



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XII - n. 1-2017**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

# 23



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XII - n. 1-2017  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi - 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, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lettere, 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 chiede 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. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - 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. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

*Direzione:*

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

**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](mailto: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](http://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](mailto: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](http://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**

MARCO CANONICO

- La forma matrimoniale canonica alla luce delle intervenute modifiche normative* 17

### **Diritto Ecclesiastico**

FABIO BALSAMO

- Libertà testamentaria degli ecclesiastici e tutela dell'integrità patrimoniale della Chiesa* 45

VALENTINA BARELA

- Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale* 71

MARCO CANONICO

- La nuova normativa sul servizio civile universale* 98

MARIA D'ARIENZO

- La libertà religiosa nella giurisprudenza della Cassazione civile francese* 112

CATERINA GAGLIARDI

- Integrazione, scuola e libertà religiosa* 124

ERNESTO GIARNIERI

- Riflessioni sul lodo arbitrale nell'ordinamento vaticano* 144

MARIO GINESTRA

- In merito agli idonei strumenti per il perseguimento dei fini statutari della Fondazione per i Beni e le Attività artistiche della Chiesa. Con particolare riguardo ai profili giuridici in materia fiscale e tributaria* 161

ANTONIO GUSMAI

- «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017* 170

MARIA LUISA LO GIACCO

- Enti di adozione e obiezione di coscienza. Osservazioni su alcuni recenti provvedimenti legislativi statunitensi* 189

ANNA MARIA NICO

- Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale. (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)* 201



RAFFAELE GUIDO RODIO	
<i>Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale: alcune considerazioni di diritto costituzionale italiano ed europeo</i>	209
FABIO VECCHI	
<i>La «post-transizione» serba in tema di libertà religiosa: prove pratiche di armonizzazione della tradizione sinfonica bizantina con i modelli giuspluralisti europei</i>	218

**FOCUS: DEFINING RELIGION. THE APPROACH OF SUPREME AND CONSTITUTIONAL COURTS.**  
**LA DEFINIZIONE DI RELIGIONE. L'APPROCCIO DELLE CORTI APICALI**

<i>Introduction</i>	316
EUROPEAN COURTS FACING RELIGIOUS ISSUES	
DANIELA BIFULCO	
<i>Defining Religion or Belief: the Approach of the European Court of Human Rights to the Interpretation of article 9 ECHR</i>	317
NICOLA COLAIANNI	
<i>Gli elementi essenziali delle religioni nella giurisprudenza costituzionale</i>	340
MARKUS KRIENKE	
<i>From “Qualified Neutrality” to ‘Positive Equality’. The German Federal Constitutional Court’s Interpretation of Religious neutrality</i>	361
FRANCESCO DURANTI	
<i>Church and State in the Constitutional System of Norway</i>	382
CROSSING THE ATLANTIC: NORTH AMERICAN COURTS AND RELIGIONS	
FRANCESCO ALICINO	
<i>The Supreme Court of Canada</i>	394
PASQUALE ANNICCHINO	
<i>“I know it when I see it”: The Essential Elements of Religion(s) in U.S. Law</i>	424
THE INDIAN EXPERIENCE: “INVENTING” AND APPLYING THE ESSENTIAL ELEMENTS DOCTRINE	
VALENTINA RITA SCOTTI	
<i>The Supreme Court of India and the Essential Elements Doctrine</i>	440
R. SRINIVASAN	
<i>Global Expansion of Human Rights and Its Impact on Freedom of Religion in India - A Content Analysis Study</i>	454

## **Storia delle istituzioni religiose e dei rapporti tra Diritto e Religioni**

ALESSANDRO SERPE

*Forme di vita e religione nel luteranesimo riformista  
del teologo danese Hal Koch. Dalla coscienza del popolo  
alla democrazia*

465

### **Argomenti, dibattiti, cronache**

ALESSANDRO ALBISETTI

*Recensioni*

513

FRANCESCA CARIMINI

*Diritti umani e legalità costituzionale*

520

FRANCESCO PAOLA CASAVOLA

*La storia come forma di educazione intellettuale*

536

ORAZIO CONDORELLI

*Ricordo di Luciano Musselli*

548

GIOVANNI ANGELO LODIGIANI

*L'obiezione di coscienza: strumento di coabitazione  
non-violenta nella società pluralistica. Presupposti etico-teologici*

551

## **Parte II**

### **Giurisprudenza e legislazione amministrativa**

- *Presentazione*

565

- *Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1067*

(simboli religiosi riprodotti in contrassegni elettorali) con nota di

RENATO ROLLI

*Operazioni elettorali e simboli religiosi*

567

- *Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 marzo 2017, n. 1388*

(legittimità dell'utilizzo per riti religiosi delle strutture  
scolastiche fuori dall'orario di servizio scolastico)

576

### **Giurisprudenza e legislazione canonica**

- *Presentazione*

582

- *Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio Sanctuarium*

*in Ecclesia* ( 11 marzo 2017)

583

- *Arcidiocesi di Monreale, decreto del Vescovo* (15 marzo 2017)

586

### **Giurisprudenza Rotale**

- *Tribunale Apostolico della Rota Romana, Sententia,*

9 gennaio 2009, *coram* Sciacca Ponente (Timore).

587

### **Giurisprudenza e legislazione civile**

- *Presentazione*

593

- *D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 - Adeguamento delle disposizioni*

dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76.	595
- <i>Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 8 febbraio 2017, n. 3315</i> (Chiesa cattolica, famiglia, matrimonio canonico, nullità, sentenze ecclesiastiche, efficacia civile, prolungata convivenza)	606
- <i>Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, Sentenza 1 marzo 2017, n. 5250</i> (Unioni tra persone dello stesso sesso, minori, fecondazione assistita, rettificazione, atto di nascita ordine pubblico)	606
PAOLO DI MARZIO <i>Il figlio di due madri. Note a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016.</i>	607
- <i>Tribunale di Milano, Sezione Civile, Sentenza 20 aprile 2017</i> (Simboli religiosi, libertà religiosa, laicità, sicurezza, principio di non discriminazione)	625
- <i>Tribunale di Roma, Sezione Terza Lavoro, Sentenza 1 giugno 2017</i> (Confessioni religiose, associazioni religiose, attività di spettacolo, obbligo contributivo)	625
NOEMI CARMEN CAFARO <i>La trascrizione del matrimonio ebraico: postilla a margine del Decreto 22 febbraio 2016 del Tribunale di Milano (sez. IX civile)</i>	626
- <i>Camera dei Deputati, Interpellanza 28 febbraio 2017, n. 2-01685</i> , a firma dell'on. Renato Brunetta, presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, nonché al Ministro della Giustizia	629
- RAFFAELE SANTORO <i>Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed esercizio del diritto di difesa presso il Tribunale della Rota Romana: brevi riflessioni a margine dell'interpellanza parlamentare dell'on. Renato Brunetta</i>	637

## **Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria**

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA <i>Presentazione</i>	642
- <i>Grande Sezione - Sentenza 14 marzo 2017, C157/15: Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV Direttiva 2000/78/C</i> (Parità di trattamento - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali - Regolamento	

interno di un'impresa che vieta ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa - Insussistenza Discriminazione diretta o Discriminazione indiretta - Divieto posto ad una dipendente di indossare il velo islamico - Rinvio pregiudiziale) 644  
 - Grande Sezione - Sentenza 14 marzo 2017, C188/15:  
*Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA, già Micropole Univers SA* (Rinvio pregiudiziale - Direttiva 2000/78/CE - Parità di trattamento - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali- Requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa - Desiderio di un cliente che le prestazioni non vengano assicurate da una dipendente che indossa un velo islamico) 650

### **Corte costituzionale**

*Sentenza 7 aprile 2017, n. 67*  
 (Giudizio in via d'azione - Edifici di culto - Confessioni religiose Chiesa cattolica - Intese - Lingua italiana - Illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12) 652

### **Giurisprudenza e legislazione internazionale**

*Presentazione* 657

#### *LAICITÀ DELLO STATO*

I) *CAA di Marsiglia, Vème chambre, n. 15MA03863, del 3 aprile 2017 (Francia)* 658

Laïcité - presepi - loi de Séparation

II) *Conseil constitutionnel, n. 2017-633 QPC, del 2 giugno 2017 (Francia)*

Laïcité - loi de Séparation - sostentamento del clero - Guyana 658

III) *Queen's Bench for Saskatchewan, n. 2017/SKQB/109, del 20 aprile 2017 (Canada)*

Scuola confessionale - finanziamento statale - tutela minoranze - proselitismo 659

IV) *Constitution Amendment Bill n. 2/2016, del 9 giugno 2017 (Samoa)* Stato confessionale - Dio in Costituzione 660

#### *CHIESA CATTOLICA*

V) *BVerwG, n. 8/cn/1-16, del 17 maggio 2017 (Germania)*  
 Apertura domenicale negozi - festività religiose 661

