire anche un ambulatorio, garantirebbe imposte sì inferiori, ma certe.

Il privilegiare l'ipotetico al reale, in questo caso, costituisce violazione dell'*equal terms*.

<http://www.ca6.uscourts.gov>

US Supreme Court, David A. Zubik, et alii, Petitioners vs Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et alii, n. 14-1418, del 16 maggio 2016

La riforma del sistema sanitario introdotta dal Presidente Obama (l'*Affordable Care Act*) dispone che i datori di lavoro siano tenuti ad offrire ai loro dipendenti assicurazioni sanitarie che prevedano anche i contraccettivi, ma ha esentato da quest'obbligo diretto le confessioni religiose e le istituzioni ad esse collegate, imponendo loro invece di presentare alla compagnia assicuratrice cui abbiano affidato la copertura sanitaria dei propri dipendenti il modulo EBSA 700, ove dichiarano la propria obiezione di coscienza ai contraccettivi. Secondo la legge, poi, sarà la compagnia assicuratrice a fornire questa specifica copertura sanitaria, senza nessun ulteriore costo a carico del datore di lavoro.

Alcune Istituzioni religiose (come le Little Sisters of the Poor Home for the Aged, i Priest for Life, l'Arcidiocesi di Washington, DC, la East Texas Baptist University, il Geneva College, la Southern Nazarene University), hanno però ritenuto che anche la presentazione del modulo EBSA 700, rientrando comunque nell'*iter* che permette al loro personale femminile d'ottenere la copertura sanitaria per i contraccettivi, costituisca in ogni caso una forma di cooperazione – quantunque indiretta - ad un atto contrario ai loro precetti religiosi, e che essere obbligati a farlo violasse la loro libertà religiosa, sicché hanno invocato l'obiezione di coscienza su questo punto, agendo o venendo citate in giudizio e sollevando la questione dinanzi alla Corte Suprema, che, divisa 4 a 4, ha tenuto a sottolineare più volte di non volersi pronunciare nel merito, ed ha invece rinviato le questioni alle Corti di provenienza (come spesso avviene quando la Corte è in parità), suggerendo uno schema di risoluzione delle controversie pendenti: il modulo EBSA 700 non sia più presentato dal datore di lavoro, bensì dalla lavoratrice stessa: in questo modo le Istituzioni non avrebbero più nessuna compartecipazione, diretta od indiretta, nell'*iter* per far avere alle proprie dipendenti la copertura sanitaria contestata.

<http://www.supremecourt.gov/>

Court of Appeals of Michigan, In re Deng, n. 328826, del 22 marzo 2016

I genitori hanno il diritto di rifiutare per motivi religiosi di far vaccinare i propri figli; tuttavia, genitori che non facessero vaccinare i propri figli potranno essere dichiarati non idonei perché neglienti verso la salute di questi ultimi, i quali possono perciò essere dati temporaneamente in affido, e mentre sono in affido i genitori affidatari hanno a loro volta tutto il diritto di farli vaccinare; dopodiché i bambini potranno essere restituiti ai genitori naturali.

<http://courts.mi.gov/courts/coa/Pages/default.aspx>

New York Federal District Court, Fratello vs Roman Catholic Archdiocese of New York, n. 12/cv/7359, del 23 marzo 2016

Il direttore di una scuola privata cattolica può essere licenziato per divergenze dottrinali rispetto agli insegnamenti della Chiesa: è vero ch'egli dal punto di vista del diritto canonico è un laico e non un sacerdote, ma questa è una distinzione interna all'ordinamento della Chiesa, mentre per l'ordinamento dello Stato vale l'*eccezione ministeriale* prevista dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, e, anche sulla base della sentenza *Hosanna Tabor* della Corte Suprema, "There is no dispute that Plaintiff is not a member of the clergy and that she would not be considered a minister for purposes of Church governance. But the issue here is one of U.S., not canon, law, and "minister" for purposes of the ministerial exception has a far broader meaning than it does for internal Church purposes"

<http://www.nysd.uscourts.gov/>

SUD AFRICA

Eastern Cape High Court, Port Elizabeth, Fortuin vs Church of Christ Mission of the Republic of South Africa and Others, n. 3626-15, del 5 maggio 2016.

Un pastore della Church of Christ divorzia, venendo poi espulso dalla sua Chiesa senza che gli sia stata data la possibilità d'espone le ragioni in propria difesa, e per questo motivo impugna l'espulsione dinanzi alla giustizia statale. La Chiesa eccepisce che la giustizia civile non abbia giurisdizione in merito alle decisioni interne delle confessioni religiose, vieppiù se riguardanti questioni di fedeltà ai principî stessi di quella confessione religiosa. La High Court respinge però quest'eccezione, affermando che, sulla base del *Superior Courts Act* del 2013, le Corti statali hanno giurisdizione su tutte le persone all'interno della loro zona, su tutti i reati compiuti al suo interno e su tutte le altre questioni di cui si potrebbe prendere conoscenza a norma di legge, e per questa ragione annulla il provvedimento d'espulsione per violazione del diritto di difesa.

<http://www.saflii.org/>

INDIA

Sarawak High Court, Rooney vs National Religion Department, n. KCH/25/7-12/2014, del 25 marzo 2016

Nato in una famiglia che in quel momento era cristiana, il ricorrente diventa musulmano all'età di 8 anni, seguendo la conversione del resto della famiglia. In età adulta si converte nuovamente al Cristianesimo, chiedendo al *National Religion Departement* di aggiornare l'annotazione sulla sua scheda personale, e di tornare anche al proprio originario nome cristiano, che era stato cambiato al momento della conversione all'Islam. L'NRD prima di procedere richiede, però, una lettera da parte della comunità islamica locale, che, per così dire, 'accetti le dimissioni'. Lettera che non arriva, donde il ricorso del convertito dinanzi alla High Court, che sottolinea come non serva nessuna lettera di accettazione delle dimissioni da parte della comunità religiosa lasciata, dato che il diritto di libertà religiosa è previsto e tutelato dalla Costituzione indiana.

<http://www.highcourt.sabah.sarawak.gov.my>
ssss

STATI UNITI D'AMERICA

US District Court for the Eastern District of Texas, Rasheed Ali vs Stephens, n. 14-41165, del 2 maggio 2016.

I detenuti islamici hanno diritto d'indossare le kufi e di lasciarsi crescere la barba, anche se ciò è vietato dai regolamenti penitenziari del Texas, perché ciò rientra nell'esercizio della loro libertà religiosa.

<http://www.txcourts.gov>

US Court of Appeals, 5th Circuit, n. 14-40339, Davis-Godman vs Davis, del 14 giugno 2016.

Due detenuti nativo-americani che avevano chiesto, per motivi religiosi, d'indossare il 'sacchetto della medicina', di poter fumare la pipa durante le loro cerimonie religiose e di tenere i capelli lunghi, avendo ricevuto un rifiuto lamentano una violazione del Primo Emendamento e del RLUIPA.

La Corte di primo grado dà loro torto in toto, accogliendo le argomentazioni dell'Amministrazione penitenziaria, che adduceva motivi di sicurezza, mentre la Corte d'Appello conferma il diniego per il sacchetto della medicina e per il fumo, ma rinvia al giudice di primo grado un approfondimento sull'effettiva pericolosità in carcere derivante dal tenere i capelli lunghi.

<http://www.ca5.uscourts.gov/>

US Court of Appels, 2nd Circuit, Williams vs Correctional Officers, n. 15/692, del 6 maggio 2016.

Anche i detenuti godono del diritto di libertà religiosa, che comprende il diritto di rispettare i precetti della propria confessione. Per questo motivo, dunque, durante il mese del Ramadan un detenuto musulmano ha diritto di ricevere il pasto serale dopo il tramonto, e l'Amministrazione penitenziaria è tenuta ad organizzarsi in tal senso. Rispettare il consueto orario significherebbe, infatti, o costringerlo a cenare prima del tramonto, portandolo a violare i suoi precetti religiosi, oppure obbligarlo a saltare anche il pasto serale, minando la sua salute.

<http://www.ca2.uscourts.gov/>

US District Court, Eastern District of Arkansas, Bragg vs Smith, n. 2/16CV00022, del 18 maggio 2016

Un detenuto musulmano cui sia stato assegnato un lavoro nella mensa del carcere ha il diritto di astenersene senza punizioni in tutti i casi in cui, e per tutto il tempo in cui, vi venga cucinata o preparata della carne di maiale: non è sufficiente che venga assegnato ad un settore della cucina differente, a meno che non si tratti di due locali diversi e separati, perché sarebbe parimenti esposto all'odore della carne di maiale in cottura, mentre la religione islamica ha il precetto religioso dell'interdetto verso la carne di maiale *tout court*.

Egli è comunque tenuto a recuperare i turni di servizio saltati in ragione di questa tutela della sua libertà religiosa.

<http://www.are.uscourts.gov/>

US District Court for the District of Oregon, McLenithan vs Williams, n. 3/2009cv00085, del 4 aprile 2016

All'amministrazione penitenziaria i pasti *kasher* per i detenuti di religione ebraica costano oltre 2000\$ annui in più rispetto ai pasti ordinari. Tuttavia i detenuti ebrei hanno il diritto costituzionale di poter rispettare i propri precetti religiosi, se lo desiderano, e quindi hanno il diritto di ricevere pasti *kasher*, con questi costi supplementari totalmente a carico del carcere. Analogo diritto non hanno, invece, i detenuti delle altre confessioni per le quali il rispetto della *kasherut* non rientri fra i precetti religiosi. L'Amministrazione penitenziaria è pienamente legittimata, in questo caso, a far pagare al detenuto i costi aggiuntivi, senza con ciò violare la sua libertà religiosa.

<https://www.ord.uscourts.gov/>

Presentazione

di VINCENZO MAIELLO

La sezione di 'Giurisprudenza e legislazione penale' di questo numero della Rivista riporta diverse massime di particolare interesse e si segnala, in particolare, la sentenza Sez. pen. II, sentenza 17 marzo 2016, n. 1683, in cui si afferma che la costituzione di un sodalizio criminoso avente le caratteristiche di cui all'art. 270 bis c.p. non può dirsi esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato per lo più attorno a nuclei culturali che si rifanno all'integralismo religioso islamico perché, al contrario, i rapporti ideologico religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si proponga il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso.

Si precisa, nella sentenza, la necessità di una struttura organizzativa effettiva e tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminale non implica necessariamente il riferimento a schemi organizzativi ordinari, essendo sufficiente che i modelli di aggregazione tra sodali integrino il "minimum" organizzativo richiesto a tale fine. Ne deriva che tali caratteri sussistono anche con riferimento alle strutture "cellulari" proprie delle associazioni di matrice islamica, caratterizzate da estrema flessibilità interna, in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che, di volta in volta, si presentano, in condizioni di operare anche contemporaneamente in più Stati, ovvero anche in tempi diversi e con contatti fisici, telefonici o comunque a distanza tra gli adepti anche connotati da marcata sporadicità, considerato che i soggetti possono essere arruolati anche di volta in volta, con una sorta di adesione progressiva ed entrano, comunque, a far parte di una struttura associativa saldamente costituita. L'organizzazione terroristica transnazionale assume così le connotazioni, più che di una struttura statica, di una "rete" in grado di mettere in relazione soggetti assimilati da un comune progetto politico-militare, che funge da catalizzatore dell'"affectio societatis" e costituisce lo scopo sociale del sodalizio.

Viene poi in rilievo la decisione Sez. pen. V, sentenza 7 giugno 2016, n. 23592, che, pronunciandosi su un ricorso contro la sentenza della Corte d'appello che aveva derubricato la condanna di primo grado pronunciata nei confronti di un uomo per il reato di "stalking" ai danni di due donne magrebine di fede musulmana, ritenendo sussistere i diversi reati di minacce e offese, - nel dichiarare inammissibile la tesi difensiva secondo cui nel derubricare i reati di "stalking" in quelli di ingiurie e minacce, la Corte d'appello non avrebbe motivato sugli elementi probatori fondanti la decisione -, ha affermato che andava riconosciuta la sussistenza dell'aggravante ex art. 3 D.L. n. 122/1993, nel caso di comportamenti posti in essere in danno di donne magrebine indicativi di una sua spiccata avversione per le persone di fede musulmana.

Sul punto, è opportuno qui ricordare che il D.L. 26/04/1993, n. 122 (recante "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa", pubblicato nella Gazz. Uff. 27 aprile 1993, n. 97), convertito in L. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. "legge Mancino"), prevede all'art. 3 una particolare circostanza aggravante stabilendo che "Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà "; la norma aggiunge poi al co. 2 che "le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'ar-

ticolo 98 c.p., concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante".

L'introduzione della aggravante ad effetto speciale, dell'aver agito per motivi razzisti, rappresenta la innovazione di maggiore incisività della "legge Mancino". Potendo essere applicata, infatti, ad ogni delitto punito con pena diversa dall'ergastolo, la circostanza in esame consente di estendere la rilevanza della matrice razzista ad un numero indeterminato di reati, rendendo completo, in termini effettivi, il sistema di tutela penale contro le discriminazioni basate su razza, etnia, nazionalità o religione.

Non può negarsi, infatti, che i reati previsti dall'art. 3 "legge Reale" abbiano, in concreto, una rilevanza pratica limitata, essendo riferiti a situazioni destinate a venire in essere raramente e, spesso, in modo eclatante. Assai più di frequente, invero, può capitare il verificarsi di un reato "comune" determinato da motivi razzisti, come nel caso in esame, in cui all'uomo erano stati contestati i reati di ingiuria e minaccia nei confronti di due donne musulmane.

La previsione della aggravante in esame consente, infatti, di sanzionare penalmente anche quei fatti "quotidiani" od occasionali che più facilmente possono integrare casi di discriminazione razziale. Non vi è dubbio, infatti, che l'impianto normativo a tutela delle discriminazioni razziali intende colpire, in ultima istanza, le aggressioni al principio costituzionale di uguaglianza e che la commissione di un reato causata da motivi razzisti sia lesiva di tale valore fondamentale, tanto da giustificare la previsione di una pena più severa e gli altri effetti della circostanza. Dunque il riferimento alla "finalità" di odio contenuto nella norma può confondere l'interprete e portare ad affermare che l'aggravante sussista solo in presenza di uno scopo discriminatorio (per motivi di razza, etnia, nazionalità o religione) dell'azione.

Ed in effetti la questione ha dato luogo ad un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, nella quale si registra, invero, un triplice orientamento. Da un lato si è ritenuto che la circostanza sia configurabile unicamente quando la condotta sia tesa ad ingenerare in altri (diversi dalla persona offesa dal reato) il sentimento di odio per ragioni di razza, essendo tale interpretazione della norma quella più corretta sul piano lessicale (Cass. pen. Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295); tale impostazione è stata criticata, poiché foriera di limiti applicativi irragionevoli (Cass. pen., Sez. V, 29 ottobre 2009, in CED Cass., n. 245828), dall'orientamento prevalente, che ritiene l'aggravante una circostanza oggettiva ex art. 70, comma 1, c.p. (Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 2006, G., in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 1450; Id., Sez. V, 14 maggio 2013, P. ed altri, inedita); infine, non mancano pronunce secondo le quali è l'intenzione (discriminatoria) dell'agente a determinare la configurabilità dell'aggravante (Cass., Sez. III, 9 marzo 2006, C., in Dir. eccl., 2006, 114).

La sussistenza di una delle predette aggravanti, determina, altresì, la procedibilità di ufficio della azione penale.

Tanto premesso, nel caso deciso dalla sentenza riportata, l'imputato si era lamentato ricorrendo in cassazione sostenendo che non integrerebbe la fattispecie di cui all'art. 612 c.p. la frase "ti faccio portare via i figli". Secondo la Cassazione era del tutto evidente la prospettazione del male ingiusto che con tale affermazione l'imputato aveva posto in essere nei confronti della donna vittima della sua condotta. Infatti, così come desumibile anche dalla riconosciuta sussistenza della aggravante ex art. 3 D.L. n. 122/1993, la vicenda era maturata nell'ambito di comportamenti posti in essere dall'imputato in danno di donne magrebine, comportamenti indicativi di una sua spiccata avversione per le persone di fede musulmana.

La giurisprudenza penale di legittimità annovera poi la sentenza Sez. pen. I, sentenza 15 settembre 2015, n. 41821, con la quale la Suprema Corte ribadisce l'orientamento secondo cui la previsione di cui all'art. 404, comma secondo, cod. pen. (come modificato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85) è norma speciale rispetto al delitto di deturpamento e imbrattamento di cose di interesse storico o artistico, di cui all'art. 639, comma secondo, cod. pen., essendo il primo reato integrato da ogni forma di offesa che si estrinsechi sulle cose di culto ed a danno di queste, attraverso la loro distruzione, ovvero il loro deterioramento o imbrattamento. (In motivazione, la Corte ha chiarito che le due disposizioni incriminatrici differiscono per la diversa "ratio", individuata - per il reato di cui all'art. 404, comma secondo, cod. pen. - nel fatto che tali condotte siano strumento di offesa alle confessioni religiose).