VI) *VG Dresda, n. 4/k/1278-16, del 12 aprile 2017 (Germania)*

Lavoro domenicale - trattative sindacali 661

VII) *Court of Appeal, First District, State of Florida,*

<i>Flynn vs Estevez, n. 1D15-3923, del 27 giugno 2017</i> (Stati Uniti d'America)	
Obiezione di coscienza - vaccinazione - difetto di giurisdizione statale	662
VIII) <i>Louisiana Western District Court, Sonnier vs Roman</i> <i>Catholic Diocese of Lafayette, n. 6/2016cv01229,</i> <i>del 24 febbraio 2017 (Stati Uniti d'America)</i>	
Segreto confessionale - difetto di giurisdizione	662
 <i>EBRAISMO</i>	
IX) <i>CAA di Parigi, Xème chambre, n. 16PA01753,</i> <i>del 30 maggio 2017 (Francia)</i>	
Sabato - loi de Séparation - laïcité	663
X) <i>OVwG di Münster, n. 19/a/1970-14, del 3 gennaio 2017</i> (Germania) Libertà religiosa - diritto alla sepoltura - cimiteri	663
 <i>LUTERANI</i>	
XI) <i>US Supreme Court, Trinity Lutheran Church of Columbia</i> <i>(Missouri), vs Comer, n. 15/577, del 26 giugno 2017</i> (Stati Uniti d'America)	
Wall of Separation - Separatismo - finanziamento statale	664
 <i>ISLAM</i>	
XII) <i>LAG di Berlino-Brandeburgo, n. 14/SA/1038-16,</i> <i>del 9 febbraio 2017 (Germania)</i>	
Velo islamico - libertà religiosa - insegnamento scolastico	665
XIII) <i>BVerfG, n. 2/BvR/1333-17, del 27 giugno 2017 (Germania)</i>	
Velo islamico - libertà religiosa - magistratura	665
 <i>LIBERTÀ RELIGIOSA</i>	
XIV) <i>Court of Appeal of the Commonwealth of the Bahamas</i> <i>Commodore Royal Bahamas Defence Force and others</i> <i>vs Laramore, n. 2017/UKPC/13, dell'8 maggio 2017 (Bahamas)</i>	
Libertà religiosa militari - preghiera obbligatoria	666
XV) <i>Corte Suprema, Ministero della Giustizia vs Centro</i> <i>dei Testimoni di Geova, n. 17/238, del 19 aprile 2017 (Russia)</i>	
Testimoni di Geova - laicità - proselitismo aggressivo	667
XV) <i>Kentucky, legge sulla libertà religiosa nelle scuole,</i> <i>Senate Bill n. 17, del 16 marzo 2017 (Stati Uniti d'America)</i>	
Libertà di parola - insegnamento scolastico	667
XVII) <i>Nebraska, legge sull'abbigliamento dei docenti,</i> <i>Legislative Bill n. 62, del 27 marzo 2017 (Stati Uniti d'America)</i>	
Abbigliamento religioso - velo islamico - suore - frati - kippah - talare - insegnamento scolastico	669
XVIII) <i>Alabama, Child Placing Agency Inclusion Act,</i>	

*del 3 maggio 2017 (Stati Uniti d'America)*  
Adozioni - organizzazioni religiose - organizzazioni di tendenza 669

### **Giurisprudenza e legislazione penale**

- *Presentazione* (VINCENZO MAIELLO) 670
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1952* (Configurabilità della fattispecie di offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio) 677
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1949* (Violenza sessuale aggravata se commessa dal Ministro di culto) 677
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. VI, sentenza 6 marzo 2017, n. 10906* (La rilevanza attenuante generica del fattore religioso) 678
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. IV, sentenza 12 maggio 2017, n. 23423* (L'insussistenza della giurisdizione penale sugli enti canonici non riconosciuti) 678
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 15 maggio 2017, n. 24084* (Irrilevanza scusante del fattore religioso) 679
- *Corte di Cassazione, Sez. pen. IV, sentenza 14 febbraio 2017, n. 6912* (La rilevanza del segreto ministeriale cui all'art. 200 c.p.p.) 679  
*con nota di*  
PIERPAOLO DELL'ANNO  
*La rilevanza del segreto ministeriale ed i limiti della sua opponibilità (nota a cass. pen., sez. pen. IV, 14 febbraio 2017 n. 6912)* 680

### **Giurisprudenza e legislazione tributaria**

- *Presentazione* 687
- *Cassazione civile, Sezione V, sentenza 12 ottobre 2016, n. 25537* (Rendita catastale di chiese aperte al culto pubblico) 689
- *Commissione tributaria regionale per il Veneto, Sezione 11, sentenza 1 febbraio 2017, n. 164* (Ici su immobili religiosi) 691
- *Commissione tributaria regionale per la Liguria, Sezione 2, sentenza 2 febbraio 2017, n. 157* (Ici su pertinenze di immobili religiosi) 696
- *Commissione tributaria regionale per il Lazio, Sezione 17, sentenza 12 aprile 2017, n. 2151* (Ici su immobili religiosi concessi in comodato) 698

## Parte III

### Lecture

MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune. La memoria e la storia* (Nuova edizione, Euno Edizioni, Leonforte 2016) pp. 318  
(**Emma Montanos Ferrín**) 701

*La giurisprudenza relativa al contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale. A proposito di un recente volume di*  
FRANCESCO CAMPOBELLO, *La Chiesa a processo*,  
Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, pp. 291  
(**Giovanni Battista Varnier**) 710

ALDO VENDEMIATI, «*Il diritto naturale. Dalla scolastica francescana alla riforma protestante*». Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2016, pp. 128  
(**Fabio Vecchi**) 714

### Recensioni

PAOLO VALVO, *Pio XI e la Cristiada. Fede, guerra e diplomazia in Messico (1926-1929)*, Brescia, Morcelliana, 2016, pp. 540  
(**Giovanni Battista Varnier**) 721

**Diritto e religioni**

*PARTE I*





# *La forma matrimoniale canonica alla luce delle intervenute modifiche normative*

MARCO CANONICO

## *1. La forma del matrimonio nella Chiesa latina*

Per la Chiesa latina, a norma del can. 1057, § 1, “*l’atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili*”<sup>1</sup>. Se ciò che dà origine al matrimonio è il consenso delle parti, ovvero “*l’atto della volontà con cui l’uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio*” (can. 1057, § 2), per far sorgere il vincolo coniugale dovrebbe

---

<sup>1</sup> Per la Chiesa cattolica il matrimonio, oltre alla connotazione sacramentale se celebrato tra battezzati (can. 1055, § 1), secondo la qualifica espressamente prevista dal can. 1055, § 2, presenta natura contrattuale, e per la precisione viene configurato come contratto consensuale dato che, in virtù del disposto del can. 1057, trae origine dalla manifestazione di volontà dei soggetti interessati. In realtà, ferma restando la connotazione sacramentale del matrimonio nei termini precisati, in passato si è discusso sulla possibilità di affiancare a detta qualifica anche una natura contrattuale. La normativa vigente sembra aver posto fine a tali dispute qualificando espressamente il matrimonio come contratto, in una configurazione nella quale la natura contrattuale non pregiudica l’essenza sacramentale e si affianca ad essa per giustificare le implicazioni giuridiche dell’istituto. Va peraltro considerato che l’attuale concezione costituisce il risultato di una secolare evoluzione, che ha visto confrontarsi in particolare due contrapposte visioni teoriche. Da un lato la Scuola di Bologna, con il più autorevole esponente in Graziano, ispirandosi al modello del diritto romano in tema di contratti reali propugnava la necessità della consumazione, cioè dell’unione sessuale degli sposi, per la valida costituzione del vincolo coniugale, considerando a tal fine insufficiente il solo scambio del consenso (*copula theoria*). Per contro la Scuola di Parigi, cui apparteneva Pietro Lombardo, riteneva il matrimonio perfetto già con la prestazione del consenso, reputando irrilevante la successiva consumazione. L’attuale disciplina normativa sembra aver accolto questa seconda tesi, dal momento che, come sopra ricordato, il can. 1057 afferma espressamente che il matrimonio sorge con la manifestazione del consenso. Non va tuttavia trascurato che le posizioni della Scuola di Bologna hanno comunque mantenuto una qualche influenza in quanto l’elemento della consumazione, pur non costituendo un requisito di validità del vincolo, conserva una qualche rilevanza andando a segnare il momento in cui il matrimonio acquista una assoluta indissolubilità, non essendo più possibile dopo il congiungimento carnale degli sposi invocare lo scioglimento per inconsumazione (can. 1141). Risulta pertanto che il modello tipico considerato dal legislatore canonico è rappresentato dal matrimonio rato e consumato, al quale l’indissolubilità compete in maniera piena ed assoluta.

essere sufficiente la manifestazione della intenzione in tal senso da parte dei soggetti interessati. L'ordinamento canonico tuttavia, nonostante il ricordato principio di essenzialità del consenso, richiede che l'esternazione della volontà da parte dei nubendi avvenga nel rispetto di determinati requisiti di forma<sup>2</sup>, a prescindere dalle eventuali prescrizioni liturgiche attinenti

<sup>2</sup> In generale, sulla forma di celebrazione del matrimonio canonico secondo le diverse legislazioni succedutesi nel tempo, ANTONIO M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Paideia, Brescia, 1985, pp. 135-164, 194-204; JOBE ABBAS, *Marriage in the Codes of canon law*, in *Apollinaris*, LXVIII, 1995, n. 3-4, pp. 528-538, 540-552, 562-564; MANUEL JESÚS ARROBA CONDE – MICHELE RIONDINO, *Introduzione al diritto canonico*, Mondadori, Milano, 2015, pp. 146-147; LELIO BARBIERA, *Diritto matrimoniale canonico*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 19-23; LUDOVICUS BENDER, *Forma iuridica celebrationis matrimonii. Commentarius in canones 1094-1099*, Desclee, Roma, 1960; ANA LIA BERCAITZ DE BOGGIANO, *La suplencia de la podestad del canon 144. Su aplicacion en el ámbito de la celebración del matrimonio canónico*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, vol. II, Collana Studi giuridici, vol. LXXXIX, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 945-964; ALBERTO BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canonico*, V ed., Ediciones Tecnos, Madrid, 1986, pp. 206-228; FRANCESCO BERSINI, *Il diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologico-pastorale*, IV ed., Elle di ci, Leumann, 1994, pp. 144-173; RAYMUNDUS BIGADOR, *De forma extraordinaria celebrationis matrimonii casus singulares*, nel vol. AA.Vv., *De matrimonio coniectanea*, Università Gregoriana editrice, Roma, 1970, pp. 197-219; GERALDINA BONI, *La forma straordinaria di celebrazione del matrimonio*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET – CARLO GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, *La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 57-78; ID., *La manifestazione del consenso matrimoniale e il matrimonio per procura e per interprete (cann. 1104-1106)*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET – CARLO GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, *Il consenso*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2003, pp. 605-683; SALVATORE BORDONALI, *La forma di celebrazione del matrimonio*, nel vol. AA.Vv., *Pastorale e diritto nella normativa matrimoniale canonica in Italia*, Collana Studi giuridici, vol. XXXIII, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 53-73; MARIA ELENA CAMPAGNOLA, *I matrimoni interconfessionali*, in *Periodica*, vol. C, 2011, n. 3-4, pp. 779-803; FELIX M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Marietti, Torino, 1961, pp. 578-648; CARLO CARDIA, *La Chiesa tra storia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 98-99; JOSE F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, II ed., Piola, Roma, 1992, pp. 408-456; FRANCESCO CATOZZELLA, *Le modifiche in materia di forma canonica del matrimonio introdotte dal motu proprio De concordia inter Codices*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statochiese.it](http://www.statochiese.it)), n. 6/2017, 20 febbraio 2017, pp. 1-40; LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Dehoniane, Roma, 1990, pp. 263-299, 337-341; MASSEO DA CASOLA IN LUNIGIANA, *Compendio di diritto canonico*, Marietti, Torino, 1967, pp. 674-689; ANGELO D'AURIA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Lateran University Press, Roma, 2003, pp. 247-284, 311-316; VINCENZO DEL GIUDICE, *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, V ed., Giuffrè, Milano, 1979, pp. 87-98; VELASIO DE PAOLIS, *Delega e supplenza di potestà per assistere al matrimonio*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET – CARLO GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, *La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, cit., pp. 57-78, ed in *Periodica*, vol. XCII, 2003, n. 3, pp. 455-496; GIUSEPPE DI MATTIA, *La forma canonica del matrimonio. Revisione radicale*, Paoline, Roma, 1972; MARIO FALCO, *Introduzione allo studio del «codex iuris canonici»*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 337-339; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 53-68; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 189-229; GEORGE G. GALLARO, *Marriage in the eastern code*, nel vol. RAFFAELE COPPOLA (a cura di), *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente*, Atti del Congresso interna-

zionale Bari 23-29 settembre 1991, vol. II, Cacucci, Bari, 1994, pp. 301-311; PIETRO GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Tipys polyglottis vaticanis, Città del Vaticano, 1932, pp. 101-162; BRUNO GIANESIN, *Matrimoni misti tra cattolici e ortodossi in Grecia*, nel vol. RAFFAELE COPPOLA (a cura di), *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente*, Atti del Congresso internazionale Bari 23-29 settembre 1991, vol. II, cit., pp. 499-504; JOSE M. GONZALEZ DEL VALLE, *Derecho canonico matrimonial segun el Código de 1983*, II ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pp. 107-116, 119-130; ZENON GROCHOLEWSKI, *I matrimoni misti*, nel vol. AA.VV., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Dehoniane, Bologna, 1985, pp. 270-273; JAN HENDRIKS, *Diritto matrimoniale. Commento ai canonici 1055-1165 del Codice di diritto canonico*, Ancora, Milano, 1999, pp. 224-257, 269-275; ID., *Matrimonii forma extraordinaria (c. 1116)*, in *Periodica*, vol. LXXXIV, 1995, n. 4, pp. 687-709; JOHN M. HUELS, *Exceptions to the canonical form and marital validity*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, vol. II, cit., pp. 881-901; ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 366-391; PIOTR KROCZEK, *Should canonical form still be required for the validity of marriage? The future of the can. 1108 CIC 1983*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, vol. II, cit., pp. 857-879; GAETANO LANFALONI, *Il matrimonio religioso*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1998, pp. 55-56; ANGELA LEUZZI, *Peculiarità del consenso matrimoniale nel diritto canonico latino e nel codice delle Chiese orientali cattoliche*, nel vol. RAFFAELE COPPOLA (a cura di), *Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente*, Atti del Congresso internazionale Bari 23-29 settembre 1991, vol. II, cit., pp. 441-443; ADOLFO LONGHITANO, *La celebrazione segreta del matrimonio (cann. 1130-1133)*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET – CARLO GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, *La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, cit., pp. 153-166; JAIME M. MANS PUIGARNAU, *El consentimiento matrimonial. Defecto y vicios del mismo como causas de nulidad de las nupcias*, Bosch, Barcellona, 1965, pp. 234-243; GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Centro studi "Attilio Moroni" di diritto matrimoniale e della famiglia, Macerata, 2006, pp. 141-155; IGNACIO MARTINEZ DE ALEGRIA, *La forma extraordinaria del matrimonio canonico. Origen historico y regimen vigente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1994; PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 197-214; ID., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, III ed., Ecig, Genova, 1998, pp. 193-211; ID., *Il matrimonio nullo. Diritto civile, canonico e concordatario*, La Tribuna, Piacenza, 2005, pp. 200-203; ID., *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica. Il canone 1117 CIC*, nel vol. JOAN CARRERAS (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 149-179; ATTILIO MORONI, *I testimoni comuni nella celebrazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1972; LUCIANO MUSSELLI, *Diritto matrimoniale*, nel vol. MARIA D'ARIENZO – LUCIANO MUSSELLI – MARIO TEDESCHI – PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 211-225; ID., *Manuale di diritto canonico matrimoniale*, Monduzzi, Bologna, 1995, pp. 209-225; URBANO NAVARRETE, *De ministro sacramenti matrimonii in Ecclesia latina et in Ecclesiis Orientalibus: Tentamen explicationis concordantis*, in *Periodica*, vol. LXXXIV, 1995, n. 4, pp. 711-733; ID., *Questioni sulla forma canonica ordinaria nei Codici latino e orientale*, in *Periodica*, vol. LXXXV, 1996, n. 3, pp. 531-548; URSZULA NOWICKA, *La forma canonica di celebrazione del matrimonio. Problemi interecclesiali*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, vol. II, cit., pp. 903-921; MIGUEL ÁNGEL ORTIZ, *Abbandono della Chiesa e forma del matrimonio*, nel vol. JOAN CARRERAS (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 181-214; ID., *La forma*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET – CARLO GULLO (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, *La forma, gli effetti, la separazione, la convalida*, cit., pp. 25-56; ID., *La supplenza di facoltà per assistere al matrimonio nella giurisprudenza coram Stankiewicz*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LLOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, vol. II, cit., pp. 967-989; ID., *Sulla forma del matrimonio canonico*, nel vol. RAFFAELE COPPOLA (a cura di), *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concorda-*

all'aspetto pastorale piuttosto che al profilo giuridico dell'istituto.

In realtà in origine la Chiesa non prevedeva specifici requisiti esteriori per la valida emissione della volontà matrimoniale, essendo a tal fine sufficiente l'intenzione degli interessati di prendersi reciprocamente come coniugi. Ma simile stato di cose, dato che il consenso poteva essere espresso anche in forma privata tra i nubendi, rendeva difficile la dimostrazione in

---

*taria italiana*, Atti del Congresso Martina Franca 27-29 ottobre 1998, Stampasud, Mottola, 2003, pp. 261-293; MARIO PETRONCELLI, *Diritto canonico*, IX ed., Jovene, Napoli, 1985, pp. 311-315; ID., *Il diritto canonico dopo il Concilio Vaticano II*, Libreria scientifica editrice, Napoli, 1969, pp. 339-347; JOSEPH PRADER, *Differenze fra il diritto matrimoniale del Codice latino e quello del Codice orientale che influiscono sulla validità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, vol. V, 1993, n. 2, pp. 478-486, 489-494; ID., *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, Pontificum Institutum Orientalium, Roma, 1992, pp. 193-230; ID., *La forma di celebrazione del matrimonio*, nel vol. AA.Vv., *Il matrimonio nel Codice dei canoni delle Chiese orientali*, Collana Studi giuridici, vol. XXXII, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1994, pp. 283-300; ID., *La legislazione matrimoniale latina e orientale*, Dehoniane, Roma, 1993, pp. 27-41, 56-61, 72-74, 75-76, 82-85, 91-92; M. TERESA REGUEIRO GARCÍA, *El nuevo derecho matrimonial oriental (estudio comparativo): consentimiento y forma*, nel vol. RAFAELE COPPOLA (a cura di), *Incontro fra canoni d'oriente e d'occidente*, Atti del Congresso internazionale Bari 23-29 settembre 1991, vol. II, cit., pp. 407-428; ANDREJ SAJE, *Perché la mancanza di un regolamento sul ministro della celebrazione del matrimonio nel CIC e nel CCEO?*, nel vol. JANUSZ KOWAL – JOAQUÍN LOBELL (a cura di), «Iustitia et iudicium». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. II, cit., pp. 923-942; DIMITRIOS SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel Nuovo Diritto Canonico delle Chiese orientali*, Dehoniane, Roma-Bologna, 1994, pp. 179-233; ID., *Problematiche interrituali nei due Codici orientale e latino*, in *Apollinaris*, LXVII, 1994, n. 3-4, pp. 684-689; REINHOLD SEBOTT – CORRADO MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa. Commento giuridico e teologico ai cann. 1055-1165 del nuovo CIC*, Dehoniane, Napoli, 1985, pp. 163-195; LORENZO SPINELLI, *Introduzione al diritto matrimoniale canonico. Appunti dalle lezioni*, Mucchi, Modena, 1984, pp. 16-20; PÉTER SZABÓ, *Comunione e pluralità: le Chiese orientali frammenti di una realtà complessa*, nel vol. GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *La comunione nella vita della Chiesa: le prospettive emergenti dal Vaticano II*, Atti Incontro di studio Borca di Cadore (BL) 30 giugno-4 luglio 2014, Glossa, Milano, 2015, pp. 104-106; ID., *Matrimoni misti ed ecumenismo. Prospettive del riconoscimento ortodosso dei matrimoni misti con speciale riguardo al caso della celebrazione cattolica*, nel vol. AA.Vv., *Ius Ecclesiarum vehiculum caritatis*, Atti Simposio internazionale per decennale entrata in vigore del CCEO Città del Vaticano 19-23 novembre 2001, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2004, pp. 238-259; ALBERTO TANASINI, *Forma del matrimonio*, nel vol. GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Atti XXI Incontro di studio Passo della Mendola – Trento 4-8 luglio 1994, Glossa, Milano, 1996, pp. 115-140; JOSEPH VADAKUMCHERRY, *Il diritto matrimoniale nei codici orientale e latino*, nel vol. KURIAKOSE BHARANIKULANGRA (a cura di), *Il Diritto Canonico Orientale nell'ordinamento ecclesiale*, Collana Studi giuridici, vol. XXXIV, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1995, pp. 157-160; ARTHUR VERMEERSCH – JOSEPH CREUSEN, *Epitome iuris canonici. Cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, tomo II, VII ed., H. Dessain – Office général du livre – L'Édition universelle, Mechliniae – Romae – Parisiis – Bruxelles, 1954, pp. 273-292; PEDRO-JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 551-570; ANTONIO VITALE, *La forma di celebrazione del matrimonio*, nel vol. AA.Vv., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, cit., pp. 239-256; ENRICO VITALI – SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 121-131; FRANCISCO XAV. WERNZ – PETRUS VIDAL, *Ius canonicum*, tomus V, *Ius matrimoniale*, III ed., Università Gregoriana, Roma, 1946, pp. 663-716; ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 133-151.

foro esterno dell'avvenuta celebrazione nuziale, e dunque dell'esistenza del vincolo coniugale, con la possibilità che successivamente una delle parti sposasse altra persona, dando vita ad un'unione evidentemente invalida sotto il profilo giuridico, stante l'impedimento del precedente legame matrimoniale, ed illegittima sul piano morale in quanto relazione adulterina. Per ovviare a simili pericoli la Chiesa cattolica nel Concilio di Trento con il decreto *Tametsi* del 1563 ritenne necessario combattere il fenomeno dei cosiddetti matrimoni clandestini, ovvero contratti in maniera occulta, introducendo a tal fine la necessità della forma pubblica per la valida celebrazione del matrimonio. Secondo le prescrizioni scaturite dal Concilio tridentino infatti il consenso doveva necessariamente essere manifestato dai nubendi al cospetto del parroco ed alla presenza di almeno due testimoni<sup>3</sup>. In tale maniera si rendeva palese la volontà nuziale degli interessati, con conseguente possibile dimostrazione dell'avvenuta celebrazione del matrimonio.