Ed ancora, Sez. pen. I, sentenza 18 maggio 2016, n. 28634, con riferimento al diritto di critica, ne precisa i limiti di legittimità, tali da consentire la neutralizzazione di una condotta tipica. Si precisa infatti che la critica è lecita quando - sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati - si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre trasmoda in vilipendio quando - attraverso un giudizio sommario e gratuito - manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a se stessa.

Infine, vengono riportate Sez. pen. I, sentenza 28 ottobre 2015, n. 11591 che afferma che in tema di riconoscimento dell'aggravante prevista dall'art. 61, n. 1, cod. pen., la futilità del motivo non è esclusa dall'appartenenza a gruppi o comunità connotati da peculiari valori e stili di vita, che siano espressione di un orientamento religioso in contrasto con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale; e Sez. pen. I, sentenza 21 gennaio 2016, n. 731, alla cui stregua non possono reputarsi futili i motivi che derivano dalla radicata concezione religiosa di appartenenza, pur se distanti da quelli della moderna società occidentale, in quanto, pur sussistendo una sproporzione tra il movente e l'evento cagionato, non può dirsi né lieve né banale la spinta che ha portato il soggetto ad agire.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 15 settembre 2015, n. 41821

Rapporti tra il delitto di cui all'art. 404 co.2 c.p. e di deturpamento o imbrattamento di cose di interesse storico o artistico ex art. 639 co. 2 c.p. – Specialità - Sussistenza

La previsione di cui all'art. 404, comma secondo, cod. pen. (come modificato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85) è norma speciale rispetto al delitto di deturpamento e imbrattamento di cose di interesse storico o artistico, di cui all'art. 639, comma secondo, cod. pen., essendo il primo reato integrato da ogni forma di offesa che si estrinsechi sulle cose di culto ed a danno di queste, attraverso la loro distruzione, ovvero il loro deterioramento o imbrattamento. (In motivazione, la Corte ha chiarito che le due disposizioni incriminatrici differiscono per la diversa "ratio", individuata - per il reato di cui all'art. 404, comma secondo, cod. pen. - nel fatto che tali condotte siano strumento di offesa alle confessioni religiose).

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 28 ottobre 2015, n. 11591

Reato - Circostanze - Aggravanti comuni - Motivi abietti o futili - Futilità dei motivi - Contesto culturale di appartenenza del reo - Rilevanza - Limiti – Fattispecie

In tema di riconoscimento dell'aggravante prevista dall'art.61, n.1, cod.pen., la futilità del motivo non è esclusa dall'appartenenza a gruppi o comunità connotati da peculiari valori e stili di vita, che siano espressione di un orientamento religioso in contrasto con i beni fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'esclusione dell'aggravante, la concezione dell'onore familiare propria degli appartenenti all'etnia ed al culto rom, autori di un omicidio compiuto per punire un soggetto che aveva intrattenuto una relazione extraconiugale con una loro familiare).

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.
Sentenza 21 gennaio 2016, n. 731

**Circostanze del reato – Aggravanti comuni – Motivi abietti o futili –
Concezione religiosa di appartenenza - Esclusione**

Non possono reputarsi futili i motivi che derivano dalla radicata concezione religiosa di appartenenza, pur se distanti da quelli della moderna società occidentale, in quanto, pur sussistendo una sproporzione tra il movente e l'evento cagionato, non può dirsi né lieve né banale la spinta che ha portato il soggetto ad agire.

Corte di Cassazione. Sezione Seconda Penale.
Sentenza 17 marzo 2016, n. 1683

Associazione con finalità di terrorismo (art. 270 *bis* c.p.) – Integralismo islamico – Maggiore pericolosità - Sussistenza

La costituzione di un sodalizio criminoso avente le caratteristiche di cui all'art. 270 *bis* c.p. non può dirsi esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato per lo più attorno a nuclei culturali che si rifanno all'integralismo religioso islamico perché, al contrario, i rapporti ideologico religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si proponga il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 18 maggio 2016, n. 28634

In genere - Offese alla religione - Espressione figurativa - Manifestazione del diritto di critica - Reato - Configurabilità - Condizioni - Fattispecie

In materia religiosa, la critica è lecita quando - sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati - si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre trasmoda in vilipendio quando - attraverso un giudizio sommario e gratuito - manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a se stessa.

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale. Sentenza 7 giugno 2016, n. 23592

Aggravante ex art. 3 D.L. n. 122/1993 - Fattispecie

Va riconosciuta la sussistenza dell'aggravante ex art. 3 D.L. n. 122/1993, nel caso di comportamenti posti in essere in danno di donne magrebine indicativi di una sua spiccata avversione per le persone di fede musulmana.

Presentazione

La rassegna di giurisprudenza tributaria in questo numero della Rivista consta di tre decisioni, di cui ben due riguardano il contributo per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Si tratta, indubbiamente di un nuovo “fronte” per il diritto ecclesiastico tributario. Il principio secondo cui il costo per l’igiene ambientale deve gravare tendenzialmente sugli utenti ha spinto il legislatore prima e la prassi amministrativa poi ad adottare una linea di particolare rigore di fronte alle agevolazioni tributarie nel settore. Senza dire che il Ministero delle finanze aveva, nei primi anni di applicazione della cosiddetta “tariffa di igiene ambientale”, tentato di far passare la tesi che la stessa rappresentasse una contribuzione di carattere civilistico con la conseguenza che in tal modo veniva meno la *ratio* di fondo delle agevolazioni tributarie. Sennonché, la Corte costituzionale, mediante due suoi interventi, ha riaggiustato il tiro e ha riaffermato la natura tributaria della tariffa in questione.

Di qui, l’inevitabile lievitazione del contenzioso tra enti locali e organizzazioni non profit, comprese quelle di ispirazione religiosa.

Nelle due sentenze riportate gli enti ecclesiastici ricorrenti vedono accolte le loro istanze: una parrocchia sulla base della indiscutibile natura non commerciale delle sue attività; un monastero di clausura in base alla immemorabile destinazione al culto di tutti i suoi locali, compresi quelli accessori. In particolare, in questa ultima decisione la Commissione tributaria critica specificamente il tentativo di distinguere tra i vari locali di un monastero di clausura per stabilire il grado di destinazione al culto degli stessi! In questa critica, la Commissione tributaria, anche se non la richiama, invero, aveva dalla sua parte anche l’art. 6 della legge n. 28 del 18 febbraio 1999, che, mediante una disposizione ad hoc, esenta dalle imposte sui redditi i monasteri di clausura.

La rassegna si chiude con una sentenza, la quale stabilisce un importante principio: l’esenzione dall’Ici non viene meno se un ente non commerciale conceda in comodato gratuito un immobile ad altro ente senza scopo di lucro, che lo utilizzi per le sue finalità istituzionali.

Commissione tributaria regionale Emilia Romagna, Sez. XII, 2 ottobre 2015, n. 1972

Tarsu – monastero di clausura – locali strettamente connessi all'attività di culto – esenzione – compete.

I monasteri di clausura, per la diffusa pratica di culto in tutti i locali che lo costituiscono, sono esclusi dalla tassazione ai fini Tarsu

Svolgimento del processo

Con avviso n. Il Comune di Bologna Settore Entrate – Ufficio TARSU – accertava a carico dell'appellante Monastero L'omesso pagamento della TARSU

Il Monastero proponeva ricorso contro tale avviso di fronte alla Commissione tributaria provinciale di Bologna, che con la sentenza n. 1324/02/2014 lo rigettava, compensando le spese di giudizio.

L'Ente monastico appellava la sentenza dei Primi Giudici, deducendo la non tassabilità – ai fini della tassa sui rifiuti solidi urbani – dei propri locali, dediti al culto esercitato da Suore di clausura, da lunghissimo tempo.

Chiedeva di dichiarare del tutto infondato l'avviso di pagamento del suddetto importo relativo alla TARSU del 2012, con la contestuale richiesta di sospensione cautelare della sentenza dei Primi Giudici per la esistenza dei presupposti sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora*.

Omissis...

Questo Collegio, preso atto delle tesi difensive delle suddette Parti in causa e disaminata la documentazione versata in atti dalle Stesse, non ritiene condivisibili le conclusioni della sentenza di primo grado.

Omissis...

Motivi della decisione

Sulla scorta dell'art. 68 del citato d.lgs. n. 507/93 il Comune di Bologna ha adottato un apposito Regolamento al fine di regolamentare le categorie o sottocategorie di locali, le potenzialità connesse di produrre rifiuti e la tassabilità con la medesima misura tariffaria.

Omissis...

L'art. 5 del suddetto Regolamento, intitolato "Esclusione dalla TARSU" alla lettera "h" recita che sono esclusi dalla tassa: "Edifici o loro parti adibiti al culto, nonché i locali strettamente connessi all'attività del culto stesso".

Una ponderata riflessione ed interpretazione della norma regolamentare suddetta, porta in re ipsa a ritenere del tutto esclusa dalla tassa di che trattasi l'edificio di culto, oggetto dell'appello.

Sia tutta l'architettura monastica, che la specificità del culto esercitato dalle suore (appartenenti ad un Ordine di clausura) fanno sì che tutte le parti strutturali del Monastero siano dedicate al culto: la cappella, il coro, il chiostro, lo stesso refettorio sono luogo di preghiera e meditazione claustrale.

Parimenti, sono considerati esclusi dalla tassazione, a norma del citato Regola-

mento comunale “i locali strettamente connessi all’attività di culto stesso”: questo Collegio ritiene molto problematico per l’Ente locale impositore stabilire quali possano definirsi – nell’ambito di un Monastero di clausura – quali siano i locali non strettamente connessi con il culto, posto che per motivi di natura “funzionali” tutto il Monastero di clausura è architettato e strumentale alla attività costante, giornaliera e diffusa al proprio interno di preghiera e meditazione.

Appare, dunque del tutto fondata l’ipotesi di esclusione dalla tassazione del Monastero di che trattasi, così come identificato dalla normativa regolamentare del citato art. 5, lettera h, del Regolamento comunale

La particolarità della questione, riguardante un’ipotesi complessa di fiscalità locale, legittima la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

La Commissione accoglie l’appello del Monastero e, per l’effetto, dichiara non dovuto il pagamento della TARSU Compensa le spese di giudizio.

Commissione tributaria regionale Emilia Romagna, Sez. XI, 9 febbraio 2016, n. 300

Tariffa di igiene ambientale – enti ecclesiastici – esenzione – compete.

Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, poiché svolgono attività con fine di religione e di culto, hanno diritto all'esenzione dal pagamento della tariffa di igiene ambientale. Nel caso di specie, una parrocchia svolge attività religiose e non ha come fine esclusivo, e neppure prevalente, l'esercizio del commercio.

Commissione tributaria provinciale di Isernia, Sez. I, 4 marzo 2016, n. 40

Ici – immobili di ente non commerciale concesso in comodato ad altro ente non commerciale per lo svolgimento delle sue attività istituzionali - esenzione – compete.

L'esenzione dall'Ici, di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 504 del 1992, spetta non soltanto se l'immobile è direttamente utilizzato dall'ente possessore per lo svolgimento di compiti istituzionali, ma anche se il bene, concesso in comodato gratuito, sia utilizzato da un altro ente non commerciale per lo svolgimento di attività meritevoli previste dalla norma agevolativa.

Diritto e religioni

PARTE III

Lecture

Quattro secoli di storia di una istituzione religiosa: l'Ordine di San Camillo alla luce dell'indagine archivistica

Riconosciuti, almeno un tempo, per il fatto di portare come segno distintivo una croce di panno rosso cucita sull'abito talare all'altezza del petto e un'altra sul mantello, i Chierici regolari ministri degli Infermi, sono comunemente noti come camilliani, camillini o crociferi. Si tratta di un ordine religioso, fondato nel 1584 a Roma come Congregazione da Camillo de Lellis, approvato nel 1586 ed eretto in Ordine religioso nel 1591; successivamente ulteriormente riconosciuto, sempre con bolle pontificie, nel 1600. Fine precipuo dell'istituzione, esattamente indicata come *Ordo Clericorum Regularium Ministrantium Infirmis*, è l'assistenza spirituale e corporale dei malati negli ospedali, stabilita da uno specifico quarto voto, che prevede il servizio totale verso il malato nel rispetto della sua intera dimensione umana. Una assistenza da svolgere in modo indiretto, perché, a fronte delle difficoltà riscontrate dal fondatore nella gestione diretta degli ospedali, le costituzioni dell'Ordine vietano di possedere o di amministrare questo tipo di strutture.

Anche per tale ragione i camilliani si differenziano dagli Ospedalieri di San Giovanni di Dio (per l'Italia Fatebenefratelli), altro ordine assistenziale post tridentino, i quali invece propugnarono l'apertura di ospedali-conventi gestiti direttamente da un corpo di fratelli laici.

Diverse sono le pubblicazioni, pur frammentarie, che consentono di avvicinarsi alla storia dell'Ordine di San Camillo e alla figura del suo fondatore, il quale (ricordiamo per inciso) nacque in Abruzzo, a Bucchianico il 25 maggio 1550 e morì a Roma il 14 luglio 1616 (cfr. Giorgio Cosmacini, *Camillo de Lellis. Il Santo dei malati*, Roma-Bari, Laterza, 2013). Ma per colmare le lacune presenti nella ricerca, in occasione del 2014 (in cui si è ricordato il IV Centenario della morte di San Camillo) l'Ordine ha deliberato l'avvio di un'opera editoriale pressoché unica per impegno e per ampiezza, volta a promuovere approfondimenti sulla storia dell'istituzione. In precedenza, per predisporre il materiale conoscitivo per una ricostruzione complessiva delle vicende dell'Ordine, si è proceduto al riordino dell'Archivio generale dei Ministri degli Infermi. In tal modo, con un lavoro di scavo e poi di analitica ricostruzione, si è esaminato in modo approfondito una documentazione rimasta inedita o utilizzata soltanto sporadicamente.

Le indagini hanno consentito di mettere a fuoco la presenza di una istituzione religiosa e il suo svolgersi nella storia della società moderna e contemporanea dell'Europa. Dalle ricerche sono scaturiti una serie di contributi monografici di primario valore per la conoscenza della presenza dell'ordine camilliano sia sul piano più semplicemente spirituale e culturale sia su quello dei rapporti con le istituzioni politiche ed ecclesiastiche. L'intento è quindi di far conoscere lo spirituale carisma dell'Ordine, che perviene dal passato e si proietta nel futuro, ma anche di seguire, attraverso la storia

delle province, il processo di internazionalizzazione della presenza dei religiosi nel mondo, individuando i momenti cruciali del suo dispiegarsi e registrando le notizie sullo sviluppo quantitativo, territoriale e organizzativo.

Tali contributi sono stati affidati ad una serie di specialisti che hanno perseguito un progetto coordinato e diretto da Andrea Ciampani, docente di storia contemporanea presso la Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA). Più tardi, dal 2010 al 2015 per conto dell'editore Rubbettino è stata avviata una "Collana di Storia dell'ordine di San Camillo"¹, che merita l'attenzione degli studiosi per l'apporto recato alla conoscenza della società religiosa negli ultimi quattro secoli e che rappresenta un esempio che merita di essere seguito da altre istituzioni religiose. Aggiungo che questi volumi sono completati da accurati indici dei nomi e da ampie indicazioni bibliografiche.

Anche se alcune parti di questa storia attendono ancora di essere sviluppate, le diverse tessere fino ad ora predisposte consentono di comporre un mosaico da cui trarre qualche considerazione di ordine generale. Cercando quindi di considerare le linee comuni di questa ricostruzione storica, emerge subito come una caratteristica dell'Ordine sia la sua capacità di adeguarsi alle esigenze richieste dai tempi e di estendersi; in questo sempre adattandosi alle circostanze locali e superando lo spartiacque rappresentato dalla fine dell'antico regime.