La nuova disciplina non ebbe subito generale applicazione, in quanto il provvedimento che l'introduceva ne prevedeva l'entrata in vigore decorsi trenta giorni dalla pubblicazione del decreto nelle singole parrocchie, adempimento che non fu possibile in tutti i luoghi, soprattutto in ragione delle difficoltà derivanti dai rapporti con l'autorità civile. All'epoca infatti iniziava a farsi strada il sistema giurisdizionalista, in cui l'emanazione e pubblicazione degli atti dell'autorità ecclesiastica era in molti casi subordinata all'assenso del potere temporale. Inoltre alcuni Stati abbracciarono la fede protestante, osteggiando apertamente la religione cattolica, le sue istituzioni e, a maggior ragione, i suoi provvedimenti. Per un'applicazione generalizzata della nuova disciplina in tema di forma di celebrazione del matrimonio si è dovuto dunque attendere il 1907, quando la Sacra Congregazione del Concilio, su specifico mandato del Pontefice Pio X, emanò il decreto *Ne temere*, valido per tutta la Chiesa latina ad eccezione della Germania, il quale a decorrere dal 19 aprile 1908 obbligava in sostanza al rispetto della forma tridentina

---

<sup>3</sup> Nel decreto *Tametsi* (*Decretum de reformatione Matrimonij*) si legge al riguardo: "*Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata, et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit, et proinde iure damnandi sinti illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat, qui ea vera, ac rata esse negat... nihilominus S. Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit. Verum, cum S. Synodus animadvertat prohibitiones illas propter hominum inobedientiam iam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis coniugis ortum habent, praesertim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum priore uxoris, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrabunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt; cui malo cum ab ecclesia, quae de occultis non iudicat succurri non possit; nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur... Qui aliter, quam Praesente Parocho, vel alio sacerdote, de ipsius Parochi, seu Ordinarij licentia, et duobus, vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, pro ut eos praesenti decreto irritos facit, et annullat...*".

a pena di invalidità del vincolo. Le prescrizioni in questione sono state poi riprese dal codice del 1917 (cann. 1094-1107) e ribadite in quello vigente<sup>4</sup>.

In virtù di quanto sopra, nella normativa della Chiesa cattolica latina per la valida celebrazione del matrimonio si richiede anzitutto la presenza dei nubendi, da ritenersi inderogabile in quanto si tratta dei soggetti che devono prestare il consenso, elemento indispensabile per il sorgere del vincolo matrimoniale. Ed infatti il can. 1104, § 1, dispone che *“per contrarre validamente il matrimonio è necessario che i contraenti siano presenti contemporaneamente, sia di persona sia tramite procuratore”*. La partecipazione del procuratore non fa venir meno dal punto di vista giuridico la presenza del nubente, rappresentato appunto dal primo per il compimento dell'atto in virtù di specifico mandato (can. 1105). Il ruolo dei nubendi, come accennato, è quello di manifestare il consenso, con parole o mediante segni equivalenti qualora gli interessati non siano in grado di parlare (can. 1104, § 2).

L'espressione del consenso da parte degli sposi deve avvenire di fronte a soggetti determinati, ovvero *“alla presenza dell'Ordinario del luogo o del parroco o del sacerdote oppure diacono delegato da uno di essi che sono assistenti, nonché alla presenza di due testimoni...”* (can. 1108, § 1).

L'Ordinario del luogo, il parroco, o il chierico da loro delegato hanno la funzione di rappresentare la Chiesa per richiedere e ricevere a nome di essa la manifestazione del consenso, svolgendo in tal senso il ruolo di testimoni qualificati, che il codice qualifica assistenti al matrimonio: *“Si intende assistente al matrimonio soltanto colui che, di persona, chiede la manifestazione del consenso dei contraenti e la riceve in nome della Chiesa”* (can. 1108, § 2). Non si parla di celebrante in quanto ministri del matrimonio sono gli stessi coniugi, che con il loro consenso danno origine al matrimonio senza che sia necessario l'intervento di altri soggetti, i quali si limitano appunto ad assistere all'atto senza diretta partecipazione. Va sottolineato che può validamente assistere alle nozze l'Ordinario o il parroco del luogo, cioè l'ufficiale ecclesiastico cui compete giurisdizione sul territorio in cui avviene la celebrazione, visto che detto soggetto deve rappresentare la Chiesa e per poterlo fare validamente deve essere fornito della relativa potestà. Ciò non esclude la possibilità che l'ufficiale ecclesiastico competente, trattandosi di potestà esecutiva, possa delegare per il compimento dell'atto altro sacerdote o diacono, che in tale ipotesi potrà utilmente assistere alle nozze (can. 1111). In caso contrario, cioè nell'ipotesi di matrimonio celebrato alla presenza di sacerdote privo di giurisdizione territoriale e sfornito di delega da parte del soggetto competente, non essendo

---

<sup>4</sup> In particolare, sull'evoluzione storica della forma matrimoniale canonica, SALVATORE BORDONALI, *op. cit.*, pp. 408-412.

stati rispettati i requisiti imposti dal can. 1108 si determinerebbe l'invalidità del vincolo per difetto di forma, salva l'eventuale operatività della supplenza di giurisdizione. Tale istituto, previsto in generale dal can. 144 secondo cui "*nell'errore comune di fatto o di diritto, e parimenti nel dubbio positivo e probabile sia di diritto sia di fatto, la Chiesa supplisce, tanto nel foro esterno quanto interno, la potestà di governo esecutiva*", è applicabile, ricorrendone i requisiti, anche all'ipotesi dell'assistenza al matrimonio, espressamente richiamata dal secondo paragrafo del menzionato canone. La supplenza di giurisdizione potrà dunque intervenire nel caso in cui la comunità di fedeli presente alla celebrazione del matrimonio ritenga, sebbene erroneamente, che il sacerdote che assiste sia fornito di delega, perché magari si tratta del medesimo soggetto che di regola viene dal parroco incaricato in tal senso, sì da ingenerare nella comunità la comune convinzione che il predetto sia stato delegato anche per il matrimonio in questione (errore comune); oppure l'effetto sanante potrà avere luogo qualora colui che assiste alle nozze pensi, sulla base di elementi tali da poter ingenerare simile convinzione, di avere ricevuto la delega, che invece non esiste (dubbio positivo e probabile). In situazioni del genere l'ordinamento, in vista del superiore interesse della *salus animarum*, ritiene preferibile salvaguardare la sostanziale validità dell'atto anche a scapito del rispetto formale della norma, mancando del resto un pregiudizio effettivo. A tal fine la Chiesa supplisce con il suo intervento alla mancanza di competenza dell'ufficiale ecclesiastico, facendo sì che il matrimonio, che dovrebbe essere a rigore considerato nullo per difetto di forma, sia invece valido.

Oltre ai nubendi ed all'assistente, per la valida celebrazione delle nozze il legislatore richiede la presenza di almeno due testimoni comuni. La funzione di tali soggetti è semplicemente di attestare l'avvenuta manifestazione del consenso, ai fini probatori e di pubblicità. Per i testimoni comuni non si prevedono particolari requisiti, salvo quanto necessario per svolgere il compito loro affidato, cioè essere in grado di percepire mediante la vista e l'udito la prestazione del consenso. Non si pretende, a livello normativo, che si tratti di persone battezzate o in piena comunione con la Chiesa, a differenza di quanto invece prescritto per i padrini nel battesimo<sup>5</sup> e nella confermazione<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Ai sensi del can. 874, § 1, il padrino del battezzando deve avere "*l'attitudine e l'intenzione di esercitare questo incarico*", avere di regola compiuto i sedici anni, essere cattolico, avere ricevuto la confermazione e l'eucaristia, condurre "*una vita conforme alla fede e all'incarico che assume*", non essere colpito da pena canonica legittimamente inflitta o dichiarata, non essere genitore del battezzando.

<sup>6</sup> Per il padrino del confermando il can. 893, rinviando al can. 874, prescrive gli stessi requisiti richiesti al padrino del battezzando, precisando l'opportunità che entrambi gli incarichi vengano ricoperti dalla medesima persona.



ai quali, a differenza dei soggetti di cui trattasi, è demandata una specifica e delicata funzione educativa<sup>7</sup>.

Oltre alla forma di celebrazione appena considerata, qualificata ordinaria, il codice prevede la possibilità di forme speciali o straordinarie, che si discostano parzialmente dalla precedente per il venir meno di qualche elemento.