A questo proposito c'è da aggiungere che per i seguaci di San Camillo le vicende degli ultimi secoli furono particolarmente travagliate: prima le limitazioni imposte dai governi illuminati dell'ultimo Settecento, poi l'ondata delle soppressioni napoleoniche e di quelle risorgimentali; precedute queste ultime da una effimera ricostruzione nell'età della Restaurazione. L'impatto delle leggi eversive sul patrimonio ecclesiastico ebbe tra le conseguenze anche la difficoltà di perseguire la missione originaria dell'Ordine, quella ospedaliera, che costituisce il principale impegno ministeriale. Così a seguito degli eventi rivoluzionari i religiosi furono secolarizzati e dispersi e si abituarono a vivere per conto proprio, sovente in famiglia o con un beneficio ecclesiastico e solo nel corso del XIX secolo si ripresero lentamente. Procedendo sempre tra innovazione e adeguamento ai bisogni dei tempi e adattando il proprio profilo organizzativo, prima al superamento degli ostacoli posti dai sovrani sei-settecenteschi, poi al sorgere nell'Ottocento di nuove congregazioni religiose di vita attiva e alla contemporanea assunzione da parte della società civile dei compiti assistenziali svolti in precedenza dalle istituzioni religiose. Questo inframmezzato da una ripresa che si inquadra nel più generale processo ottocentesco di diffusa affermazioni di nuove congregazioni religiose. Un processo nel quale si colloca ad esempio la fondazione nel 1835 della Provincia Piemontese, con l'unione a Torino delle quattro case di Genova, Casale Monferrato, Tortona, Valenza.

¹ *Aspetti e problemi della storia dell'Ordine di San Camillo*, a cura di Andrea Ciampani e Carlo M. Fiorentino (con saggi, oltre che degli stessi curatori, di: Sabina Andreoni; Raoul Antonelli; Marina Cino Pagliarello; Massimo C. Giannini; Gerhard Kuck; Francesco Marcorelli; Giovanni Pizzorusso; Jean-Marc Ticchi; Annibale Zambarbieri), a cui fecero seguito: Sabina Andreoni, Carlo M. Fiorentino, Massimo C. Giannini, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Romana*; Jean-Marc Ticchi, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Francese*; Raoul Antonelli, Isabella De Renzi, Giovanni Pizzorusso, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Spagnola*; Gerhard Kuck, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Tedesca*; Walter E. Crivellin, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Piemontese*; Sabina Andreoni, Massimo C. Giannini, Giovanni Pizzorusso, *Storia dell'Ordine di San Camillo. La Provincia Siculo-Napoletana*.

Aggiungo che la conoscenza della storia dell'Ordine consente anche un rinnovato avvicinamento alle problematiche attuali perché, l'affermazione prima e il parziale insuccesso dopo del cosiddetto Stato sociale, hanno costretto l'Ordine a riposizionare ancora una volta i propri interventi in sede locale.

Nei grandi eventi di sofferenza dell'umanità la presenza camilliana trova modo di manifestare il suo particolare carisma, attraverso una attività che da ordinaria diventa straordinaria. Di qui viene in evidenza l'apporto di questi religiosi nei momenti di calamità (come le grandi pestilenze seicentesche, il colera del XIX secolo, le guerre mondiali del Novecento ma anche i mali dell'emarginazione come l'alcolismo).

La lettura dei volumi sopra richiamati permette di osservare anche il superamento delle tendenze agiografiche spesso alimentate all'interno delle stesse congregazioni religiose, questo perché in passato e talvolta ancora oggi, la ricostruzione delle vicende legate alla vita delle istituzioni religiose è rimasta confinata all'interno, con tutte le limitazioni che questo produce in termini di letture apologetiche e agiografiche. In questo caso l'Ordine si è proposto di recuperare la propria storia, senza panegirici apologetici o riesumazione di eventi in chiave di esaltazione. In tal modo lo sviluppo e il consolidamento dell'Ordine viene seguito, in una prospettiva di lungo respiro, nei diversi contesti territoriali, culturali e spirituali.

Questa storia dell'Ordine camilliano va inserita nel rinnovato interesse della storiografia nei confronti delle congregazioni religiose che prese avvio a fine Novecento e che trova la sua espressione più nota nella edizione del *Dizionario degli Istituti di Perfezione*, diretto da Guerrino Pelliccia e poi Giancarlo Rocca e pubblicato dalle Edizioni Paoline di Roma.

Una storia quella che si presenta al lettore dove troviamo tracciate le linee generali come pure i percorsi locali, ma dove viene anche in evidenza come i contrasti esterni si riflettono anche all'interno. Nei volumi si intrecciano la dimensione spirituale e i profili organizzativi, ma anche attori singoli e collettivi. È il caso dell'apporto di figure rilevanti, che specialmente nei momenti di ricostruzione dell'Ordine dopo le dispersioni, contribuirono ai processi di assestamento e di ripresa, scrivendo ulteriori pagine di una storia che merita di essere conosciuta.

Giovanni B. Varnier

MANLIO BELLOMO, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell'Europa moderna*, Prefazione di Pietro Barcellona (Nuova Edizione, Euno Edizioni, Leonforte 2016) pp. 158¹

Tras un título provocador y muy atractivo Manlio Bellomo fundamenta el nacimiento de la ciencia del derecho en las crisis sociales que tienen lugar en los orígenes de la Europa moderna.

Es el tardo medievo o primer tiempo de la edad moderna, en el paso del mundo antiguo al moderno, comenzando en los decenios que enlazan el siglo XI con el siglo XII, en donde el A. sitúa el comienzo de la *scientia iuris* “monolítica o variada y articulada según los tiempos y las necesidades porque, se sabe, la historia humana no es nunca igual a si misma”. Es el momento en que con toda claridad la documentación evidencia el inicio de la ‘edad nueva’, es un tiempo de renovación o de revolución del que arranca ese hilo rojo señalado por Bellomo que recorre casi un milenio de historia jurídica y social primero europea, y después al tiempo ultramarina. Es el paso del mundo señorial y feudal, en el que el *status* es el determinante de la multiplicidad de relaciones del individuo, al desarrollo de relaciones ajustadas a fórmulas ciertas sobre la base de la libre voluntad individual.

Es en este paso en donde, según la expresión utilizada por Pietro Barcellona en la riquísima introducción que precede a esta obra, el A. “propone una solución original al complejo problema historiográfico de la formación y de la funcionalidad de los ‘dogmas’ jurídicos”.

Manlio Bellomo escoge los siglos XI-XII como principio de una historia nueva, como inicio de la edad moderna según una perspectiva que hoy es compartida sobre todo por historiadores de la sociedad y de la economía. Son los siglos en los que los primeros juristas de la nueva época tuvieron el coraje de llevar a cabo una obra que objetivamente se situaba contra el sistema señorial y feudal, porque las ‘formas’ restauradas del viejo derecho romano negaban de base los presupuestos políticos y operativos del dominante ‘sistema señorial’. Los negaban porque a los pocos derechos y a las muchas obligaciones personales (que costumbres dispersas imponían con la fuerza de la autoridad y de la tradición) se contraponían ‘formas’ nuevas, que en la previsión esperada fuesen capaces de garantizar la plena libertad de la voluntad individual.

El razonamiento del historiador del derecho italiano sitúa, de forma absolutamente convincente, la configuración de los dogmas en el trabajo de los juristas medievales, en ese nuevo estamento que elabora categorías jurídicas nuevas (“repensadas con los materiales del antiguo derecho romano”) en un nuevo ambiente ciudadano que quiere dejar atrás la rigidez del sistema señorial y feudal y que como nuevos dogmas encarnarán los conceptos del moderno sistema jurídico. Es el derecho romano el que sirve de forma espléndida a esta misión y se convertirá en indispensable. Son los *libri legales* los que ofrecen la disciplina adecuada para la convivencia civil en las

¹ La primera edición de la obra (2012) ha sido traducida al español por E. Montanos Ferrín, *Elogio de las reglas. Crisis sociales y ciencia del derecho en los orígenes de la Europa moderna* (Andavira, Santiago de Compostela, 2014) 176 págs.

ciudades que emergen en un escenario que, comenzando desde el siglo XII y continuando en siglos sucesivos, se considera tan innovador que ha sido denominado como 'renacimiento jurídico' (Charles H. Haskins, Francesco Calasso), 'revuelta del siglo undécimo' (Cinzio Violante y Johannes Fried), 'revolución medieval' (Harold J. Berman).

Será, por tanto, una labor de glosadores y de escuelas jurídicas medievales y es precisamente en esta tarea en la que el A. centra el discurso de los dos primeros capítulos de su obra que le llevarán al arribo del dogma en la edad moderna y contemporánea que dará cuerpo al capítulo tercero y último de su magistral obra.

Hace falta coraje. Manlio Bellomo recupera un documento de extraordinaria eficacia ejemplificativa, bastante conocido y sin embargo nunca interpretado para fundar este original discurso historiográfico. Es el testimonio que Odofredo ofrece del coraje de Irnerio (primer *illuminator scientiae nostrae*), "qui ausus fuit dirigere cor suum ad legem istam": es lo mismo que decir que tuvo el coraje de empeñarse en conocer y en divulgar, con todo su corazón, un derecho en el cual tenía un puesto central y dominante el célebre principio de Modestino: "Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur" (D.44.7.52.4).

Son, por tanto, los juristas quienes ofrecen los instrumentos operativos adecuados y modelan las *variae causarum figurae* (contratos, obligaciones, garantías reales, testamentos, donaciones...) sobre los materiales del *ius civile* de la recompuesta compilación justiniana. Son los glosadores quienes elaboran estos dogmas jurídicos, de por sí abstractos, que como pone de relieve Bellomo, suponen un instrumento destinado al uso, como el metro o la escuadra, para medir las variadas dimensiones jurídicas de la actividad humana y que será utilizado por todo operador del derecho (jueces, abogados, notarios, consultores). Si bien aunque 'formas' abstractas, como lo es el metro para el artesano, éstas son esenciales para los nuevos mercados ciudadanos y para las artes y los oficios, allí en donde se contrata o se concluyen negocios. Son esenciales también porque son utilizables repetidamente sin desgastarse nunca. Como observa con juicio agudo Pietro Barcellona "la ricostruzione del ruolo decisivo svolto dai glossatori e dalle scuole giuridiche medievali, operata da Manlio Bellomo, permette di ripensare la vicenda della transizione dal feudalesimo al capitalismo in modo più ricco e complesso", porque interpreta "la vicenda storica non già come un processo evolutivo lineare ma come il risultato del concorso di molteplici e diversi fattori ideali e materiali che si intrecciano nel corso di lotte e conflitti... con singolari fenomeni di anticipazione di avvenimenti successivi", no explicables de otra forma "se non si collocano nel contesto più ampio della civiltà e della società europea".

Estas figuras jurídicas envuelven la vida diaria del hombre medieval y se basan en el título jurídico del acto de voluntad que sustituye el indistinto escenario de derechos y obligaciones basados en el *status* personal de quien tiene el poder sobre las cosas y sobre las personas. En este punto, y de forma muy oportuna recoge el A., unas palabras que Piacentino (segunda mitad del siglo XII) según las que Bulgaro habría fijado tres pernos del nuevo prefigurado orden social: "equitas rudis, ius approbatum, et quod servatur pro iure, ut ultime voluntates deficientium, legitime voluntates paciscentium". Es específica y evidente la valoración de la voluntad.

El libro afronta analíticamente la historia de las 'formas' derivadas de los antiguos materiales romanos y la historia del nuevo 'sistema' que las contiene y les da valor. En los inicios (siglos XI-XII) las 'formas' son pensadas como 'dogmas', en paralelo con los *dogmata* teológicos. El primer documento lo encontramos en las palabras de un juez feudal, Segismundo, que hacia finales del siglo XI se califica como "legum

dogmate fultus". Después de pocos años se imponen y se difunden como dogmas las antiguas *figurae* jurídicas: *emptio-venditio*, *testamentum*, *donatio*, etc. en el campo del derecho privado; *imperium* y *iurisdictio* en el campo del derecho público, por poner algunos ejemplos.

Y el derecho común es el instrumento de desarrollo de esta *scientia iuris* que va dando entrada a la utilización también de la fuentes del *ius proprium* puestas en relación con el *ius commune* ofreciendo una contribución concreta a la comprensión del funcionamiento de un *sistema iuris* que integra *ius commune* y *ius proprium* y que madura de forma significativa entre finales del 'Doscientos' y el 'Trescientos'. De forma muy expresiva Manlio Bellomo afirma que es un sistema capaz de incluir y hacer funcional en la convivencia el *ius commune* y el *ius proprium*, el uno y el otro alimentados por la misma linfa vital. De forma muy oportuna el A. recrea una *quaestio*, que descubrió hace un decenio, de Iacopo Belvisi (maestro en Bologna de Bartolo da Sassoferrato) que recoge la muy expresiva frase según la cual "el *ius commune* es un *ius communicativum*" respecto al *ius proprium*. No se puede esculpir de mejor forma el sentido del 'sistema del derecho común'. En recientes conversaciones que he mantenido a este respecto con el A. he apreciado que continúa preguntándose cuál haya sido el sentido más ajustado de esta frase. A Manlio Bellomo le parece evidente y claro que Belvisi quiere decir también que el *ius* es distinto de la *lex* (según la intuición romana antigua), y que el *ius* es 'comunicativo' hacia la *lex* (imperial, soberana, local...) porque el '*ius*' es '*scientia*' (más allá que *sapientia* al modo antiguo) y como todas las ciencias es 'universal', así que ninguna *lex* del *ius proprium* ni puede ni debe no tomarlo en cuenta. Es una *scientia* que engloba principios, reglas, categorías jurídicas, y las cultiva, las defiende, las madura según las circunstancias, también contra los abusos y el delito.

Llegados a este punto de la obvia y necesaria distinción entre el *ius* y la *lex* se entiende que lo sea porque esta última debe de hacer aplicables las 'reglas' generales del *ius*. De forma absolutamente clara a este respecto encontramos en *De regulis iuris* (D.50.17) innumerables ejemplos del modo en que los juristas romanos (y medievales) llenaban de contenido la amplia esfera del *ius* para diferenciarlo de la *lex*, aquello que el *ius* debía recibir y hacer operativo delante de un juez como especifica la l. (D.50.17.105): "Ubi cumque causae cognitio est, ibi praetor desideratur". Por su parte, la l. (50.17.106) encuadra un principio general: "Libertas inestimabilis res est", la l. (D.50.17.3) vuelve de nuevo al principio de la libre voluntad: "Eius est nolle, qui potest velle" y en la l. (50.17.69) se encuentra una especificación del principio general: "Invito beneficium non datur" que valoriza la libertad de un sujeto, que refutando un beneficio ejercita la libertad de su voluntad.

Y precisamente, basándose en la libre voluntad del individuo, los juristas desarrollan los dogmas que, como figuras jurídicas, dan vida a las diversas relaciones que la convivencia en la nueva ciudad desarrolla a diferentes niveles. Desde finales del siglo XII comienza a apreciarse que la ciencia del derecho sirve y es necesaria (como tantas veces ha manifestado Manlio Bellomo a lo largo de su impresionante obra) para la articulación de la vida: para el patrimonio, para la gestión y defensa de la tierra poseída, para los negocios de un mercado que crece, para la disciplina de un trabajo necesario cuando los brazos de la familia no son suficientes, para la gestión de la *res publica* y de los patrimonios eclesiásticos.

Para poseer y poder aplicar estos conocimientos muchos jóvenes ya desde esta fecha dejan sus casas y sus familias y acuden a estudiar los *libri legales* a las ciudades doctas, al tiempo que sus padres venden patrimonios importantes para hacer frente a

los grandes desembolsos económicos que la situación conlleva. Una vez formados en ese *ius commune* cuyo conocimiento monopolizan, los jóvenes vuelven a sus lugares de origen para desempeñarse como operadores del derecho a diferentes niveles, desde un modesto municipio a la corte del rey o a la curia pontificia. Estos nuevos juristas tienen la enorme riqueza del conocimiento y manejo de las variadas y múltiples figuras jurídicas y se ofrecerán y serán también reclamados en la nueva sociedad, que quiere liberarse de la rigidez del sistema señorial y feudal y que les proporcionará por sus servicios también grandes riquezas materiales. Ésta es la vital utilidad del *sistema iuris* que madura en el ‘Trescientos’.

Está claro que resulta totalmente fuera de lugar la idea de que el *ius commune* haya sido solo un Kaiserrecht, un ‘diritto docto’, un ‘droit savant’ o un derecho meramente doctrinal.

El libro sigue una larga parábola histórica. Después de haber alcanzado en el siglo XII el momento de la primera ruptura con el mundo feudal, sigue la historia de los tiempos sucesivos. Los advenimientos son complejos, y en su desarrollo se presentan sobre un frente doble: por un lado las ciudades desarrollan un mercado y una cultura que dan las primeras señales del capitalismo moderno y dejan al margen las ‘obligaciones involuntarias’, mientras crece la concentración demográfica urbana; por otro lado los señoríos territoriales y feudales resisten sobre todo en el campo, mientras en las ciudades se adaptan a los cambiados y variados órdenes sociales y económicos y concurren a crear nuevos ordenamientos públicos de niveles varios, hasta el nivel máximo del Estado moderno. En los ámbitos ciudadanos y sobre todo en las grandes capitales maduran fenómenos originales: al lado de la ‘nobleza de sangre’ (de tradición feudal y señorial) se coloca una ‘nobleza de toga’, y entrambas, de forma paralela, contribuyen a crear y a imponer modelos socio-políticos originales.