Stante l'insostituibilità del consenso, appare evidente che non potrà mai difettare la presenza (di persona o per procuratore) dei nubendi, che detto consenso devono esprimere. Potrà invece mancare, non essendo essenziale, la figura dell'assistente, in particolari situazioni descritte dal can. 1116, § 1: *“Se non si può avere o andare senza grave incomodo dall'assistente competente a norma del diritto, coloro che intendono celebrare il vero matrimonio possono contrarlo validamente e lecitamente alla presenza dei soli testimoni: 1° in pericolo di morte; 2° al di fuori del pericolo di morte, purché si preveda prudentemente che tale stato di cose durerà per un mese”*. L'ordinamento consente dunque il matrimonio dinanzi ai soli testimoni comuni, senza la presenza dell'assistente, innanzitutto qualora uno o entrambi i nubendi siano in imminente pericolo di vita, che non consenta in quanto tale l'espletamento della ordinaria procedura di celebrazione, come nel caso del malato che, in punto di morte, senta in coscienza il dovere di regolarizzare la propria situazione di concubinato. Altra ipotesi presa in considerazione dal legislatore è quella in cui si ritenga ragionevolmente di non poter avere la disponibilità dell'assistente competente per almeno un mese, situazione che può verosimilmente verificarsi soprattutto nei territori di missione nei quali la presenza in un dato posto del sacerdote, cui sono affidati vasti territori, sia saltuaria ed occasionale. In simili contesti, piuttosto che creare occasione di peccato, derivante dall'eventuale illecita convivenza dei nubendi in attesa di poter celebrare le nozze secondo la forma ordinaria, la Chiesa preferisce rinunciare al requisito formale in questione, consentendo appunto la celebrazione *coram solis testibus*, prescrivendo tuttavia che, ferma restando la mancanza del soggetto che sarebbe competente ad assistere alle nozze, se esiste la disponibilità di un altro sacerdote o diacono, questi *“deve essere chiamato e assistere, insieme ai testimoni, alla celebrazione del matrimonio, ferma restando la validità del matrimonio in presenza dei soli testimoni”* (can. 1116, § 2). In

---

<sup>7</sup> Il can. 872 assegna al padrino del battezzando il compito di *“assistere il battezzando adulto nell'iniziazione cristiana, e presentare al battesimo con i genitori il battezzando bambino e parimenti cooperare affinché il battezzato conduca una vita cristiana conforme al battesimo e adempia fedelmente gli obblighi ad esso inerenti”*. Il padrino del confermando ai sensi del can. 892 deve *“provvedere che il confermato si comporti come vero testimone di Cristo e adempia fedelmente gli obblighi inerenti allo stesso sacramento”*.

tal caso, il sacerdote o il diacono eventualmente presente alla celebrazione o, in mancanza, i testimoni “*sono tenuti, in solido con i contraenti, a comunicare quanto prima al parroco o all’Ordinario del luogo l’avvenuta celebrazione del matrimonio*” (can. 1121, § 2), al fine di consentirne l’annotazione nel registro dei matrimoni.

Oltre alla celebrazione *coram solis testibus* esiste la possibilità, contemplata dal can. 1130, del cosiddetto matrimonio segreto o di coscienza<sup>8</sup>. Il presupposto fondamentale che è richiesto per l’autorizzazione alla celebrazione segreta del matrimonio è l’esistenza di una causa assolutamente grave, che impedisce la celebrazione in forma ordinaria. Esempio tipico può essere quello della necessità di sanare la situazione di due concubini che siano dalla comunità dei fedeli ritenuti sposati: la celebrazione in forma pubblica farebbe percepire la situazione peccaminosa precedente, creando motivo di scandalo. La valutazione della gravità della causa e della sua idoneità a giustificare la celebrazione segreta compete all’Ordinario del luogo. La forma in questione comporta la segretezza delle indagini prematrimoniali e soprattutto “*che dell’avvenuta celebrazione del matrimonio conservino il segreto l’Ordinario del luogo, l’assistente, i testimoni e i coniugi*” (can. 1131), cioè in pratica tutte le persone che ne sono a conoscenza. L’obbligo del segreto cessa per l’Ordinario “*se dall’osservanza del segreto incombe un grave scandalo o una grave ingiustizia alla santità del matrimonio*” (can. 1132), come potrebbe aversi nell’ipotesi in cui uno dei coniugi, facendo leva sulla mancata pubblicità del proprio vincolo, tentasse di contrarre nuove nozze. Per garantire la segretezza riguardo all’avvenuta celebrazione ed all’esistenza del vincolo coniugale è prescritto che nell’ipotesi di cui trattasi il matrimonio “*sia annotato solo nello speciale registro da conservarsi nell’archivio segreto della curia*” (can. 1133), anziché nel registro parrocchiale dei matrimoni ed a margine dell’atto di battesimo, come di norma avviene (cann. 1121 e 1122).

## *2. I soggetti tenuti al rispetto della forma matrimoniale canonica*

Nella formulazione originaria del codice del 1983 si prevedeva l’obbligatorietà della forma di celebrazione, a pena di invalidità del matrimonio, qualora almeno una delle parti fosse battezzata ed appartenente alla Chiesa cattolica. Infatti il can. 1117, nel testo anteriormente vigente, stabiliva: “*La forma qui sopra stabilita deve essere osservata se almeno una delle parti contra-*

---

<sup>8</sup> La menzionata disposizione prevede: “*Per una grave e urgente causa l’Ordinario del luogo può permettere che il matrimonio sia celebrato in segreto*”.

*enti il matrimonio è battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta e non separata dalla medesima con atto formale...*”. La formulazione originaria della norma obbligava dunque al rispetto della forma canonica di celebrazione del matrimonio i soli soggetti effettivamente appartenenti alla Chiesa cattolica all’epoca delle nozze, esonerando dall’osservanza del precetto in questione coloro che, pur battezzati o accolti nella menzionata comunità, ne fossero poi usciti separandosene con atto formale. Ed il Pontificio Consiglio per i testi legislativi nella Lettera circolare *Actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica* del 13 marzo 2006 aveva stabilito le modalità con cui deve essere compiuto tale atto di separazione dalla Chiesa cattolica<sup>9</sup>.

Con il *motu proprio* “*Omnium in mentem*” del 26 ottobre 2009 il Pontefice ha tuttavia ritenuto opportuno modificare il disposto normativo ori-

---

<sup>9</sup> Nella menzionata Lettera (Prot. N. 10279/2006) si legge: “1. *L’abbandono della Chiesa cattolica perché possa essere validamente configurato come un vero actus formalis defectionis ab Ecclesia, anche agli effetti delle eccezioni previste nei predetti canoni, deve concretizzarsi nella: a) decisione interna di uscire dalla Chiesa cattolica; b) attuazione e manifestazione esterna di questa decisione; c) recezione da parte dell’autorità ecclesiastica competente di tale decisione.* 2. *Il contenuto dell’atto di volontà deve essere la rottura di quei vincoli di comunione – fede, sacramenti, governo pastorale – che permettono ai fedeli di ricevere la vita di grazia all’interno della Chiesa. Ciò significa che un tale atto formale di defezione non ha soltanto un carattere giuridico-amministrativo (l’uscire dalla Chiesa nel senso anagrafico con le rispettive conseguenze civili), ma si configura come una vera separazione dagli elementi costitutivi della vita della Chiesa: suppone quindi un atto di apostasia, eresia o scisma.* 3. *L’atto giuridico-amministrativo dell’abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto formale di defezione nel senso inteso dal CIC, giacché potrebbe rimanere la volontà di perseverare nella comunione della fede. D’altra parte l’eresia formale o (ancor meno) materiale, lo scisma e l’apostasia non costituiscono da soli un atto formale di defezione, se non sono concretizzati esternamente e se non sono manifestati nel modo dovuto all’autorità ecclesiastica.* 4. *Deve trattarsi, pertanto, di un atto giuridico valido posto da persona canonicamente abile e in conformità alla normativa canonica che lo regola (cfr. cann. 124-126). Tale atto dovrà essere emesso in modo personale, cosciente e libero.* 5. *Si richiede, inoltre, che l’atto venga manifestato dall’interessato in forma scritta, davanti alla competente autorità della Chiesa cattolica: Ordinario o parroco proprio, al quale unicamente compete giudicare l’esistenza o meno nell’atto di volontà del contenuto espresso al n. 2. Di conseguenza, soltanto la coincidenza dei due elementi – il profilo teologico dell’atto interiore e la sua manifestazione nel modo così definito – costituisce l’actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica, con le relative sanzioni canoniche (cfr. can. 1364, § 1).* 6. *In questi casi, la stessa autorità ecclesiastica competente provvederà perché nel libro dei battezzati (cfr. can. 535, § 2) venga fatta l’annotazione con la dicitura esplicita di avvenuta “defectio ab Ecclesia catholica actu formalis”.* 7. *Rimane, comunque, chiaro che il legame sacramentale di appartenenza al Corpo di Cristo che è la Chiesa, dato dal carattere battesimale, è un legame ontologico permanente e non viene meno a motivo di nessun atto o fatto di defezione”. In dottrina, sui requisiti dell’atto di defezione, VELASIO DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula “actu formalis ab Ecclesia catholica deficere”*, in *Periodica*, vol. LXXXIV, 1995, n. 4, pp. 579-608; PRIAMO ETZI, *Considerazioni sull’«actus formalis defectionis» di cui nei cann. 1086 § 1, 1117 e 1124 del C.I.C.*, nel vol. JOAN CARRERAS (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, cit., pp. 215-250; PEDRO LOPEZ GALLO, *Defezione formale dalla Chiesa Cattolica*, in *Monitor eccl.*, vol. CXXXIII, 1998, n. 3, pp. 621-643; FEDERICO MARTI, *Quali novità riguardo all’atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui ai cc. 1117, 1086 § 1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006*, in *Ius Ecclesiae*, vol. XIX, 2007, n. 1, pp. 247-268.*

ginariamente contenuto nel can. 1117 eliminando l'espressione "*e non separata dalla medesima con atto formale*" che valeva ad esentare dall'obbligo della forma matrimoniale canonica i soggetti che, pur avendo fatto parte della Chiesa cattolica, se ne fossero formalmente separati, risultando pertanto non più appartenenti ad essa al momento della celebrazione nuziale<sup>10</sup>. La nuova formulazione del canone di cui trattasi prevede dunque che la forma canonica del matrimonio "*... deve essere osservata se almeno una delle parti contraenti il matrimonio è battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta, salve le disposizioni del can. 1127, § 2*". In forza dell'intervenuto mutamento legislativo, ora rimangono tenuti all'osservanza della disciplina in questione anche i soggetti non più appartenenti alla Chiesa cattolica. In altri termini, la normativa canonica continua ad applicarsi anche a carico di soggetti che non sono più qualificabili come cattolici a seguito dell'operata defezione dalla fede cattolica e conseguente cessata appartenenza alla relativa comunità. Le ragioni che nel richiamato provvedimento pontificio vengono addotte a giustificazione dell'introdotta mutamento legislativo riguardano le possibili difficoltà di accertamento dell'esistenza dell'atto formale di separazione dalla Chiesa; la constatazione che di fatto

---

<sup>10</sup> Accanto alla modifica ricordata ed a quelle di analogo tenore di cui si dirà, riguardanti i canoni 1086, § 1, e 1124 relativi all'impedimento di *disparitas cultus* ed alla celebrazione dei matrimoni misti, il provvedimento di cui trattasi ha anche mutato il testo del can. 1008 ed aggiunto un ulteriore paragrafo ai due originari del can. 1009. Nella Nota esplicativa *Il «Motu proprio» "Omnium in mentem"*. Le ragioni di due modifiche il Pontificio Consiglio per i testi legislativi chiarisce in questi termini le ragioni alla base delle innovazioni legislative concernenti i ministri sacri: "*Nell'espone "gli effetti del Sacramento dell'Ordine", la prima edizione del Catechismo della Chiesa Cattolica*" affermava che: "*Per ordinationem recipitur capacitas agendi tamquam Christi legatus, Capitis Ecclesiae, in eius triplici munere sacerdotis, prophetae et regis*" (secondo periodo del n. 1581). *Successivamente, però, per evitare di estendere al grado del Diaconato la facoltà di "agere in persona Christi Capitis", che è riservata soltanto ai Vescovi ed ai Presbiteri, la Congregazione per la Dottrina della Fede ritenne necessario modificare, nell'edizione tipica, la redazione di questo n. 1582 nel modo seguente: "Ab eo (= Christo) Episcopi et presbiteri missionem et facultatem agendi in persona Christi Capitis accipiunt, diaconi vero vim populo Dei serviendi in "diaconia" liturgiae, verbi et caritatis". Il 9 ottobre 1998, il Servo di Dio Giovanni Paolo II approvò questa modifica e dispose che ad essa si adeguassero anche i canoni del Codice di Diritto Canonico*". In ossequio a tali esigenze il nuovo testo del can. 1008, con indistinto riferimento ai tre gradi dell'ordine sacro, "*non affermerà più che il sacramento conferisce la facoltà di agire nella persona di Cristo, ma si limiterà ad affermare, in maniera più generica, che chi riceve l'Ordine Sacro è destinato a servire il popolo di Dio per un nuovo e peculiare titolo*", mentre "*la distinzione che a questo riguardo esiste fra i tre gradi del sacramento dell'Ordine viene adesso ripresa nel can. 1009 CIC con l'aggiunta di un terzo paragrafo nel quale viene precisato che il ministro costituito nell'Ordine dell'Episcopato o del Presbiterato riceve la missione e la facoltà di agire in persona di Cristo Capo, mentre i Diaconi ricevono l'abilitazione a servire il Popolo di Dio nella diaconia della liturgia, della Parola e della Carità*" (*Ibidem*). In definitiva, con le introdotte innovazioni, secondo quanto specifica lo stesso provvedimento di cui trattasi, "*si conferma l'essenziale distinzione tra il sacerdozio comune dei fedeli ed il sacerdozio ministeriale e, nello stesso tempo, si evidenzia la differenza tra episcopato, presbiterato e diaconato*".

la non obbligatorietà della forma canonica per i soggetti non più cattolici aveva favorito l'abbandono della Chiesa nelle situazioni in cui in sede civile esistevano discriminazioni per motivi religiosi; il desiderio di favorire il ritorno alla Chiesa cattolica di quei battezzati che, a seguito del fallimento del matrimonio validamente celebrato in forma civile dopo la defezione, aspirino a contrarre un nuovo matrimonio canonico<sup>11</sup>; il rilievo che, in virtù della non obbligatorietà della forma canonica, i matrimoni fra soggetti non più appartenenti alla Chiesa cattolica finivano in pratica per poter essere celebrati in maniera clandestina<sup>12</sup>.

Accanto alla modifica del can. 1117 il *motu proprio* "Omnium in men-

---

<sup>11</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, pp. 1-2, parla di "desiderio di favorire la piena integrazione di coloro che, avendo defezionato, contraevano matrimonio civile e, tornati nella Chiesa cattolica dopo il fallimento dell'unione coniugale, intendevano celebrare nuove nozze ma non potevano farlo, essendo il matrimonio contratto post defectionem a norma dell'originario can. 1117 a tutti gli effetti valido" ed al riguardo osserva, *sub* nota 3, che "questa motivazione non è stata esente da critiche; è stato notato che per risolvere situazioni matrimoniali irregolari si è voluto ampliare l'estensione invalidante di una norma di diritto ecclesiastico con l'imporre l'obbligo della forma canonica anche a coloro che, avendo defezionato, certamente non avrebbero celebrato le nozze *coram ecclesia* e dunque coartando in maniera sostanziale lo *ius connubii* di questi fedeli, che invece l'esenzione prevista dall'originario can. 1117 tutelava" (*Ibidem*, *sub* nota 3).

<sup>12</sup> Si legge nel provvedimento in questione che l'originaria previsione legislativa che esentava dal rispetto della forma canonica di matrimonio – oltre che, come si vedrà, dalla dispensa dall'impedimento di disparità di culto (can. 1086) e dalla licenza per i matrimoni misti (can. 1124) – i soggetti che si fossero separati dalla Chiesa cattolica con atto formale, con eccezione rispetto alla norma generale contenuta nel can. 11, trovava la sua giustificazione nello "scopo di evitare che i matrimoni contratti da quei fedeli fossero nulli per difetto di forma, oppure per impedimento di disparità di culto. Tuttavia, l'esperienza di questi anni ha mostrato, al contrario, che questa nuova legge ha generato non pochi problemi pastorali. Anzitutto è apparsa difficile la determinazione e la configurazione pratica, nei casi singoli, di questo atto formale di separazione dalla Chiesa, sia quanto alla sua sostanza teologica sia quanto allo stesso aspetto canonico. Inoltre sono sorte molte difficoltà tanto nell'azione pastorale quanto nella prassi dei tribunali. Infatti si osservava che dalla nuova legge sembravano nascere, almeno indirettamente, una certa facilità o, per così dire, un incentivo all'apostasia in quei luoghi ove i fedeli cattolici sono in numero esiguo, oppure dove vigono leggi matrimoniali ingiuste, che stabiliscono discriminazioni fra i cittadini per motivi religiosi; inoltre essa rendeva difficile il ritorno di quei battezzati che desideravano vivamente di contrarre un nuovo matrimonio canonico, dopo il fallimento del precedente; infine, omettendo altro, moltissimi di questi matrimoni diventavano di fatto per la Chiesa matrimoni cosiddetti clandestini. Tutto ciò considerato, e valutati accuratamente i pareri sia dei Padri della Congregazione per la Dottrina della Fede e del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, sia anche delle Conferenze Episcopali che sono state consultate circa l'utilità pastorale di conservare oppure di abrogare questa eccezione alla norma generale del can. 11, è apparso necessario abolire questa regola...". In aggiunta a quanto sopra, il Pontificio Consiglio per i testi legislativi, nella Nota esplicativa *Il «Motu proprio» "Omnium in mentem"*. Le ragioni di due modifiche, precisa che la problematica relativa alla soppressione dell'inciso facente riferimento alla defezione dalla Chiesa cattolica con atto formale all'interno della disciplina del matrimonio era stata anche "messa in collegamento con una questione del tutto diversa, che richiedeva però opportuno chiarimento, e riguardava esclusivamente alcuni Paesi centro-europei; si trattava dell'efficacia ecclesiale dell'eventuale dichiarazione fatta da un cattolico davanti al funzionario civile delle tasse di non appartenere alla Chiesa cattolica e, in conseguenza, di non essere tenuto a versare la cosiddetta tassa per il culto".

tem”, come sopra accennato, è intervenuto, in analoga maniera, sul testo di altre norme in materia matrimoniale. Si tratta in particolare dei canoni che prevedevano l’operatività dell’impedimento di disparità di culto (can. 1086, § 1) e l’applicabilità della disciplina dei matrimoni misti (can. 1124). L’intervenuta soppressione anche nelle menzionate disposizioni della clausola concernente la defezione dalla fede con atto formale ha l’effetto di rendere ora necessaria la dispensa da *disparitas cultus* nell’ipotesi di matrimonio del nubente non più cattolico con un non battezzato<sup>13</sup>, ed indispensabile la licenza per le nozze tra un soggetto che ha cessato di appartenere alla Chiesa cattolica ed altro individuo ascritto ad altra Chiesa cristiana<sup>14</sup>.

In definitiva, a seguito delle innovazioni introdotte nel 2009 al fine dell’applicabilità della disciplina canonica in materia matrimoniale, in ragione delle ricordate esigenze pastorali, rispetto al dato dell’effettiva appartenenza alla Chiesa cattolica finisce per prevalere la situazione pregressa della ricezione del battesimo o dell’avvenuto accoglimento nella Chiesa cattolica, restando irrilevante la sopravvenuta defezione dalla fede pur compiuta nelle dovute forme. In altri termini, colui che è stato cattolico continua ad essere

---

<sup>13</sup> Nella formulazione originaria, per l’operatività dell’impedimento il can. 1086, § 1, richiedeva che il soggetto accolto nella Chiesa cattolica non si fosse poi separato dalla medesima con atto formale (“È invalido il matrimonio tra due persone, di cui una sia battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta e non separata dalla medesima con atto formale...”). In forza del *motu proprio* “*Omnium in mentem*” è stata eliminata l’espressione “e non separata dalla medesima con atto formale”, con il risultato che ora l’impedimento permane anche a carico dei soggetti che non siano più cattolici al momento della celebrazione del matrimonio. Si tengano al riguardo presenti le indicazioni emanate in data 29 aprile 2005 dalla Presidenza della Conferenza episcopale italiana su “*I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*”.