Es en estos contextos en los que Manlio Bellomo coloca a los juristas, de los cuales reconstruye sus roles sea dentro de las instituciones del naciente Estado, sea en la sociedad que desarrolla su propia economía y su propia cultura.

La Revolución francesa constituye el punto de ruptura social, política, cultural. Después maduran y se desarrollan sobre todo la ‘escuela histórica’ y la ‘dogmática’ de cultura alemana, y como sintetiza Pietro Barcellona en la Introducción del libro, “la scienza giuridica moderna si libera del furore nichilistico della rivoluzione francese e stabilizza le categorie della moderna società capitalistica di mercato, portando così a compimento la lunga transizione che aveva visto, nel cuore del medioevo, proprio nella scuola dei glossatori i veri precursori di tutto ciò che diventerà la teoria generale del diritto e il sistema del diritto privato moderno”.

Debe de señalarse, enfin, que *Elogio delle regole* está construido de forma original sobre la base de una articulación fundamental, que distingue ‘principios’ (*principia et radices*), ‘categorías’ (*dogmata iuris*), ‘normas’ (*leges*) y ‘reglas’. La articulación recupera antiguas experiencias romanas, las coloca en contextos históricamente diferentes (en donde actúa de forma ampliamente determinante la Iglesia Universal) y hace límpida la reconstrucción de hechos del pasado y también del presente: los *principia*, ya pensados como método directivo en época romana, hoy están consignados en las Constituciones modernas; las ‘categorías’, refluidas sobre todo en los códigos modernos, son los instrumentos duraderos en el tiempo (como lo es el metro en el artesano), y por su sustancia y por su lenguaje hacen posible que las *leges* tengan una estructura fija, duradera en el tiempo, dentro de la cual pueden ser volcados los contenidos más diversos y variables. ‘El todo’ crea el complejo de las *regulae* fundamentales para una vida civil, ordenada según valores, razones y racionalidad.

El libro (como también la Introducción) se cierra con una pregunta y un augurio: ¿sirven de verdad las ‘categorías’ jurídicas, renovadas de época en época, para regenerar un tejido social rasgado y fragmentado y para liberar al hombre de obligaciones involuntarias o casuales y para formar un orden social compartido?. ¿Deben de tener los juristas de nuestro tiempo el mismo coraje del viejo Irnerio y deben empeñarse en crear instrumentos operativos ajustados para hacer posible una respuesta afirmativa?

Emma Montanos Ferrín

MANLIO MIELE (a cura di), *Gli insegnamenti del Diritto Canonico e del Diritto Ecclesiastico dopo l'unità d'Italia* (Religione e Società. Studi, testi, ricerche di diritto e storia raccolti da Francesco Margiotta Broglio, 37), Bologna, Società Editrice Il Mulino, 2015, pp. 714

1. Il volume curato da Manlio Miele è diviso in due parti. La prima contiene tredici contributi sull'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico nelle diverse Università della penisola dopo l'unità d'Italia. Nella seconda sono meritoriamente pubblicate le prolusioni degli ecclesiasticisti che hanno contribuito in maniera rilevante a definire il nuovo oggetto della disciplina nei cinquanta anni decisivi a cavallo tra l'Ottocento e il Novecento, e dunque a fondare il diritto ecclesiastico moderno. Si possono così consultare le «fonti dottrinali» dell'insegnamento universitario del diritto ecclesiastico e canonico di Cucca, Falchi, Scaduto, Ruffini, Del Giudice, Manenti, Calisse, Schiappoli e Galante.

La prima parte del volume raccoglie le relazioni e i testi presentati in occasione del Convegno dell'ADEC (*Associazione dei docenti universitari della disciplina giuridica del fenomeno religioso, afferenti all'attuale settore scientifico disciplinare IUS 11 - Diritto canonico e diritto ecclesiastico*) tenutosi a Padova nell'ottobre 2011. La maggior parte dei contributi espone in prospettiva storica le linee di sviluppo dell'insegnamento accademico delle due materie, ecclesiastico e canonico, dalla prima cattedra ricoperta nelle specifiche Università dopo l'unità d'Italia – ossia da quando il mondo universitario assume caratteri, per l'appunto, unitari e omogenei – fino ad oggi.

Le Università sono ripartite in quattro gruppi: quelle dell'Italia del Nord e dell'Emilia, analizzate rispettivamente nei saggi di L. Musselli e di F. A. Adami; e quelle dell'Italia centrale e dell'Italia meridionale alle quali sono dedicati i contributi di A. Talamanca e O. Condorelli. Come afferma nella *Introduzione* E. Vitali, l'allora Presidente dell'ADEC, la successione degli articoli sembra formare una sorta di «autobiografia» della disciplina attraverso «vuoi sintesi brillanti, vuoi analisi capillari, vuoi rievocazioni particolarmente vivaci e commosse, vuoi ancora ricostruzioni ampie e approfondite, che possono essere considerate come esempi di strategia di ricerca» (p. 11). In tal modo, specifica Musselli, «emerge il quadro del nostro passato e, in parte, si spiegano le ragioni di come siamo ora» (p. 26). Altri contributi sono dedicati ad Università specifiche come quella di Bari (R. Coppola e C. Ventrella) e Parma (G. Anello) o al pensiero di ecclesiasticisti come l'articolo di M. Miele sull'evoluzione dottrinale di Guido Saraceni da Padova a Napoli e di M. d'Arienzo sulla Università di Napoli e l'istituzione della prima cattedra italiana di diritto ecclesiastico ricoperta da Francesco Scaduto. In generale, i contributi del libro descrivono con precisione l'opera di numerosi docenti in tutti gli Atenei italiani potendosi così «ripercorrere alcune linee della tradizione del diritto ecclesiastico italiano» (O. Condorelli p. 185).

Tutti gli articoli citano e illustrano i due percorsi universitari di Francesco Scaduto e Francesco Ruffini, considerati a buon diritto i veri fondatori del diritto ecclesiastico «nel contesto della cultura giuridica liberale» (S. Ferrari, p. 272). La prolusione di Francesco Scaduto del novembre 1884 sul «concetto moderno di diritto ecclesiastico», può infatti ritenersi il vero «atto di nascita della nuova

disciplina del diritto ecclesiastico italiano» (O. Condorelli, p. 142). Essa propone di assumere il punto di vista dello Stato e occuparsi «delle leggi in materia ecclesiastica» assegnando all'insegnamento della disciplina promossa nelle Facoltà giuridiche la finalità di riaffermare la «sovranità statale e del suo diritto rispetto alle rivendicazioni privilegiate delle Chiese, *in primis* quella cattolica» in quanto diritto non «ideale», ma *razionale* «inteso come diritto concreto, modificabile, tuttavia strutturato sulla *ratio* discendente dai principi propri dell'ordinamento giuridico e non da principi metafisici» (M. d'Arienzo p. 212). Come afferma S. Ferrari, anche se nel suo *Diritto ecclesiastico vigente in Italia* – che può ritenersi il primo manuale della disciplina – Francesco Scaduto «rinuncia consapevolmente a esporre i principi generali del nuovo diritto ecclesiastico», con la sua opera «risponde sul terreno giuridico al progetto di secolarizzazione istituzionale che caratterizza il periodo che va dall'unificazione italiana alla fine del secolo e sul terreno politico alla volontà di emancipare lo Stato dal controllo ecclesiastico» (p. 271). In effetti la scelta dell'Università di Napoli di bandire il primo concorso nell'Italia unitaria per ricoprire la cattedra di diritto ecclesiastico e canonico, «in deroga alle direttive ministeriali che ne prevedevano, al contrario, la tacita abolizione» (p. 216), evidenzia che «erano maturi i tempi per segnare una svolta nell'insegnamento della disciplina in linea con i principi e gli ideali propri dello Stato unitario nascente» (p. 217) e la necessità di formare una «classe di professori in grado di rivalutare l'importanza, anche e soprattutto politica, che una tale disciplina riveste all'interno dello Stato moderno» (M. d'Arienzo p. 211).

Nel Nord Italia l'insegnamento di Ruffini ha avuto un'influenza uguale a quella di Scaduto, dando vita a una scuola incentrata sulla centralità della dimensione individuale della libertà religiosa nel quadro intellettuale e politico del separatismo liberale cavouriano (Scaduto, infatti, incarnava il giurisdizionalismo statalista meridionale), garantendo così la protezione della libertà delle persone sia di fronte allo Stato che alla Chiesa. Ruffini scriveva che il diritto ecclesiastico va «riguardato oramai, non tanto dal punto di vista dei rapporti fra codeste due entità (Stato e Chiesa), di per sé e quasi astrattamente considerate, quanto da quello del diritto del cittadino a un assetto di tali rapporti che rispetti e garantisca, innanzitutto, la sua libertà di fede» (p. 273).

2. Il libro evidenzia la rilevanza del contributo dei due studiosi all'autonomia scientifica ed accademica dell'insegnamento del diritto ecclesiastico in senso moderno rispetto al diritto canonico che, prima dell'unità d'Italia, era insegnato soprattutto da «ecclesiastici, i quali», come afferma L. Musselli, «tenevano fino a tarda età corsi ripetitivi per formule e contenuti» (p. 27). L'Autore ricorda che esisteva, in varie Facoltà del periodo preunitario, un diritto ecclesiastico da intendersi nel senso di diritto canonico integrato o meno con la legislazione civile e rileva che «quando si afferma che Scaduto e Ruffini diedero vita a un diritto ecclesiastico totalmente nuovo», fu «in buona misura, nello spirito e nel metodo, ma solo in parte nel contenuto» (p. 28). In questo momento storico, il diritto ecclesiastico e canonico era visto come un «colossale ma barocco edificio» e, per questo motivo, era criticato dal pensiero risorgimentale, vittima delle circostanze storiche dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica e pertanto «sottoposto a totale discredito» (G. Feliciani p. 187). Perdettero progressivamente la sua autonomia dopo il Regolamento Bonghi del 1875 che vivisezionò «i contenuti, distinti nel filone storico, matrimoniale, patrimoniale e costituzionale rispettivamente riconducibili alla storia del diritto, al diritto civile, al diritto amministrativo e al diritto costituzionale» (A. Talamanca p. 99). Le

nuove condizioni storico-giuridiche che favorirono il rifiorire delle discipline del diritto ecclesiastico e canonico furono senz'altro la pubblicazione del Codice piobenedettino e la firma del Concordato, fattori di creazione di «un'osmosi culturale che si rivela utilissima nel momento in cui si perviene a un sistema di bilateralità legislativa che vede protagonisti e interpreti, molti studiosi che si erano cimentati con l'insegnamento del diritto ecclesiastico e canonico» (A. Talamanca p. 100).

Nel 1924 viene istituita una cattedra autonoma di diritto canonico nell'Università cattolica del S. Cuore di Milano e, negli anni immediatamente successivi, in altre Università italiane. Ma, spiega G. Feliciani «il fattore principale, e determinante il diritto di cittadinanza (del diritto canonico) acquisito nelle Università italiane, è senz'altro da riconoscere nel fatto che quanti vi insegnavano, o si apprestavano a insegnarvi la materia, avevano adottato una impostazione metodologica nuova e originale» (p. 188), incentrata sullo studio dell'ordinamento della Chiesa in quanto ordinamento giuridico non differente dagli ordinamenti statuali. Si sviluppa, in tal modo, la Scuola italiana di diritto canonico ispirata chiaramente al pensiero di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. La ripresa dell'insegnamento del diritto canonico avvenne pertanto in concomitanza con il «rifiorire degli studi ecclesiastici sulla materia riformata dalla nuova legislazione conseguente al delinarsi del progetto politico mussoliniano di usare la Conciliazione a fini di rafforzamento della propria immagine all'interno e all'esterno» (E. Vitali p. 16). Sappiamo che l'insegnamento del diritto canonico avrà un ruolo essenzialmente complementare rispetto al diritto ecclesiastico.

3. I contributi del volume aiutano a comprendere l'originalità dell'insegnamento accademico italiano del diritto ecclesiastico e del diritto canonico. La situazione in tanti Paesi europei è difatti molto diversa da quella italiana. In particolare quella francese appare addirittura diametralmente opposta sia per la separazione giuridica tra Stato e culti insita nel principio di laicità, sia per la lunga tradizione politica di secolarizzazione dell'insegnamento riguardante le materie che interessano direttamente l'esistenza e l'attività delle confessioni religiose. Nelle Università statali francesi non esistono corsi specializzati di diritto canonico come in Italia; esso viene integrato in altri insegnamenti universitari, in particolare – come si voleva che fosse in Italia all'inizio del secolo scorso – nell'ambito della storia del diritto – si pensi a G. Le Bras, J. Gaudemet, A. Lefebvre-Teillard, B. Basdevant – del diritto costituzionale (J. Robert, C. Goyard) e della sociologia (E. Poulat), ossia il suo approfondimento dipende direttamente dall'interesse che i singoli studiosi mostrano per la materia. Il diritto canonico come anche gli altri diritti religiosi sono insegnati dalle confessioni stesse all'interno delle strutture private di formazione superiore che il Codice francese dell'educazione consente di creare come, ad esempio, le Facoltà di diritto canonico degli Istituti Universitari Cattolici¹. Per gli studiosi non italiani, e in particolare francesi, è pertanto sorprendente

¹ Costituisce un'eccezione il Master di diritto canonico istituito dall'*Institut de droit canonique* di Strasburgo. L'insegnamento universitario di diritto canonico esiste infatti nell'Alsazia e una parte della Lorena come permanenza del sistema Concordatario napoleonico che consentiva e – almeno teoricamente consente ancora – di formare il personale, preti, pastori e rabbini, dei quattro culti riconosciuti. A Parigi, la *Faculté Jean-Monnet* dell'*Université de Paris-Sud* organizza un master di diritto canonico in convenzione con la Facoltà di diritto canonico dell'*Institut catholique de Paris*. Infine è stato salutato come un fatto eccezionale la pubblicazione nel 1989 (con una seconda edi-

il fatto che il diritto ecclesiastico sia insegnato nelle Università statali. È un fatto originale in Europa, una «anomalia italiana» la chiama Ferrari, precisando che «in nessun altro paese del mondo occidentale, tolta la Spagna, esiste un insegnamento universitario di questa disciplina su scala comparabile a quella italiana». (p. 279). Una anomalia che – affermiamo con forza – costituisce una fortuna rispetto agli altri Paesi dove non esistono luoghi di riflessione di livello universitario e dove non si possono affrontare i problemi specifici delle attività a carattere religioso con una coerenza e un'unità epistemologica di analisi, con un metodo scientifico frutto di una tradizione di pensiero e con un corpo di docenti specializzati nella materia. L'assenza di una tale disciplina in Francia lascia infatti ogni ambito del diritto trattare le questioni religiose in modo settoriale, in chiave costituzionale, amministrativa, fiscale, patrimoniale e anche penale. È proprio dal bisogno di unità nell'affrontare le nuove problematiche che sono state create commissioni e osservatori specifici – come, ad esempio, la Commissione Stasi dopo l'interdizione del velo islamico nelle scuole – composte da cultori di diverse discipline, non solo giuridiche ma anche sociologiche e storiche, per proporre soluzioni.

Per questo motivo è interessante che il volume apra un dibattito sul futuro dell'insegnamento del diritto ecclesiastico e del diritto canonico nelle Università italiane. Certamente il diritto ecclesiastico italiano in seguito alla stipula dei Patti lateranensi si era incentrato maggiormente sulle problematiche giuridiche relative all'applicazione del Concordato del 1929 e, dopo il 1985, degli Accordi di Villa Madama come anche delle Intese con le confessioni diverse dalla cattolica. Oggi la situazione è cambiata non solo per la crescente presenza in Italia di appartenenti alla religione islamica, ma anche per l'importanza che il fenomeno religioso assume nella vita delle società, diventandone – anche drammaticamente – fattore imprescindibile. Ciò ha indotto ad un cambiamento di prospettiva. Se il compito del diritto ecclesiastico è di contribuire a definire il quadro di attività delle persone e dei gruppi confessionali nel rispetto dei principi giuridici dell'ordinamento italiano, in armonia con il diritto sovranazionale e internazionale, in materia di libertà religiosa, le analisi ecclesiasticistiche saranno sempre più finalizzate non prevalentemente allo studio dei rapporti tra il diritto statale e le confessioni, ma alla risoluzione preventiva di situazioni confliggenti tra libertà religiosa individuale e altri valori costituzionalmente garantiti. Varnier cita Tedeschi che definisce il diritto ecclesiastico come «scienza di mezzo», «necessaria...per regolare le delicate situazioni di conflitto» (p. 288).