<sup>14</sup> Il testo originario del can. 1124 presupponeva, per l’applicazione della disciplina dei matrimoni misti, che il soggetto accolto nella Chiesa cattolica non si fosse poi separato dalla medesima con atto formale (“*Il matrimonio fra due persone battezzate, delle quali una sia battezzata nella Chiesa cattolica o in essa accolta dopo il battesimo e non separata dalla medesima con atto formale...*”). Anche per tale disposizione il *motu proprio* “*Omnium in mentem*” ha disposto la soppressione delle parole “e non separata dalla medesima con atto formale”, con la conseguenza che ora la disciplina in questione si applica anche ai soggetti che abbiano cessato di far parte della Chiesa cattolica. In materia la Conferenza episcopale italiana, per parte cattolica, e l’Unione delle Chiese valdesi e metodiste il 16 giugno 1997 hanno sottoscritto il “*Testo comune per un indirizzo pastorale dei matrimoni tra cattolici e valdesi o metodisti in Italia*”, nel quale sono contenute indicazioni per la celebrazione dei matrimoni misti secondo i rispettivi ordinamenti. In attuazione di tale documento e per l’applicazione dello stesso è stato poi di comune accordo emanato in data 25 agosto 2000 il “*Testo applicativo del Testo comune per un indirizzo pastorale dei matrimoni tra cattolici e valdesi o metodisti*”. In data 30 giugno 2009 la Conferenza episcopale italiana e l’Unione Cristiana Evangelica Battista d’Italia hanno sottoscritto il “*Documento comune per un indirizzo pastorale dei matrimoni tra cattolici e battisti in Italia*”. Il 23 febbraio 2010 la CEI ha emanato il “*Vademecum per la pastorale delle parrocchie cattoliche verso gli orientali non cattolici*”, contenente prescrizioni anche relativamente al matrimonio tra una parte cattolica ed una orientale non cattolica (nn. 31-47). Il testo dei menzionati documenti è reperibile nel sito internet della Conferenza episcopale italiana ([www.chiesacattolica.it](http://www.chiesacattolica.it)).

soggetto alla normativa canonica in tema di matrimonio anche dopo che sia cessata la sua appartenenza alla Chiesa cattolica.

### 3. La celebrazione del matrimonio nelle Chiese orientali

Nella tradizione orientale l'atto nuziale presenta caratteristiche diverse rispetto alla concezione affermatasi nella realtà occidentale. Mentre nella Chiesa latina il matrimonio è qualificato come contratto, la cui origine discende dalla manifestazione di volontà dei nubendi, che diventano pertanto ministri del sacramento, *“in Oriente il matrimonio è considerato in primo luogo come un'azione del ministro sacro, il quale conferisce il sacramento”*<sup>15</sup>. È stato al riguardo precisato che *“anche il sacerdote orientale assiste al matrimonio per chiedere la manifestazione del consenso degli sposi e per riceverla in nome della Chiesa. La sua funzione non si esaurisce qui; non solo assiste, ma benedice il matrimonio. È proprio il sacerdote che celebra il matrimonio; benedire il matrimonio significa fungere da vero ministro del sacramento, in virtù*

---

<sup>15</sup> ANDREJ SAJE, *op. cit.*, p. 931. L'autore precisa che *“nella Chiesa bizantina fino all'VIII secolo il matrimonio poteva essere celebrato sia attraverso il rito liturgico, proveniente dalle antiche chiese d'Oriente, sia nella forma di contratto scritto. Il matrimonio poté essere concluso con il solo consenso fino a quando l'imperatore Leone VI (866-912) nell'anno 895 con la Novella 89 prescrisse come unica forma matrimoniale per la validità civile, la conclusione delle nozze con la benedizione sacerdotale. Dall'uso dell'espressione «confirmari» nella Novella 89 risulta, a prima vista, che si tratta della necessaria conferma di un atto giuridico già esistente, nato con lo scambio del consenso; presso gli studiosi prevale, invece, l'opinione che la benedizione sacerdotale si debba intendere come atto costitutivo ed indispensabile per un matrimonio valido. I provvedimenti degli imperatori, che stabilivano per la validità civile del matrimonio la necessità di un rito sacro compiuto da un sacerdote, ebbero conseguenze giuridiche importanti. A partire da questo periodo nella Chiesa bizantina, con alcune eccezioni in Grecia e in Russia, il sacerdote o il vescovo vennero considerati ministri del sacramento... In realtà, i provvedimenti degli imperatori non parlano espressamente della persona che conferisce il sacramento, ma si limitano semplicemente a prescrivere la benedizione come la sola forma da seguire per una valida celebrazione del matrimonio. Dalla Novella 89 risulta che la benedizione è da considerarsi come elemento costitutivo, accanto al consenso, e non solo come una prova. A partire dal XII secolo venne pian piano a prendere forma il concetto, presso i teologi greci, che il sacramento del matrimonio consiste nella benedizione nuziale e che è il sacerdote il ministro del sacramento... Nelle Chiese Ortodosse, a partire dalla fine del XIX secolo prevalse la dottrina comune che lo scambio dei consensi è condizione necessaria perché il matrimonio si costituisca e la benedizione sacerdotale è elemento costitutivo del matrimonio come sacramento”* (Ibidem, pp. 931-933). Analoga ricostruzione storica è dato rinvenire in JOSEPH PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio*, cit., pp. 286-287, il quale tuttavia, nonostante la ritenuta essenzialità del rito sacro, giunge poi ad affermare che *“il rito sacro non è però da considerarsi come forma sacramentale del matrimonio, essendo gli sposi i ministri del sacramento anche nella disciplina orientale canonica, nella quale è pure ammesso l'istituto del matrimonio coram solis testibus (can. 832 CCEO), della convalidazione semplice senza rinnovazione del consenso (can. 845 § 2 CCEO) e della sanazione in radice (can. 848 § 1 CCEO). Se si legge nel Catechismo della Chiesa Cattolica, al n. 1623, che «nelle Liturgie orientali, il ministro del sacramento è il presbitero o il vescovo», ciò è ovviamente riferito soltanto alle Chiese orientali non cattoliche”* (Ibidem, p. 290).

della sua potestà di santificazione sacramentale ricevuta nell'ordinazione sacra. Anche il sacramento del matrimonio comprende la sua propria epiclesi, ossia l'invocazione dello Spirito Santo da parte del sacerdote sugli sposi battezzati, – i quali costituiscono il patto matrimoniale mediante lo scambio dell'irrevocabile consenso personale –, affinché siano uniti da Dio a immagine dell'unione nuziale indefettibile di Cristo con la Chiesa e siano consacrati l'uno all'altro dalla grazia sacramentale (cf. CCEO, c. 772, § 2). La benedizione nuziale è centrale, dunque, nella celebrazione del matrimonio, fa parte essenziale della forma giuridica del matrimonio... È vero che l'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti, cioè l'atto di volontà con cui un uomo e una donna, con patto irrevocabile, si danno e si accettano reciprocamente per costituire il matrimonio (CCEO, c. 817, § 1; CIC, c. 1057), ma nella teologia orientale non è l'atto umano del consenso legittimamente manifestato dalle parti che opera il prodigio sacramentale; il consenso è la condizione essenziale affinché sia operato il prodigio, ma chi lo opera è lo Spirito Santo mediante il ministero epicletico sacramentale del sacerdote...<sup>16</sup>. Ne consegue che nella tradizione orientale del matrimonio, ferma restando l'essenzialità del consenso che viene espresso nel rispetto della forma giuridica di celebrazione, risulta altresì necessaria la celebrazione liturgica con la benedizione impartita dal sacer-

---

<sup>16</sup> DIMITRIOS SALACHAS, *Problematiche interrituali nei due Codici orientale e latino*, cit., pp. 685-686. In maniera analoga si esprime JOSEPH PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio*, cit., p. 286, secondo cui “nella disciplina orientale, il «rito sacro» che consiste nella benedizione nuziale, riservata al sacerdote, è richiesto per la validità del matrimonio. Questa disposizione generale del can. 828 CCEO si fonda nella millenaria tradizione delle Chiese orientali...”. Il medesimo autore opera tuttavia una distinzione, specificando che “secondo la dottrina delle Chiese orientali non cattoliche il ministro del matrimonio sacramento (inteso nel significato originario del *mysterion* che unisce Cristo e la Chiesa, di cui in Ef 5,21-33) è il sacerdote. Il sacramento come azione di Cristo e della Chiesa può avverarsi soltanto attraverso il sacerdote (presbitero o vescovo) che compie il rito nuziale. Perché si costituisca il matrimonio sacramentale è necessaria la presenza della Chiesa mediante il sacerdote... Secondo la disciplina ortodossa, la benedizione sacerdotale è elemento costitutivo del matrimonio sacramento e lo scambio del consenso degli sposi è condizione necessaria perché il matrimonio si costituisca. Perciò, secondo tale dottrina delle Chiese ortodosse, è possibile configurare l'esistenza distinta di un matrimonio naturalmente valido e di un matrimonio sacramento... Secondo la dottrina della Chiesa cattolica sono gli sposi battezzati i ministri del sacramento... La celebrazione liturgica, di cui al can. 1119 CIC, non è richiesta per la validità e neanche per la liceità della celebrazione del matrimonio. Pertanto, la forma di celebrazione del matrimonio è rimasta una forma puramente giuridica. La forma liturgica non è obbligatoria... Nelle Chiese cattoliche orientali, la celebrazione liturgica è richiesta per la validità della forma ordinaria. Quindi, il rito sacro è elemento essenziale della forma ordinaria, non elemento costitutivo del matrimonio sacramento, che è il consenso delle parti. Tuttavia nella celebrazione ordinaria, il matrimonio dei cattolici orientali non diventa sacramento automaticamente attraverso il solo consenso degli sposi, indipendentemente dalla benedizione del sacerdote. La forma orientale di celebrazione del matrimonio non è soltanto una forma giuridica, ma è richiesta anche la forma liturgica «ad validitatem» della celebrazione ordinaria. Nel rito sacro si esprime che i coniugi «in virtù del sacramento sono uniti da Dio ad immagine dell'unione indefettibile di Cristo con la Chiesa» (can. 776 § 2 CCEO)...” (*Ibidem*, pp. 286-290).



dote<sup>17</sup>. Ed infatti, sebbene il can 837, § 1, del CCEO postuli per la validità del matrimonio la manifestazione del consenso da parte dei nubendi<sup>18</sup>, il precedente can. 828 al § 1 prescrive che “*ea tantum matrimonia valida sunt, quae celebrantur ritu sacro coram Hierarcha loci vel parrocho loci vel sacerdote, cui ab alterutro collata est facultas matrimonium benedicendi, et duobus saltem testibus...*”, precisando poi al paragrafo successivo che il rito si intende sacro per il fatto stesso dell'intervento del sacerdote che assiste e benedice le nozze. Se dunque nella Chiesa latina il ruolo del chierico nella celebrazione delle nozze si rivela complementare e non essenziale, nella legislazione delle Chiese orientali risulta imprescindibile la presenza del ministro sacro, almeno per quanto riguarda la forma di celebrazione ordinaria<sup>19</sup>.