Perciò ci sembra importante l'auspicio espresso da Ferrari di «riannodare i fili (del diritto ecclesiastico) con le altre discipline che studiano il fenomeno religioso, in primo luogo il diritto canonico e gli altri diritti religiosi» (p. 280). Il diritto ecclesiastico non può essere disgiunto nella trattazione delle tematiche riguardanti gli ordinamenti confessionali e dalla conoscenza delle norme il rispetto delle quali costituisce espressione di libertà religiosa. Varnier cita le diverse definizioni di diritto ecclesiastico date da alcuni dei Maestri oggi scomparsi, esprimendo la sua preferenza per quella di Finocchiaro per cui «lo studio del diritto ecclesiastico concerne tutto il diritto efficace e applicabile nell'ordinamento statale per la disciplina del fenomeno religioso» (p. 289-290). La prima conseguenza di una tale

zione nel 1993) del Manuale di "Droit canonique" (oggi esaurito) nella prestigiosa collana della casa editrice Dalloz.

concezione per l'insegnamento del diritto ecclesiastico è che sia offerta la possibilità agli studenti di conoscere i diritti delle confessioni religiose presenti nella società italiana. È rilevante che, nella laica Francia, un gruppo di giuristi – F. Messner, P.H. Prélôt, J.M. Woerling – abbia creato il nuovo concetto di «*droit français des religions*», definito e descritto in un importante Trattato al fine di contribuire a gestire nel modo più adeguato i fenomeni religiosi nel quadro della società moderna. La ricerca di coerenza delle soluzioni giuridiche, il contributo alla funzione dello Stato di regolare l'attività delle religioni nei rapporti con le istituzioni pubbliche e private nell'ambito dei principi della laicità francese, lo sviluppo di concetti giuridici fondamentali, hanno condotto gli Autori a dedicare una parte della presentazione del nuovo diritto delle religioni alle evoluzioni storiche e alla situazione attuale delle grandi religioni in Francia senza prescindere da considerazioni sociologiche perché, dicono, «dans le présent Traité, c'est le droit, les mécanismes juridiques qui ont retenu l'attention des auteurs et dont on trouvera l'exposé. Mais le droit n'est pas le simple exposé de règles normatives. Il gère une société dans laquelle s'inscrivent des rapports humains. Cette dimension humaine du droit, à la fois individuelle et sociale, est particulièrement fondamentale lorsque l'on envisage le droit appliqué aux religions, aux manifestations des croyances spirituelles dans lesquelles l'homme découvre un sens à sa propre vie» (p. 192).

Una tale concezione determina una cultura propria dell'ecclesiasticista odierno sensibile alle evoluzioni della nostra società – come si vede nell'insegnamento della materia fatto nelle università italiane e ammirato dagli studiosi stranieri – che non potrebbe esistere se il contenuto dell'insegnamento attuale del diritto ecclesiastico venisse scomposto e trattato in maniera settoriale ad esempio dal diritto costituzionale, amministrativo, patrimoniale, civile, penale, tributario. Questa concezione supera il problema dell'opportunità di mantenere la dizione «diritto ecclesiastico», anche se i due problemi sono legati. Silvio Ferrari propone un nuovo titolo della disciplina – una denominazione come «diritto e religione» (p. 280) – e Varnier aggiunge che sarebbe più opportuno definirlo «diritto relativo alle religioni» (p. 291). «Oltre a essere più adeguata alla realtà odierna», dice S. Ferrari, la diversa denominazione «sarebbe più facilmente comprensibile all'esterno della ristretta cerchia degli addetti ai lavori e risulterebbe senza dubbio più attraente agli studenti» (p. 280). E. Vitali, invece, definisce la tendenza a usare la nuova dizione «una terrificante vaghezza», argomentando che «qualcuno infatti potrebbe chiederci quale sia l'oggetto di questa espressione omnicomprensiva, di comodo, senza un contenuto definito» e ritiene «che l'esigenza assoluta sia non solo di fare una scelta felice, ma anche di precisare quali sono i contenuti che questa scelta comporterà» (p. 20). Il volume, infatti, dimostra che l'insegnamento della materia ebbe diverse denominazioni ma, soprattutto, che fu importante nella prima parte del periodo studiato la trasformazione del vecchio insegnamento canonistico in un altro che s'impose come scienza laica del diritto canonico; esso non doveva essere ridotto all'insegnamento della storia (F. E. Adami p. 72-73) ma superare l'insegnamento «ormai rancido» (F. Scaduto) della materia tradizionale e proporre un nuovo concetto di diritto ecclesiastico non senza la volontà, anche polemica, di rispondere a una situazione nuova. Lo stesso Scaduto, all'inizio della prolusione, poneva le basi del suo programma: «Non si tratta, o signori, di ripetervi una definizione in Italia già ferma e stabile, ma di determinare l'estensione e lo scopo di una materia che fra noi è stata soppressa appunto perché mal compresa specie dai legislatori» (p. 471). E alla fine egli dichiarava: «Dal mio canto farò di tutto per mostrare coi

fatti che questo insegnamento non è inutile né, da per sé stesso, privo di attrattive; spero che quelli i quali mi onoreranno della loro presenza, proveranno coi i loro studi, che le Facoltà di Napoli e di Palermo non hanno avuto torto nel domandare la ripristinazione o trasformazione di questa cattedra, né il Ministero nell'acconsentirla» (p. 487-488). Anche se si possono considerare oggi in parte superate le risposte dei grandi Maestri alle sfide individuate, la loro convinzione nel futuro dell'insegnamento di una materia così necessaria rimane per noi un esempio e un modello insuperabili.

Patrick Valdrini

G. ANDERLINI, *Il cibo nella Bibbia e nella tradizione ebraica*, Wingsbert House editore (Aliberti compagnia editoriale), 2015

Il libro di Gianpaolo Anderlini affronta un argomento molto *trendy* negli ultimi anni: la cucina. Ma ha cura di farlo da un punto di vista diverso, quello confessionale. Il *cibo nella Bibbia e nella tradizione ebraica* edizioni Wingsbert House, sposa e racconta tradizioni e riti posti in essere dalle famiglie ebraiche, in materia alimentare, nel corso dei secoli. Attraverso un sapiente uso di passi tratti dalla Torà, dal Talmud e dall'esperienza di esperti, l'autore riesce a trasmetterci non solo la voglia di provare la cucina *kashèr* ma, soprattutto, il significato che essa ha per i figli di Israele e (contestualmente) l'importanza dell'altare domestico, la tavola, intorno al quale tutti si ritrovano quotidianamente e del significato sacrale che essa riveste.

Infatti, nella tradizione ebraica, il cibo non viene visto solamente quale mero nutrimento per il corpo, ma come autentico strumento per arrivare alla comunione con Dio (*"il giusto mangia con l'intento di saziare l'anima"* Pr 13,25) in un processo che segue una logica parzialmente diversa da altre esperienze confessionali, quella del caldo focolare domestico dove tutti i fratelli nella fede sono invitati. Durante il *sèder* pasquale la tavola viene apparecchiata con un posto in più stante a simboleggiare l'attesa di Elia che verrà ad annunciare il Messia. La casa si fa quindi *miqdash me'at*, un santuario in scala ridotta nel quale, ad ogni pasto, seguendo determinati riti (come il lavaggio delle mani e la preghiera) si viene in contatto con Dio; verrà detto, infatti, che Mosè ed Aronne sul monte Sinai prima videro Dio poi mangiarono (Es 24,11). Dopo di loro, l'uomo, prima mangerà e poi vedrà Dio, o meglio percepirà la presenza di Dio (*shekinà*) come ospite (in)atteso della tavola imbandita.

Il cibo nella Bibbia e nella tradizione

ebraica fa luce, per la prima volta e con metodo, su uno dei problemi "sommersi" della nostra società. Infatti, la cucina e il modo di mangiare possono essere strumentalmente visti (e strumentalizzati n.d.a.) da alcuni, come un ostacolo all'integrazione di una cultura altra nel paese ospitante. Il *kashrùt* (adeguatezza ad una fruizione sicura) prevede infatti una serie di leggi da rispettare che potrebbero essere in contrasto oppure non previste negli ordinamenti cd. "ospitanti"¹. Questo, a volte, finisce per provocare una "ghettizzazione" alimentare che vediamo ogni giorno rispetto, ad esempio, alle macellerie *halal* nelle nostre città, che vengono, il più delle volte, percepite non come negozi specializzati dove acquistare cibi consoni rispetto ad un precetto religioso, ma come luoghi d'incontro di migranti, banalizzando, di fatto, una tradizione culinaria che ha origini e giustificazioni antichissime nel tempo.

L'autore evidenzia poi con efficacia, quanto la cacciata di Adamo ed Eva dal giardino dell'Eden risulti essere una violazione di una prescrizione di carattere alimentare. La mela, in questo caso, raffigurerebbe una norma posta da Dio, la quale non è necessariamente data per ragioni igieniche o di commestibilità, come alcuni sostengono rispetto alle tradizioni *kashèr* o *halal*. Dirà infatti Rabbi Eleazar ben Azarià che i precetti da seguire nell'alimentazione sono un comando di Dio che terrà (gli ebrei) divisi dalle cose impure, mantenendoli quindi puri. L'ebreo osservante, quindi, accetta le prescrizioni alimentari (im) poste da Dio come premio per far parte del popolo eletto.

¹ In Italia si è intervenuti, riguardo alla macellazione rituale, con il DM 11/06/1980 (G.U. n. 168 del 20/06/1980) e con il DLgs 01/09/1998 n. 333 (G.U. n. 226 del 28/09/1998). Cfr DE OTO A., *"Precetti religiosi nel mondo del lavoro"*, Ediesse edizioni, Roma, 2007, *passim*.

La storia dell'umanità scaturisce in definitiva da una trasgressione di una regola alimentare, da lì in avanti l'uomo dovrà procurarsi il pane con il sudore della fronte non potendo più godere del cibo che cresceva spontaneo nell'Eden. Altra cosa molto interessante da rilevare è che Dio crea un uomo con abitudini vegetariane (per non dire vegane) poiché viene detto (Gn 1. 29,30): *«Dio disse: «Ecco, io vi do ogni erba che produce seme e che è su tutta la terra, e ogni albero fruttifero che produce seme: saranno il vostro cibo. A tutti gli animali selvatici, a tutti gli uccelli del cielo e a tutti gli esseri che strisciano sulla terra e nei quali è alito di vita, io do in cibo ogni erba verde»*. Questo perché nel disegno di Dio ogni animale è dotato di anima (*nefesh chay*) cosa che lo accomuna all'essere umano al quale, quindi, è fatto divieto di uccidere qualsiasi animale. Ma non sarà sempre così nel divenire della storia, Dio concederà a Noè, e alla sua discendenza, la possibilità di cibarsi di carne di animali, sia allevati che selvaggi. Farà ciò perché Dio, dopo la cacciata di Adamo ed Eva, vedrà nel mondo una dilagante corruzione. Così Dio, prima del diluvio, dirà a Noè di prendere sette coppie di animali puri e uno di animali non puri e, una volta terminato il diluvio, Noè stesso sacrificherà a Dio gli animali puri lasciando così intravedere il binomio puro-impuro come dinamica legata non al cibo ma alla sacralità dell'atto stesso. Questa dimensione sacrale si trasla nella tavola imbandita quando Dio donerà sul monte Sinai la Torà ai figli di Israele rendendo così sacro anche il momento del pasto (Ez 41, 22: *«Questa è la tavola che sta al cospetto del Signore»*). La tavola, quindi, si fa altare per due ordini di motivi: per la preghiera che precede e segue l'atto e per il godimento di frutti che promanano direttamente da Dio.

Molto importante, come rileva l'autore, per la tradizione culinaria ebraica è anche l'*animus* con il quale ci si appresta a consumare i pasti. All'interno de *«Il cibo*

nella Bibbia e nella tradizione ebraica» troviamo un'interessante piccolo racconto nel quale partecipano Rabbi Levi Isacco e l'acquiolo. Questo aneddoto, tramandato dalla tradizione ebraica, ci fa capire come il rispetto delle prescrizioni religiose sia necessario ma non sufficiente ad apprezzare veramente i doni concessi da Dio, che preferirà un'interpretazione che si allontana dall'ortoprassi.

Infatti, ricorda correttamente Anderlini, che determinati precetti imposti dal *kashrùt* possono essere disattesi (*piquàch ha-nèfesh*) quando è in gioco la vita umana. Questo principio si accosta a quello di *darura* per i musulmani. Il senso generale è che ci si può affrancare temporaneamente dalle prescrizioni religiose se queste conducono alla morte del soggetto che le segue. Ritroviamo comparativamente questo principio anche nella dispensa che viene data dal parroco al credente cattolico che, per motivi di salute o per giusta causa, non rispetta il digiuno ecclesiastico del mercoledì delle ceneri e del venerdì santo.

La tradizione ebraica suddivide gli alimenti in: *tarèf* (proibiti), *parvé* (neutri) e *kashèr*. Questa divisione è il riflesso di pratiche e tradizioni sedimentate nel corso dei secoli. Come abbiamo detto sopra, agli inizi della storia dell'umanità, l'essere umano non poteva cibarsi di animali di qualsivoglia specie. Erano infatti concesse solamente le erbe che Dio aveva prestabilito come nutrimento per ogni essere vivente. Successivamente però Dio concesse all'uomo di cibarsi anche degli animali e così arrivarono le prime prescrizioni di natura alimentare rispetto agli animali.

Ma rimarrà sempre l'idea che il cibarsi di erbe mette in comunione l'anima con Dio, infatti, animali considerati puri hanno la caratteristica comune di essere erbivori, vengono esclusi quindi gli onnivori come il maiale o i predatori come la volpe o il falco. Poiché il cibarsi d'erba rappresenta la pace interiore di un essere

creato da Dio che, a sua volta, ha creato l'erba e i frutti per sfamare ogni creatura. Così facendo l'uomo, nell'atto di consumare l'animale, non assimila l'egoismo e la ferocia del predatore che sbrana e dilania la carne della sua preda.

Nel tempo si sono affermate diverse interpretazioni sul perché la carne di maiale fosse vietata agli ebrei, il Maimonide, ad esempio, commenta dicendo che ciò avviene per un motivo prettamente igienico, mentre altri studiosi, ugualmente dotti, pongono l'accento sulla fuga da abitudini alimentari considerate insalubri e devianti, come quelle degli Egiziani.

Inoltre, rileva l'Autore, non ci si può cibare del grasso degli animali sacrificabili a Dio (quindi puri), ma può invece essere consumato quello degli animali selvatici. Questo perché nella gran parte delle tradizioni religiose del mondo a Dio deve essere offerta la parte migliore dell'animale² ed il resto deve spartito tra i commensali.

Quel che rileva di più è che i precetti della Torà non sono consigli da seguire solo per vivere una vita sana, ma veri e propri precetti che promanano direttamente da Dio. Questo va in contrasto con la recente "moda", tutta *newyorkese*, di mangiare cibo *kashèr* anche se non si è ebrei. Dirà infatti il rabbino Toaff che l'ebreo praticante non solo deve mangiare *kashèr*, ma che deve farlo anche in compagnia di altri ebrei; ancora, il mangiare cibi puri crea una separazione tra coloro che seguono i precetti della Torà e coloro

che non lo fanno, infatti, chi si nutre della Torà vive nella Torà e per la Torà. Il recente costume, che non ha nulla a che vedere con queste tradizioni, risulta certamente utile per portare alla conoscenza di tutti una tradizione culinaria che affonda le sue radici nell'antichità.

L'autore prosegue spiegando nello specifico le classificazioni di animali da considerarsi puri come, ad esempio, gli uccelli, che sono tali quando non sono rapaci (predatori), quando il "*dito della zampa è diretto posteriormente*" e ha il gozzo e il ventricolo è avvolto da una membrana sottile³. Ma anche qualora l'ebreo si cibi di animali puri dovrà compiere tutta una serie di passi per renderlo edibile, descritti nella *shechità* (macellazione rituale). Questo processo servirà per ristabilire l'ordine naturale delle cose che è stato alterato con l'uccisione di quell'animale.

In un mondo dove sempre più spesso si usano concetti come globalizzazione e multiculturalismo come schermo per attutire le implicazioni legate alle richieste dell'alterità, il bel libro di Gianpaolo Anderlini ci riporta allo sforzo, non facile, di comprendere veramente l'altro da sé e fare tesoro della sua differenza per una convivenza pacifica.

In conclusione, il cibo nella Bibbia e nella tradizione ebraica è un libro destinato a soddisfare non solo i "palati più specialistici", come quelli di chi studia le confessioni religiose ma anche di chi, per la prima volta, si appresta a scoprire che cibi come i carciofi alla giudia o il castagnaccio sono cibi *kashèr*.

Filippo Maria Triccoli

² Nella Teogonia di Esiodo troviamo: "*Infatti, quando separarono dèi e uomini mortali a Mecone, allora un grande bue, con animo consapevole, offrì, dopo averlo spartito, volendo ingannare la mente di Zeus; per la stirpe degli uomini, infatti, carni e interiora ricche di grasso pose in una pelle, nascoste nel ventre del bue, per la stirpe degli dèi, poi, ossa bianche di bue, per perfido inganno, con arte dispose, nascoste nel bianco grasso [...]*".

³ Catalogazione elaborata dal Rav Riccardo di Segni.

GIUSEPPE CASUSCELLI, *Scritti giovanili*, a cura di N. MARCHEI e J. PASQUALI CERIOLI, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 289.

Il volume raccoglie dodici contributi che Giuseppe Casuscelli ha scritto nei primi quindici anni del suo magistero. Raccolti a cura dei suoi allievi milanesi, sono preceduti da una presentazione di Sara Domianello, che mette in luce il loro carattere giovanile e al contempo maturo. Si tratta di scritti prodotti in anni ormai lontani, precedenti alla riforma concordataria e alla stagione delle intese, che vedono l'Autore muoversi in uno spazio di «rivolta misurata», compiuta fra la necessità di dare corpo alla libertà religiosa proclamata dalla Costituzione repubblicana destreggiandosi fra le prerogative della legge unilaterale statale e le specificità confessionali.

In questo senso Casuscelli si dimostra un campione dell'equilibrio liberale fra bilateralità confessionale e unilateralità liberale, entrambe sottoposte al dominio del principio di libertà. Questa mi sembra la cifra del suo magistero, che emerge anche da questo volume, che appartiene ad un genere letterario tipico della tradizione accademica. La raccolta degli scritti giovanili del Maestro costituisce una manifestazione di affetto dal sapore antico, che si gusta anche nella lettura dei saggi scelti per la ripubblicazione, che trattano per lo più temi "classici" affrontati con sicura metodologia *d'antan*.

La raccolta segue un mero criterio cronologico: un po' si sente la mancanza di una ricostruzione critica che aiuti il lettore a districarsi con sicurezza nell'interpretazione di pagine offerte allo studio anche delle generazioni contemporanee. Questa mancanza in un certo senso fa perdere la freschezza della gioventù di scritti che, per la verità, inizialmente trattano un tema affatto tradizionale per il diritto ecclesiastico della fine degli anni Sessanta con una rigidità tecnico giuridica che nasconde in poche frasi l'anima

di un pensiero innovativo. Il metodo rigoroso e la tecnica argomentativa pressoché compilativa, che alterna dottrina e giurisprudenza, talvolta soffoca spunti e impeti che verranno più avanti nel tempo.

Sotto questo profilo i saggi raccolti in questo volume sono davvero giovanili. Esprimono la sapiente tecnica di un giovane studioso che si cimenta fra diritto pensato e diritto vissuto intorno al tema tradizionale del matrimonio con un'impostazione metodologica altrettanto tradizionale, tanto che si può dire di essere di fronte a pregevoli pezzi di antiquariato, privi però di riflessi attuali. Del resto, il matrimonio concordatario è di per sé diventato un relitto del passato, socialmente sempre meno frequentato e culturalmente contestato nei suoi fondamenti logico giuridici. La recente approvazione delle unioni civili lo confina in una nicchia di specialità così ristretta che non mi sembra più nemmeno interessante proporlo allo studio delle giovani generazioni. Personalmente, ritengo maturi i tempi perché il matrimonio canonico torni alla sola giurisdizione ecclesiale, perdendo ogni forma di collegamento con quella civile, se non in termini di mero presupposto di fatto.

Più interesse in termini di attualità suscita la lettura del saggio del 1973 sulla riforma del diritto di famiglia, che centra alcuni temi salienti ed ancora significativi del rapporto fra legge civile e garanzia delle libertà religiosamente qualificate. Questo saggio introduce in maniera chiara la preoccupazione di Casuscelli in ordine al rispetto della libertà religiosa delle minoranze confessionali: la prospettiva *de iure condendo* che egli assume aiutato ad immaginare ipotesi nuove e consente di recuperare quel respiro di futuro che manca negli scritti precedenti e che, talvolta, torna ad essere soffocato nelle ricostruzioni prevalentemente tecnica dei lavori successivi: ad esempio quello del 1975, che torna di nuovo sulla giurisdizione ecclesiastica matrimoniale.

Elementi di innovatività e vera attualità giungono a mio parere dagli scritti successivi al 1975. A partire dal noto saggio pubblicato in un citatissimo fascicolo del 1976 della Rivista Città & Regione, che per la prima volta prestava attenzione monografica al tema delle relazioni fra autonomie regionali e società religiosa. Si trattava del secondo fascicolo di un periodico nato nel clima culturale laico fiorentino, in anni che videro la nascita di istituti quasi rivoluzionari, come quello del divorzio o la stessa riforma del diritto di famiglia. Credo fosse stato il Prof. Francesco Margiotta Broglio a proporre quell'iniziativa culturale innovativa (anche se le odierne referenze bibliotecarie l'attribuiscono al Prof. Giovanni Baerberrini) quasi costringendo alcuni ecclesiastici a cimentarsi con un tema altrimenti considerato inesistente. La Rivista ebbe vita breve: cessò di uscire proprio l'anno precedente alla conclusione del percorso di revisione concordataria. In questo lavoro Casuscelli muove dalla necessità di rileggere l'impostazione verticistica e centralistica delle relazioni concordatarie alla luce del processo di decentramento avviato alla fine degli anni Settanta sulla base del rinnovato sistema repubblicano. Il saggio ha ancora una prevalente impostazione compilativa: l'Autore si dimostra consapevole della «frammentarietà dell'esposizione» e di aver svolto un'«arida elencazione», ma al contempo dichiara la propria ambizione a voler svolgere il ruolo di giurista consapevole della necessità di collaborare alla progettazione *de jure condendo* di una società democratica.

Questa ambizione intellettuale di un giurista rigoroso, eppure attento alle dinamiche sociali, appare pienamente raggiunta attraverso la pubblicazione della voce *Diritto ecclesiastico regionale*, apparsa quasi vent'anni dopo nel Digesto, dove il c.d. «diritto ecclesiastico regionale» risulta essere una lente attraverso la quale egli legge la possibile evoluzione di una legislazione che allora, come

oggi – per la verità – aveva bisogno di un deciso rinnovamento. L'attenzione alle fonti, la metodologia attenta e la tecnica giuridica puntuale si fanno in questa fase portatrici di una più dichiarata volontà riformatrice: apertamente illustrata nel saggio pubblicato nel 1977 nel volume curato insieme a Salvatore Berlingò per la raccolta degli atti di un incontro di studio che si tenne a Messina nel giugno 1975.

Questa stessa tensione si trova pure negli ultimi tre saggi “giovanili”. Il primo, pubblicato sulla Rivista «Il Ponte» nel 1977 parla appunto di occasioni mancate e interventi manchevoli (e censura la timidezza della Corte costituzionale, criticando la soluzione adottata nella sentenza numero 1 del 1977, che avrebbe voluto più simile a quelle (31 e 32) che all'inizio degli anni Settanta sostennero la necessità di rivedere la legislazione pattizia), quello del 1978 raccoglie l'intervento orale svolto nel Convegno sulle intese che non si facevano mai (svoltosi a Parma nel 1977) ed infine l'intervento pronunciato nel Convegno di Siena del novembre del 1980, pubblicato nel 1981.

Studiaii attentamente il primo di questi due ultimi lavori quando dovevo preparare la tesi di dottorato, che aveva per oggetto le c.d. “intese concordatarie”: emerse come fonti innovative dalla ormai avvenuta riforma del 1984. Ho provato a rileggerlo nel volume originale verificando le sottolineature che avevo fatto. Mi colpirono lo spunto per la preoccupazione in ordine alle resistenze burocratiche al cambiamento, la contrarietà ad assecondare la dottrina che metteva sullo stesso piano gli articoli 8 e 19 della Costituzione, la volontà di dare corpo ad un sistema pattizio in grado di concretizzare il principio costituzionale di partecipazione. Tutto ciò a discapito della mera separazione formale cristallizzata nell'art. 7. Uguale libertà, uguale diversità, partecipazione erano punti di riferimento nuovi che avrebbero meritato un coraggioso sostegno da parte della

dottrina, e forse anche della politica; che sono invece rimaste bloccate in una interpretazione verticistica e formale del principio pattizio. Che oggi sembra definitivamente svuotato di contenuti. Mi pare infatti che sarebbe un errore metodologico subordinare la libertà religiosa alla bilateralità pattizia. La partecipazione popolare ha bisogno di una dimensione orizzontale che non può passare per la rappresentanza confessionale.

Il saggio del 1980/81 infine presenta la cifra dell'impianto metodologico che a mio parere contraddistingue il magistero di Casuscelli. Il tema affrontato (edilizia di culto) è abbastanza puntuale e persino circoscritto: tuttavia si presenta anch'esso prevalentemente come un pretesto per trattare questioni teoriche di maggior momento tramite la lente – ancora una volta – della disciplina applicativa delle fonti del diritto. Attraverso questi filtri appare l'immagine di un'Italia resistente a diventare pluralista, troppo spesso compresa in un abbraccio confessionale che di fatto limita la libertà, non solo religiosa. Questa tensione democratica, evolutiva e partecipativa, ci consegna il Casuscelli adulto: il Maestro che conosciamo, attento alla promozione della libertà perseguita col rigore della metodologia scientifica.

Pierluigi Consorti

MATTEO CARNÌ, *Il diritto metropolitico di spoglio sui vescovi suffraganei. Contributo alla storia del diritto canonico ed ecclesiastico nell'Italia meridionale*. Prefazione di G. Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015, pp. I-XII e 1-178.

Le vicende delle istituzioni ecclesiastiche del meridione italiano con cui Matteo Carnì si confronta attingono alle fonti della storia sociale religiosa a cui si sono dedicati nel tempo i maggiori studiosi della disciplina storico-ecclesiastica. L'ambito di indagine prescelto, viceversa, è molto

circoscritto e poco studiato. Ricorrendo al metodo di ricerca classico – la ricerca d'archivio e l'utilizzo di fonti documentali dirette e indirette – l'A. indaga con intenti sistematici sul *metropoliticum spolii ius in suffraganeis episcopis*: uno specialissimo diritto che, anche in ragione dell'alone di incertezza che ne avvolge interamente la genesi, la vita e l'epilogo (p.76), si colora di sfumature assai singolari. Peculiarità che prendono corpo in alcune diocesi del Regno di Napoli (Santa Severina, Otranto, Conza e Acerenza-Matera) poste al centro dell'indagine storico-ricostruttiva.

Il libro, di rapida ed agile lettura benché affronti un tema di oggettiva complessità, si articola su tre capitoli tematici ed è corredato da una preziosa appendice documentale (pp.111-142) di fonti archivistiche in gran parte inedite, che coprono un arco di quattro secoli (1450-1838). Da questo nucleo materiale cronologicamente ampio l'A. ricava i punti fermi dell'analisi e lo sviluppo di un ragionamento ricostruttivo sempre puntuale e serrato, corredato da molteplici informazioni di dettaglio.

La Bibliografia di fonti che segue (pp.143-165) e l'elenco di manoscritti (pp.167-169) rappresenta un ulteriore strumento di perlustrazione sul poco indagato versante metropolitico del *ius spolii*. L'indice degli Autori e quello dei luoghi (pp.171-178) chiudono l'articolazione del volume.

L'amore e la cura con cui Carnì ricostruisce la storia ecclesiastica locale ed i suoi antichi istituti va ben oltre l'ipotesi dimostrativa di indole scientifica – appurare che «il Metropolitano non fu un semplice *primus inter pares* ma godette di ampie e singolari prerogative di [antiquissima] natura consuetudinaria» (p.109) – oggetto principale del suo lavoro, ma offre una prova concreta dell'attenzione verso l'aggancio tra storia di devozione popolare e istituzione gerarchiche, vale a dire verso quell'intreccio vitalissimo tra società, istituzioni e leggi su cui è venuta

evolvendo una larga porzione dell'identità culturale italiana.

Il Capitolo I (pp.7-40) di inquadramento storico-concettuale generale – qui l'A. distingue il *ius spoli* canonico dalla civilistica *actio spoli* (p.9), ma altrettanto essenziale è la distinzione tra *ius spoli* pontificio e metropolitico – è posto a fissare i caratteri dell'istituto, con le sue radici economiche e giuridiche. L'A. ha così modo di delineare anche la differente evoluzione degli strumenti di gestione antiabusiva dei patrimoni vacanti del clero, tra *Pars occidentalis* ed *orientalis* della cristianità, dai primi secoli sino all'età gregoriana ed avignonese, quando la fiscalità pontificia si fece particolarmente opprimente (p.20). Egli indica le soluzioni di compromesso introdotte dai pontefici giuristi (la *transactio spolium*) per armonizzare le dinamiche di esazioni fiscali dominanti tra Reverenda Camera Apostolica, prelati e Chiese cattedrali e Nunziatura napoletana, in un più ampio quadro riformista e razionalizzatore sostenuto dalla Sede Apostolica. In più occasioni l'A. menzionerà il ruolo livellatore esercitato dal Concordato napoletano del 1818 (pp.26, 78, 85 e 104) e la definitiva archiviazione dell'istituto in sede codificatoria canonica, nel 1917.

Carnì descrive Napoli come l'epicentro nevralgico entro cui si agitano quegli interessi patrimoniali in progressiva rotta di collisione, tra Nunziatura – e quindi Sede Apostolica-, e Viceré volti a gonfiarsi in un «immane contenzioso» che, come un vortice, attrae anche i «privati, i succollettori, i canonici, i capitoli ed eredi» (p.34) a delineare nel «proteiforme» istituto del *ius spoli* «una pluridisciplinare (...) vera e propria *res mixta*» (p.36).

Dati d'archivio alla mano, egli sostiene il carattere localistico, quanto ad origine e fondamento giuridico, dell'istituto canonico, quale «prerogativa metropolitana consuetudinaria rinvenibile solo in determinate province ecclesiastiche del Regno di Napoli» (p.42). Un diritto che

emerge come *consuetudo contra legem*, in grado di imporsi e derogare alla *lex generalis* (il can.35 del Concilio Trullano). Ci appare così degna di attenzione la tesi esposta dall'A., il quale ravvisa nell'affiorante contrasto tra fonti ben più del semplice conflitto tra legge e consuetudine, bensì un fenomeno di rivalsa a catena, in un perverso meccanismo ablatorio che si sviluppa per via riflessa nei gradi gerarchici, e procede con un moto discendente dall'apice della burocrazia curiale romana sino all'ultimo dei chierici collocato all'estremità della filiera fiscale (p.52). Un diritto che resta pur sempre nell'alveo canonistico, nonostante le contaminazioni feudali del *ius tappeti* baronale (pp.60 e 78).

Su queste basi, confortate dalla voce degli archivi, Carnì contesta gli inquadramenti dell'istituto elaborati dalla dottrina moderna (Santoro, Barbosa ecc.) e, con medesimo intento ricostruttivo, rilegge dati e risultanze sinodali (del XVII e XVIII sec.) che si occupano del riordino normativo dello spoglio metropolitico (pp.63 ss.), a questi aggiungendo le decisioni giurisprudenziali del Tribunale napoletano di nunziatura e della S.C. dei Vescovi e Regolari. Si tratta di decisioni che, nel dare empito all'*aequitas canonica*, stemperano lo squallore «dello spettacolo di provincia» e del conflitto di interessi tutto interno alla famiglia ecclesiale, con cui lo spoglio metropolitico finiva per essere «vissuto dai suffraganei quasi come un incubo» (p.80).

Il Capitolo III espone con metodo comparato la nascita e lo sviluppo delle consuetudini interprovinciali ecclesiastiche di Santa Severina, Otranto, Conza e Acerenza-Matera (p.4) così mettendo in luce al fianco di origini, declino, peculiarità e contenuti del *metropolitum ius spoli*, anche i variabili equilibri interagenti tra sedi suffraganee e metropoli, nell'intersecarsi del diritto canonico con le fonti romane e longobarde (p.92). Ancora un'attenta riflessione di Carnì

a proposito della standardizzazione: la burocrazia dell'esazione tende alla ripetitività. È il caso del mandato di spoglio, in Santa Severina (p.99). Convivono nella prassi dell'esazione, dunque, la marcata analogia della procedura che accomuna le metropoli e l'altrettanto chiara variabilità dei contenuti del diritto, specie nel suo profilo strategico difensivo avverso gli abusi sofferti (p.100).

È, questa descritta da Carnì, una storia di fasti e decadenza, di diritti locali e centrali, di interessi materiali e idealità equitative che giungerà al punto di equilibrio attraverso l'ordine della logica politica (il diritto concordatario) e di quella giusrazionale (la duplice codificazione canonica) non meno che della più impalpabile e non meno decisiva «nemesi storica» obbediente alla riorganizzazione delle sedi vescovili. Il rimescolamento delle gerarchie e lo scompaginamento delle antiche autorità, con reciproche riduzioni e innalzamenti delle dignità episcopali – fenomeno di cui la «caduta» di Otranto è il caso emblematico – stanno ad indicare, ci avverte l'A., come sugli interessi mondani sovrasti, in ultimo, la *potestas gubernandi* volta alla cura del Popolo di Dio.

Fabio Vecchi

L'Editto di Costantino 1700 anni dopo. Atti del Convegno di Studi. Bari 11-12 aprile 2013, a cura di RAFFAELE COPPOLA e CARMELA VENTRELLA, Bari, Cacucci Editore, 2015, XII-195 pagine

Nel corso dell'anno 2013 si svolsero diverse manifestazioni per celebrare il XVII centenario del cosiddetto Editto di Milano e per ricordarne l'artefice: l'imperatore Costantino I il Grande. Alcuni di questi incontri risultarono di taglio divulgativo e non tutti sono stati poi seguiti dall'edizione a stampa degli atti.

Merita quindi di essere saluta con interesse la pubblicazione di questo

volume che raccoglie le relazioni di un incontro scientifico relativo all'imperatore che cambiò le sorti del cristianesimo; incontro che si svolse a Bari nell'aprile del 2013. Si tratta di un'opera pubblicata nei "Quaderni di Giornate Canonistiche Baresi" (*Nuova serie*, vol. 2), promossi dal *Centro di Ricerca "Renato Baccari"*, costituito presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e diretto da Raffaele Coppola.

Debbo subito premettere che non è facile prendere in esame questo materiale, composto da tredici contributi di qualificati specialisti e completato da una presentazione dei due curatori (Raffaele Coppola e Carmela Ventrella) e dalle conclusioni del solo Raffaele Coppola. Ma è proprio nella relazione di quest'ultimo (*Nuove riflessioni in margine alla statura cristiana ed alla politica ecclesiastica di Costantino I il Grande*, pp.9-16) che troviamo la chiave di lettura per avvicinarci al tema; in particolare, lo studioso esordisce sottolineando che la figura di Costantino merita ancora oggi di essere approfondita sotto molteplici profili e con una pluralità di apporti.

Come sappiamo tale Editto non rappresenta una professione di fede cristiana e neppure contiene il riconoscimento ai cristiani di una condizione di privilegio, ma è per essi, come per i seguaci di qualunque altra religione, la garanzia della libertà di culto.

Nei primi mesi del 313 gli imperatori Costantino e Licinio si incontrarono a Milano per affrontare una serie di problemi e tra i provvedimenti deliberati – prendendo atto della decadenza della romanità e della civiltà pagana – ci fu anche quello di concedere ai sudditi la libertà di seguire la propria religione, senza la necessità di prestare ossequio alle divinità della religione ufficiale. L'imperatore capovolge la politica dei predecessori e pone il principio che abbracciare la religione cristiana non è più colpa verso lo Stato; una affer-

mazione tutt'altro che di scarso valore e dalla quale deriva come conseguenza anche la restituzione dei beni confiscati ai cristiani.

Come sappiamo il provvedimento giunse dopo la grande persecuzione di Diocleziano, che si verificò nel 303, quando un editto imperiale stabilì di comminare quasi una privazione dello *status civitatis* a chiunque rifiutasse di abiurare dal cristianesimo, minacciando la tortura per costringere i recalcitranti, senza tuttavia prevedere espressamente la pena capitale (pp. 79-80). A ciò si aggiunga che, oltre alle norme giuridiche, "nonostante l'obbedienza alle leggi da parte dei cristiani, esulando da loro qualsiasi intento sovversivo, erano molto diffusi, presso il popolo romano, pregiudizi infamanti, che li ponevano sullo stesso piano delle più stravaganti e deplorevoli novità, che affluivano nella Capitale dell'Impero, tanto da diventare bersaglio preferito di scritti satirici, comici e fabulistici" (pp.73-74).

Il tema sopra richiamato è affrontato nella relazione di Francesco Patruno (*La persecuzione di Diocleziano. Profili storico-giuridici*, pp.71-88), il quale aggiunge che "ancora oggi non sono chiare le ragioni per le quali l'imperatore si determinasse, negli ultimi anni del suo regno, a scatenare quella persecuzione. Le fonti cristiane raccolsero la voce che l'occasione della persecuzione diocleziana fosse da ascrivere alla persecuzione dei circoli e della stessa opinione pubblica ed intellettuale pagana ed alla superstizione dell'imperatore, le cui avvisaglie già risalivano ad alcuni anni prima" (p.81).

Dopo questa apertura in campo religioso, Costantino fu costretto ad intervenire attraverso il potere secolare in questioni di fede perché il dissenso esplica i propri effetti anche nella sfera pubblica. Di conseguenza per la sua azione di difesa della fede fu celebrato come santo.

In questa direzione possiamo leggere le relazioni di Carmela Ventrella (*Costantino e il dissenso: i Concili e la sua visione sociale*, pp. 43-53) e di Nicola Bux (*La santità di Costantino e di Elena*, pp.127-137).

Nel primo caso viene ricostruita la visione religiosa dell'imperatore attraverso la lettura dei documenti che accompagnarono lo svolgimento dei concili, convocati per affrontare il problema dell'eresia. Da qui scaturisce "l'intervento dell'autorità imperiale per la risoluzioni di questioni religiose" (p.43). Un intervento richiesto dagli stessi esponenti ecclesiastici e che diverrà prassi dopo Costantino. Questo perché attraverso l'universalità della religione (il che vuol dire un credo depurato dalle eresie) si realizza l'unità dell'impero.

Si tratta di un passaggio essenziale, che nella relazione di Carmela Ventrella risulta condotto con una attenta analisi che conduce alla conclusione che "L'imperatore vedeva, infatti, nell'unità del mondo cristiano una condizione indispensabile per l'affermazione della potenza imperiale" (p.52).

Per aver tutelato l'unità della fede (che a sua volta garantiva l'unicità dell'impero) Costantino in Oriente è venerato come il tredicesimo apostolo, la santità è riconosciuta ed è praticato il culto di san Costantino imperatore e della madre Elena e le Chiese ortodosse celebrano la festività il 21 maggio. Invece la Chiesa cattolica non ha ritenuto di accogliere l'imperatore nel calendario romano, ma il culto è da ritenersi legittimo là dove esso è presente da tempo immemorabile come in Sardegna, Sicilia e Calabria (pp.132-133).

Giovanni De Bonfils (*Costantino e gli altri culti*, pp.17-21) si sofferma sul tema dei rapporti tra l'imperatore e il mondo pagano e specialmente con i culti diversi dalla religione cristiana. Viene così evidenziato come l'imperatore comprese il peso delle presenza pagana,

ebraica ed ereticale e come tutto questo lo abbia portato “ad essere prudente e darsi carico soprattutto della pace sociale” (p.17).

In questo come in altri settori, la tutela della pace sociale fu una costante caratteristica di tutta la sua legislazione e, per quanto possano intervenire delle distinzioni di luogo e di tempo, non si può affermare che l'imperatore ebbe un atteggiamento anti pagano. Se cerchiamo una linea costante che caratterizza tutta la legislazione dobbiamo rinvenirla proprio nella tutela della pace sociale; pertanto “Quando un singolo, un gruppo anche con motivazioni religiose è autore di fatti che turbano l'ordine, la sua reazione è unicamente violenta. All'autore o agli autori di fatti violenti di turbativa sociale si deve comminare la pena di morte” (p.20).

Daniele Nigro affronta il tema dell'incremento del culto pubblico nell'età di Costantino (*Il culto pubblico nell'era costantiniana: origini e sviluppo*, pp.159-168) e osserva come il cristianesimo abbia sviluppato forme proprie di culto e questa evoluzione sia stata favorita dagli avvenimenti successivi al 313 e come in diversi modi si sia verificato il superamento della situazione di persecuzione. Il culto cristiano “cessò di essere il culto privato di quella che era, agli occhi del mondo pagano, una tra le tante ‘società segrete’, sorta per il servizio di un Dio ignota alla maggioranza dei cittadini romani, e divenne il culto ordinato della Chiesa cristiana, ammesso e rispettato nel mondo civilizzato del tempo” (p.167).

Altri elementi di rilievo furono la “costruzione di sontuosi luoghi di culto” e il trattamento riservato ai vescovi, insigne “della dignità di altissimi funzionari dell'impero” (p.164).

Una analisi particolarmente accurata è quella svolta da Maria Pia Baccari (*Costantino Magno, imperatore rivoluzionario? A proposito di religio, pax e matrimonium*, pp.23-42), che ci presen-

tata la figura di Costantino come quella che, sempre nel solco della tradizione, realizza profonde innovazioni nel campo della religione, della pace, dell'apertura ai barbari e del matrimonio.

Imperatore “rivoluzionario” e nel contempo “tradizionalista”. Così “Si può ipotizzare che l'imperatore rivoluzionario, proprio nel momento in cui apre l'“impero ai barbari”, avverta la necessità, anche per evitare contrasti interni, di mettere in risalto le differenze giuridiche” (pp.31-32). Quindi, atteggiamento di apertura nei confronti dei barbari ma anche necessità di rimarcare le differenze tra romani e barbari.

Anche a proposito del matrimonio “Costantino risulta essere imperatore ‘rivoluzionario’ e, al tempo stesso ‘tradizionalista’. Egli tiene conto della tradizione giuridica romana innovando in un campo, quello del matrimonio, che meno di ogni altro, avrebbe sopportato mutamenti repentini” (p. 32).

In conclusione la grandezza dell'imperatore e della sua politica innovativa ma sempre nel rispetto della tradizione, è evidenziata nella “difesa dei principi fondati essenzialmente sullo *ius naturale*” (p.42).

Nonostante questi importanti interventi operati nella società del tempo, Costantino è forse più ricordato per la cosiddetta *donazione*; infatti il *Constitutum Costantinii* non solo fu il falso più famoso del medioevo, ma divenne anche uno strumento da utilizzare contro la Chiesa di Roma nella polemica anticlericale.

Una vicenda dai risvolti complessi che è presa in esame nella ricostruzione storica di Giannicola D'Amico (*La donazione di Costantino*, pp.89-109). Come sappiamo l'imperatore avrebbe effettuato la donazione al papa Silvestro I, il quale lo aveva battezzato, guarendolo nel contempo dalla lebbra: malattia a quel tempo considerata invalidante non solo dal punto di vista fisico ma anche

da quello morale e politico. L'età del falso fu fissata tra la seconda metà dell'VIII secolo e la prima metà del IX, ma anche se la falsa donazione non venne richiamata di papi a conferma di un potere temporale ormai al tramonto, fu proprio nel pieno del clima risorgimentale dell'Ottocento che avvenne l'ultima strumentalizzazione ideologica del documento.

Insieme a questi contributi restano altre angolazioni da cui prendere in esame la figura del primo imperatore cristiano, soprattutto per il fatto che egli seppe andare oltre la tolleranza religiosa e per primo stabilì il principio della *libertas Ecclesiae*.

È proprio Nicola Colaiani (*La libertà religiosa di Costantino con gli occhiali del giurista di oggi*, pp.139-158) che ci offre un quadro di una possibile proiezione in tempi moderni dell'Editto di Milano. Distinguendo tra libertà positiva e libertà negativa, si osserva che l'Editto avrebbe eliminato gli ostacoli costituiti da strutture istituzionali e culturali ostili al cristianesimo, favorendo quindi l'adesione alla nuova fede. Pertanto, per aver focalizzato il valore della coscienza e posto le basi della nostra civiltà, rappresenta un ponte tra tradizione occidentale ed orientale e può essere posto a fondamento dell'Europa cristiana.

“Non solo la critica storica, però, ma anche gli occhiali del giurista d'oggi, le cui lenti si graduano nell'ottica di una libertà religiosa modernamente intesa, consentono di distinguere nettamente quello ch'è di Costantino e quello che è del costituzionalismo: una libertà individuale, che non ignora la dignità e l'eguaglianza” (p.157).

Allargando la riflessione alla contemporaneità, il relatore osserva come per la Chiesa la “Libertà religiosa per sé escludeva ogni altra fede o convinzione e anzi ogni dissenso all'interno dell'unica religione” (p.153); si tratta di “Una libertà asimmetrica, quella religiosa: da

negare agli altri nei paesi cattolici, da affermare per la Chiesa nei paesi in cui non è riconosciuta 'l'esclusività della missione' ” (p.153).

Con indubbia competenza Raffaele Farina (*Costantino il Grande: il primo imperatore cristiano, il vescovo bibliotecario e la “svolta costantiniana”* pp.1-8) indirizza l'attenzione – nonostante le forti polemiche che in passato ne investirono l'immagine storica – sulla figura di Eusebio di Cesarea, vescovo e bibliotecario, che fu un grande erudito del IV secolo.

Mentre l'impero cristiano prende il posto di quello pagano e Cesarea sostituisce Alessandria come centro culturale, per Eusebio fu proprio la biblioteca di Alessandria il modello da realizzare a Cesarea; città dove egli diresse una vera e propria organizzazione editoriale e libraria al fine di rendere fruibile la cultura greca e meglio diffondere il messaggio cristiano. In sintesi “Una svolta culturale religiosa si affiancava a quella politica e costituisce con essa l'unica svolta costantiniana” (p.8).

Un ulteriore tema oggetto di approfondimento da parte degli studiosi è quello considerato da Gerardo Cioffari (*Il vescovo e il magistrato nella legislazione di Costantino. Il caso di San Nicola*, pp.111-126).

Partendo dal punto di vista giuridico dal rapporto di forza fra l'autorità del vescovo in relazione a quella del magistrato laico, viene preso in esame il valore della *Episcopalis audientia*. Questo con riferimento a quanto si può ricavare dall'analisi del testo più antico che sia pervenuto concernente la figura storica di San Nicola. Si tratta della *Praxis de stratelatis*, il “più antico e di gran lunga il più importante testo nicolaiano” (p.121), che pone il problema del “potere del vescovo di fronte ad una sentenza di morte regolarmente comminata” (p.121).

Dopo l'esame dei testi lo studioso perviene quindi alla conclusione che

“La vicenda di San Nicola come risulta dalla *Praxis de stratelatis* presenta tutta una serie di elementi che interessano la legislazione di Costantino sia per quanto riguarda la *Episcopalis audientia*, che concerne piuttosto la giurisdizione civile, sia il processo criminale” (p.135).

Oltre al contenuto dei saggi è la stessa pluralità degli apporti che arricchisce, con approcci interdisciplinari, questo volume di atti, in cui trova spazio nella relazione di Luigi Vinaccia (*La battaglia di Saxa Rubra/Ponte Milvio*, pp.55-70) anche l'analisi delle fasi militari della battaglia di Ponte Milvio. Un evento importante del quale, per conoscerlo militarmente, disponiamo di fonti limitate, ma anche una “battaglia che si differenzia dalle altre per gli effetti che procurò non solo nell'immediato periodo storico, con l'ascesa al potere di Costantino e la riunificazione dell'Impero sotto un'unica guida, bensì per il suo riflesso sull'intero procedere della civiltà occidentale come noi l'intendiamo oggi” (p.55).

Altro punto che viene posto in evidenza in relazione a quella battaglia, come ad altre combattute tra “romani” è che tali lotte “furono tra le più sanguinose perché ad affrontarsi erano truppe che avevano in comune la formazione, le armi e gli equipaggiamenti, l'addestramento, il pensiero militare, le tradizioni e che pertanto non potevano che concludersi con l'annientamento di uno dei due contendenti” (p.70).

Non resta che aggiungere – come documenta con la presentazione di materiale storico-artistico il contributo di Gioia Bertelli (*Diario di un 'itinerario costantiniano' in Terrasanta, nel XVII centenario dell'Editto di Milano*, pp.169-185) – che il centenario fu anche occasione tra la fine del 2013 e i primi giorni del 2014 di un viaggio di studio in Terrasanta.

Quindi, ciò che troviamo raccolto in questo volume è la rappresentazione di una visione articolata, in cui i diversi

contributi sono indirizzati a focalizzare quello che è l'intento dell'opera: giungere con apporti interdisciplinari ad una stabile costruzione organica.

Giovanni B. Varnier

A. CASTRO JOVER (a cura di), *Asistencia social, participación y reconcimient de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia*, Libellula edizioni, Tricase (Le), 2015, pp. 191.

Non occorre consultare i rapporti e le statistiche più aggiornate per rendersi conto che la crisi economica, che segna ormai da qualche anno il nostro Paese, va traducendosi in un sensibile peggioramento della condizione delle fasce più deboli della popolazione, aggravando la situazione di chi sta peggio molto di più di quanto non incida sulla condizione dei ceti privilegiati.

Allo stesso tempo, la crisi accelera ulteriormente la ritirata dello Stato da quella mole di prestazioni che esso era andato accumulando nel secolo precedente, mettendo a repentaglio la ragionevolezza di questo ripiegamento. Sempre più spesso, infatti, a orientare il ripensamento del *welfare* non è una strategia razionale di riscrittura dei compiti dello Stato ma la più pressante necessità di operare una riduzione significativa della spesa pubblica. Non diversamente da quanto accadeva cinque o seicento anni fa (seppure ovviamente con forme molto diverse: meno visibili e meno crudeli) in tempi di crisi si tende ad orientare il sostegno pubblico in favore di chi contribuisce alla produzione e alla ripresa economica piuttosto che in favore delle “bocche inutili” (M. Garbellotti, *Per Carità. Poveri e politiche assistenziali nell'Italia moderna*, Carocci, 2013, p. 45).

In sintesi, dunque, si deve purtroppo constatare come in questi anni vadano aumentando i poveri e vadano peggiorando le condizioni di chi già si trovava in uno

stato di indigenza mentre, contemporaneamente, diminuiscono i sostegni pubblici in favore di chi versa in una situazione di bisogno.

Oggi come nel passato, peraltro, non è solo la penuria di beni materiali a determinare lo stato di indigenza, dovendosi considerare che molte altre cause possono concorrere a rendere povera una persona. In questo senso, ad esempio, viene in rilievo quella penuria di relazioni sociali, strettamente correlata al tempo e allo spazio in cui ciascuno è chiamato a vivere, che in altre epoche poteva colpire chi si trovava in una situazione di disonore (il vagabondo, il menomato, la ragazza/madre) e oggi acuisce le difficoltà di chi proviene da un altro Paese e come tale aggiunge alla sua condizione di indigente quella di migrante, sommando alle difficoltà economiche le difficoltà linguistiche, di inserimento, di fiducia. La povertà genera esclusione sociale, così come l'esclusione sociale aggrava la povertà, in un circuito vizioso quasi impossibile da spezzare per il singolo individuo, specie se la legge si premura di cristallizzarne gli effetti, come accade laddove – tanto per introdurre un esempio legato alla legislazione vigente in materia di immigrazione – l'assistenza sanitaria venga garantita solo ai poveri regolari.

Ed ancora, non vi è bisogno di consultare corposi dossier e inchieste aggiornate per sapere che il vuoto lasciato dalla ritirata dello Stato è spesso colmato da quei soggetti che possiedono un *background* assistenziale assolutamente unico e che continuano a portare nel proprio codice genetico la missione di aiutare gli altri, ovvero gli enti religiosi.

Il *welfare* religioso, parallelo a quello istituzionale, non è mai scomparso del tutto, ma certamente in questi anni vive una rinnovata fioritura. Piuttosto, la presenza dei soggetti confessionali si muove lungo due direttrici: il volontariato puro di tipo tradizionale e la sinergia tra

pubblico e privato che consegue all'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento. Una novità, questa del doppio binario, che certamente potenzia il ruolo del privato religioso rispetto al più recente passato – lo chiama a concorrere alla realizzazione dell'interesse pubblico e lo dota di risorse finanziarie consistenti – ma che, proprio in ragione di queste maggiori *chance*, costringe, per la prima volta, gli enti religiosi a misurarsi con la concorrenza agguerrita dei privati non confessionali che intendono occuparsi di assistenza sociale.

È in questo scenario che va collocata la ricerca coordinata da Adoración Castro Jover, che vede impegnati docenti italiani, francesi, spagnoli e tedeschi e che è all'origine del volume che si recensisce. Si tratta di uno lavoro corposo, che si avvale di ben dodici contributi e che si divide in due grandi sezioni: la prima, tutta rivolta alla ricostruzione dei diversi modelli nazionali di assistenza sociale e delle coordinate europee del tema; la seconda, dedicata alla mappatura della prassi più recenti e alla descrizione (affidata a rappresentanti delle istituzioni pubbliche, delle confessioni religiose e di federazioni di associazioni senza scopo di lucro) di alcune esperienze concrete particolarmente interessanti realizzatesi in Spagna.

L'obiettivo ultimo della ricerca, chiaramente esplicitato già nella *Presentazione* del volume, è quello di misurare il grado di riconoscimento della diversità nei singoli sistemi nazionali di assistenza, ed è proprio a tal fine che gli autori affrontano preliminarmente l'impegno di studiare i vari modelli nazionali, di identificare gli attori privati, religiosi e non religiosi, che in essi agiscono e di enucleare all'interno del sistema quei settori in cui si manifesta una significativa esigenza di tutela (o di promozione) della diversità religiosa, e la possibilità di declinare la regolamentazione vigente in una prospettiva inclusiva.

Come è noto, la partecipazione delle

confessioni religiose all'azione sociale non rappresenta certamente una novità. Se per lungo tempo, anzi, gli attori confessionali hanno agito in una situazione di sostanziale monopolio in questo settore, anche quando lo Stato moderno ha deciso di attrarre l'assistenza nel raggio della propria azione, l'esperienza della carità non solo non è scomparsa del tutto ma ha seguito ad ispirare – come segnala Adoración Castro Jover – gli strumenti e gli orientamenti dell'intervento pubblico.

Il lungo processo di statalizzazione dell'assistenza, con la trasformazione degli interessi delle persone che si trovano in una situazione di bisogno in veri e propri diritti soggettivi, e la contestuale ritirata dei soggetti religiosi, ma anche la loro caparbia determinazione a non abbandonare completamente il campo, hanno segnato una lunga traiettoria che si è interrotta solo quando la crisi del *welfare* è apparsa definitiva. È a quel punto che si è fatta strada in tutti gli Stati europei – sia pure con intensità e modalità differenti – la strategia finalizzata al coinvolgimento dei privati nella fornitura dei servizi alla persona.

È intorno a questo dato, ormai acquisito, che i vari contributi contenuti nella prima parte del volume snodano le proprie riflessioni, cercando di evidenziare – oltre alle peculiarità dei singoli sistemi – i rischi e le potenzialità connessi alla trasformazione del *welfare state* in *welfare society* e l'impatto che essa produce in ordine alla presenza degli enti religiosi. Vi è chi, come Cimbalò, rimarca il pericolo che il privato, e quello confessionale in particolare, possa accompagnare il proprio intervento di natura assistenziale con una contestuale azione di proselitismo, determinando il superamento di quella neutralità dei servizi erogati in favore di chi ha bisogno che è presupposto irrinunciabile per uno Stato che voglia garantire il pluralismo, l'eguaglianza, la laicità. Proprio questa sembra essere la prospettiva che anima la decisione della

Diputación Foral di Gipuzkoa, nel País Vasco, che richiede agli enti religiosi che intendono gestire servizi di accoglienza l'elaborazione di un progetto educativo laico, “*es decir, desprovisto de ideología confesional*”.

L'espansione dell'azione degli enti religiosi, naturalmente vocati all'esercizio della carità ed oggi invogliati ad agire dalla possibilità di drenare risorse finanziarie pubbliche e di intercettare nuovi adepti, risulta in qualche modo temperata dall'introduzione della certificazione degli *standards* di qualità richiesta ai privati che vogliano inserirsi in quello che la Castro Jover chiama il sistema misto di assistenza sociale. Difatti, non sempre tale requisito può essere soddisfatto dagli enti religiosi – obbligati, se non altro, a rispettare i tratti della propria identità confessionale – che rischiano così di essere espulsi dal sistema in favore di privati puri, meno attrezzati dal punto di vista spirituale ma più flessibili e recettivi rispetto alle esigenze statali di efficacia, efficienza ed imparzialità.

Ecco così venire a galla i grandi problemi, ancora irrisolti, connessi alla trasformazione in atto, ovvero la necessità di garantire una rigorosa uguaglianza tra i privati che entrano nel sistema pur a fronte di una diversità radicale della loro natura, dei loro scopi, della loro struttura; di tutelare la libertà di coscienza degli utenti, certamente a rischio quando il privato è connotato da una tendenza ideologica o religiosa; di rispettare l'identità dei soggetti privati, a sua volta potenzialmente messa in pericolo da una normativa generale troppo invasiva. Accanto a tali questioni, altre più specifiche, ma non meno rilevanti, emergono in quegli ordinamenti che rimettono in tutto o in parte la materia dell'assistenza sociale in capo agli enti locali, dovendosi in questo caso tracciare con rigore e precisione una linea di demarcazione tra quelle differenze di trattamento che rispondono ad una apprezzabile esigenza

di contestualizzazione dell'intervento assistenziale e quelle differenze di trattamento che, al contrario, si traducono in disuguaglianze inaccettabili, generando quello che Daniela Milani definisce il rischio della degenerazione del cosiddetto "localismo dei diritti". Indubbiamente, il coinvolgimento delle autonomie locali può divenire uno strumento efficace non solo per intercettare e soddisfare i bisogni specifici delle rispettive realtà territoriali ma anche per gestire la diversità culturale e religiosa in prospettiva inclusiva, ma ciò presuppone che vengano individuati e rispettati delle garanzie uniformi per tutti (i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) tali da mettere al riparo i cittadini dalla possibilità di disuguaglianze eccessive, irragionevoli e per ciò stesso inaccettabili.

Se l'area delle attività di assistenza sociale continua a modificarsi in ragione dei fenomeni sin qui descritti – aumento della povertà, aumento della presenza dei privati, nuova ripartizione delle competenze – il peso e il ruolo dell'elemento religioso al suo interno può essere misurato, come evidenzia Chizzoniti, solo attraverso una attenta verifica sul campo, a cui peraltro può affidarsi l'ulteriore obiettivo di fornire indicazioni sull'attitudine degli strumenti sin qui elaborati a rafforzare la coesione sociale e l'integrazione delle minoranze. A ciò, come anticipato, si dedicano i cinque contributi che compongono la seconda parte del lavoro e che restituiscono una

diffusa consapevolezza dell'importanza del coordinamento tra pubblico e privato e un impegno a perseguire il superamento dell'emarginazione sociale e culturale oltre che economica.

Come scrive Cimbalo nel suo saggio, il vero pericolo che porta con sé la crisi economica è quello di farci abituare alla rinuncia di una quota, potenzialmente sempre più estesa, di diritti. Ecco perché, assicurare la presenza del *welfare* significa mantenere in vita i principi e i valori che hanno guidato il processo di unificazione europea. Le forme e i modi in cui ciò può avvenire possono senza dubbio alcuno divergere da ordinamento ad ordinamento e da momento a momento. E certamente, come precisa la Milani, una presenza di qualità del privato, fondata sulla partecipazione organica, strutturata e proficua al sistema di assistenza, può rendere più agevole la produzione di beni relazionali accanto alla diffusione di beni materiali, aumentando la cifra del pluralismo e della solidarietà dei servizi erogati. Ma, altrettanto certamente, la difesa del *welfare* è inscindibilmente connessa alla difesa del principio di uguaglianza, perché ogni ipotesi di esclusione dalla fruizione delle prestazioni di una quota di soggetti (siano essi irregolari, precari) separa il bisogno dell'individuo dalla giustizia sociale e, vanificando la qualificazione della liberazione dal bisogno come diritto essenziale della persona, nega i presupposti stessi del sistema di assistenza sociale.

Nicola Fiorita

COLLANA
Diritto e Religioni
diretta da Mario Tedeschi

MARTUCCI SABRINA, RIFLESSIONI PRELIMINARI SU TOLLERANZA, DISSENSO E ATTUAZIONE DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA, 2006, pp. 72, euro 10,00

BELLINI PIERO, PER UNA SISTEMAZIONE CANONISTICA DELLE RELAZIONI TRA DIRITTO DELLA CHIESA E DIRITTO DELLO STATO, 2006, pp. 256, euro 20,00

TOLONE SALVATORE, DIRITTO PRIVATO GLOBALE, OBJECTIVE PLURALISM E LIBERTÀ DI RELIGIONE, 2006, pp. 176, euro 15,00

MARIO TEDESCHI, COMUNITÀ E SOGGETTIVITÀ, 2006, pp. 624, euro 40,00

LEZIROLI GIUSEPPE, LA CHIESA E L'EUROPA, 2007, pp. 448, euro 35,00

TESTA BAPPENHEIM STEFANO, IL DANNO DA UCCISIONE DI RELIGIOSO, NEGLI ORDINAMENTI FRANCESE, TEDESCO ED ITALIANO, 2008, pp. 608, euro 40,00

TEDESCHI MARIO, RELIGIONE E RIVOLUZIONE NEL MEZZOGIORNO PREUNITARIO: CARLO PISACANE, 2007, pp. 128, euro 12,00

TEDESCHI MARIO, LA TRADIZIONE DOTTRINALE DEL DIRITTO ECCLESIASTICO, 2007, pp. 136, euro 12,00

VINCENZO AHMAD, ISLAMICA. CRISI E RINNOVAMENTO DI UNA CIVILTÀ, 2008, pp. 184, euro 15,00

GUARINO ANTONIO, LE CHIESE E GLI ORDINAMENTI GIURIDICI, 2008, pp. 124, euro 16,00

CIOTOLA CLAUDIA, I MINISTRI DI CULTO IN ITALIA, 2009, pp. 208, euro 18,00

LEZIROLI GIUSEPPE, ATTI DEL CONVEGNO DI FERRARA SUL TEMA LA CARTA E LA CORTE. LA TUTELA PENALE DEL FATTO RELIGIOSO FRA NORMATIVA COSTITUZIONALE E DIRITTO VIVENTE, 2009, pp. 320, euro 15,00

RAFFAELE COPPOLA, A QUARANT'ANNI DAL VOLUME DI FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO "LA CHIESA COME ORDINAMENTO SACRAMENTALE, 2012, pp. 132, euro 16,00

TEDESCHI MARIO, RILEGGERE I MAESTRI, 2011, pp. 344, euro 25,00

TEDESCHI MARIO, IL RIFORMISMO LEGISLATIVO IN DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO, 2011, pp. 472, euro 30,00

LEZIROLI GIUSEPPE, ATTI DEL CONVEGNO SUL TEMA "LA CHIESA IN ITALIA: OGGI" 16/17 OTTOBRE 2009, 2011, pp. 256, euro 20,00

MAI LAURA, PER UNA RILETTURA DEL CONCETTO DI TOLLERANZA, 2011, pp. 144, euro 20,00

TEDESCHI MARIO, QUASI UN BILANCIO, 2011, pp. 272, euro 20,00

AA.VV., SCRITTI IN ONORE DI FRANCO BOLOGNINI, 2011, pp. 560, euro 35,00

VECCHI FABIO, CONTROVERSIE GIURISDIZIONALI NEL PORTOGALLO DEL PRIMO QUARTO DEL XVII SECOLO, 2012, pp. 672, euro 40,00

CATALANO GAETANO, CONTROVERSIE GIURISDIZIONALI TRA CHIESA E STATO NELL'ETA' DI GREGORIO XIII E FILIPPO II (1578-1581), 2012, pp. 314, euro 30,00

BARBERINI GIOVANNI, IL CONTRIBUTO DELLA DOTTRINA CATTOLICA PER L'ELABORAZIONE DEI PRINCIPI DI DIRITTO INTERNAZIONALE, 2012, pp. 80, euro 15,00

LO IACONO PIETRO, CHIESA, STATO E POPOLO NEL MEZZOGIORNO DEI LUMI, 2012, pp. 408, euro 25,00

ANTONIO GUARINO, PATRIMONI "DESTINATI" E ORDINAMENTO ITALIANO, 2012, pp. 88, euro 16,00

D'ARIENZO MARIA, IL CONCETTO GIURIDICO DI RESPONSABILITÀ. RILEVANZA E FUNZIONE NEL DIRITTO CANONICO, 2012, pp. 208, euro 18,00

TEDESCHI MARIO, RILEGGERE I MAESTRI 2, 2012, pp. 176, euro 25,00

D'ARIENZO MARIA, L'OBBLIGO DI RIPARAZIONE DEL DANNO IN DIRITTO CANONICO. PERCORSI DI RICERCA, 2013, pp. 112, euro 12,00

BILOTTI DOMENICO, APPROCCI CRITICI AL PLURALISMO CONFESSIONALE, 2013, pp. 156, euro 18,00

TEDESCHI MARIO, IMPEGNO CIVILE, 2014, pp. 408, euro 25,00

BILOTTI DOMENICO, DIRITTO E POTERE NEI RAPPORTI TRA LE GIURISDIZIONI CIVILI E LE AUTONOMIE CONFENSIONALI, 2015, pp. 440, euro 25,00

Stampato da
Pellegrini editore - Cosenza



ISSN 1970-5301