È competente ad assistere e benedire le nozze il gerarca o il parroco del luogo “*capta possessione canonica officii, dum legitime officio funguntur, intra fines sui territorii*”, relativamente al matrimonio sia dei propri sudditi sia dei non sudditi, purché in quest'ultima ipotesi almeno una delle parti appartenga alla Chiesa propria di detto ministro (can. 829, § 1, CCEO). Nel caso di giurisdizione di natura personale, il gerarca ed il parroco all'interno della propria giurisdizione possono benedire validamente solo le nozze nelle quali almeno una parte sia loro suddita (§ 2), mentre il patriarca ha la facoltà di benedire senza limiti di natura territoriale i matrimoni in cui almeno una parte sia ascritta alla Chiesa che egli presiede (§ 3).

Si contempla la possibilità di delega della facoltà di assistere ad un deter-

---

<sup>17</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 18, chiarisce che “*dal punto di vista teologico, la necessità della benedizione, di natura epicletica, è legata all'analogia tra sacramento del matrimonio e sacramento dell'Eucarestia e al rapporto tra quest'ultimo sacramento e colui che solo ne è il ministro, il Vescovo o il presbitero (can. 699 § 1 CCEO), abilitati ad agire in persona Christi in virtù della potestà d'ordine sacerdotale*”.

<sup>18</sup> Il can. 837, § 1, CCEO dispone: “*Ad matrimonium valide celebrandum necesse est, ut partes sint praesentes una simul et consensum matrimoniale mutuo expriment*”.

<sup>19</sup> Il can. 832, § 1, CCEO, analogamente a quanto previsto nella Chiesa latina, consente la valida e lecita celebrazione del matrimonio *coram solis testibus* in caso di pericolo di morte dei nubendi o nell'ipotesi in cui ragionevolmente si preveda di non poter avere la presenza del sacerdote per almeno un mese. Il paragrafo successivo prescrive tuttavia che “*in utroque casu, si praesto est alius sacerdos, ille, si fieri potest, vocatur, ut matrimonium benedicat salva matrimonii validitate coram solis testibus; eisdem in casibus etiam sacerdos acherolicus vocari potest*”. Ed inoltre, “*si matrimonium celebratum est coram solis testibus, coniuges a sacerdote quam primum benedictionem matrimonii suscipere ne neglegant*” (§ 3). È altresì consentita la celebrazione delle nozze in forma segreta, che va autorizzata dal gerarca del luogo ed analogamente a quanto previsto nella legislazione latina presuppone la presenza di un motivo grave ed urgente, prevede di regola la registrazione del matrimonio nel libro conservato nell'archivio segreto della curia eparchiale anziché nei libri parrocchiali, comporta l'obbligo di mantenere il segreto a carico di tutti i soggetti intervenuti “*ex parte Hierarchae loci, parochi, sacerdotis facultatem matrimonium benedicendi praediti, testium et alterius coniugis, altero non consentiente*”, sebbene l'impegno alla mancata divulgazione cessi per il gerarca “*si grave scandalum aut gravis erga matrimonii sanctitatem iniuria ex secreti observantia imminet*” (can. 840 CCEO).

minato matrimonio, da parte del gerarca o del parroco del luogo ed entro i confini del proprio territorio, a favore di sacerdoti appartenenti a qualsiasi Chiesa *sui iuris*, ed “*etiam Ecclesiae latinae*” (can. 830, § 1, CCEO). La concessione di delega generale compete invece al solo gerarca del luogo (§ 2)<sup>20</sup>. Perché sia valido il conferimento della facoltà di benedire i matrimoni deve essere effettuato a favore di un sacerdote determinato, e per iscritto se tratta di delega generale (§ 3). La facoltà in questione può essere delegata dal gerarca del luogo anche ad un sacerdote cattolico, se si tratta di assistere al matrimonio di acattolici orientali impossibilitati ad avere “*sine gravi incommodo*” la presenza del sacerdote della propria Chiesa, a condizione che l’intervento di detto sacerdote sia liberamente richiesto dai nubendi e nulla osti alla valida e lecita celebrazione delle nozze (can. 833, § 1). In simile ipotesi il sacerdote cattolico prima del matrimonio è tenuto a portare a conoscenza della cosa, ove possibile, l’autorità ecclesiastica da cui dipendono i soggetti interessati (§ 2).

Si deve osservare la forma canonica di celebrazione sopra descritta se almeno uno dei nubendi è stato battezzato nella Chiesa cattolica o è stato in essa accolto (can. 834, § 1, CCEO). Il precetto costituisce applicazione della regola generale secondo cui il matrimonio in cui almeno una parte sia cattolica è comunque retto dalle norme canoniche<sup>21</sup>. Nel matrimonio tra un orientale cattolico ed un orientale acattolico la forma di celebrazione invece deve essere rispettata soltanto “*ad liceitatem*”, richiedendosi in tal caso per la validità delle nozze la benedizione impartita dal sacerdote (can. 834, § 2, CCEO), in applicazione del principio secondo cui in presenza di una parte orientale acattolica per la valida celebrazione delle nozze è sempre necessario il rito sacro, e dunque la benedizione da parte del sacerdote<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Al riguardo la disposizione fa salvo il disposto di cui al can. 302, § 2, secondo cui “*ratione autem officii vicarius paroecialis facultate matrimonia benedicendi praeditus non est; hanc tamen facultatem, etiam generalem, ei conferre potest praeter Hierarcham loci etiam paroebus intra fines paroeciae; quam facultatem, si ipsi collata est, vicarius paroecialis aliis quoque sacerdotibus singulis in casibus conferre potest*”.

<sup>21</sup> Il can. 780 CCEO dispone: “§ 1. *Matrimonium catholicorum, etsi una tantum pars est catholica, regitur iure non solum divino, sed etiam canonico salva competentia auctoritatis civilis circa effectus mere civiles matrimonii.* § 2. *Matrimonium inter partem catholicam et partem baptizatam acatholicam salvo iure divino regitur etiam: 1° iure proprio Ecclesiae vel Communitatis ecclesialis, ad quam pars acatholica pertinet, si haec Communitas ius matrimoniale proprium habet; 2° iure, quo pars acatholica tenetur, si Communitas ecclesialis, ad quem pertinet, iure matrimoniali proprio caret*”.

<sup>22</sup> In proposito il can. 781 prescrive: “*Si quando Ecclesia iudicare debet de validitate matrimonii acatholicorum baptizatorum: ... 2° quod attinet ad formam celebrationi matrimonii, Ecclesia agnoscit quamlibet formam iure praescriptam vel admissam, cui partes tempore celebrationi matrimonii subiectae erant, dummodo consensus expressus sit firma publica et, si una saltem pars est christifidelis alicuius Ecclesiae orientali acatholicae, matrimonium ritu sacro celebratum sit*”.

È peraltro richiesta la licenza del gerarca del luogo affinché il sacerdote possa benedire il matrimonio di chi ha abbandonato pubblicamente la fede cattolica, sebbene non sia poi passato ad una chiesa o comunità ecclesiale acattolica, e detta licenza può essere concessa solo con l'osservanza delle cautele richieste per l'ammissione ai matrimoni misti (can. 789, n. 6, CCEO).

La dispensa dall'obbligo della forma di celebrazione è riservata alla Sede Apostolica o al patriarca, "*qui eam ne concedat nisi gravissima de causa*" (can. 835 CCEO).

Con evidente riferimento ai matrimoni interconfessionali, il codice proibisce che, prima della celebrazione delle nozze secondo le prescrizioni canoniche o successivamente alla stessa, si possa procedere ad altra celebrazione di natura religiosa per la prestazione o rinnovazione del consenso matrimoniale<sup>23</sup>, e vieta altresì una celebrazione con la simultanea presenza di sacerdote cattolico e di ministro acattolico che richiedano entrambi ai nubendi di esprimere il consenso (can. 839 CCEO)<sup>24</sup>.

Norme specifiche stabiliscono infine le condizioni per la liceità della celebrazione sotto il profilo della competenza territoriale e personale (can. 831 CCEO), tempi e luoghi in cui sono consentite le nozze (can. 838 CCEO), il necessario rispetto delle prescrizioni liturgiche e delle legittime consuetudini in materia (can. 836 CCEO).

---

<sup>23</sup> DIMITRIOS SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel Nuovo Diritto Canonico delle Chiese orientali*, cit., p. 229, afferma in proposito che "la norma del can. 839 si oppone a una forma di celebrazione che potrebbe nuocere a un sano ecumenismo piuttosto che incoraggiarlo o che potrebbe anche condurre a una confusione dottrinale. Si proibisce la celebrazione simultanea secondo due diversi riti, o una celebrazione non cattolica che precederebbe o seguirebbe quella cattolica, se il consenso matrimoniale deve esservi espresso o rinnovato. In effetti, se la Chiesa considera come valido lo scambio del consenso degli sposi con l'intervento del sacerdote cattolico che assiste e benedice il matrimonio, un altro scambio, precedente o seguente, equivarrebbe a compiere un altro matrimonio; ora il matrimonio avviene in un solo atto, con un solo rito sacro".

<sup>24</sup> DIMITRIOS SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel Nuovo Diritto Canonico delle Chiese orientali*, cit., p. 231, ritiene che il divieto della celebrazione con simultanea presenza di sacerdote cattolico e sacerdote non cattolico sia stabilito "per salvaguardare l'unità e la santità del sacramento del matrimonio", precisando che "la norma del can. 839 non vieta la partecipazione del sacerdote o del ministro della parte non cattolica durante la celebrazione del rito sacro in cui il sacerdote cattolico chiede lo scambio del consenso delle parti. In questo caso il sacerdote o il ministro non cattolico potrebbe recitare delle preghiere appropriate o leggere le sacre scritture. Parimenti il canone non vieta la partecipazione del sacerdote cattolico nella celebrazione del matrimonio di una parte cattolica con una parte battezzata non cattolica nella Chiesa ortodossa, qualora fosse concessa la licenza del Gerarca del luogo per la non osservanza della forma canonica, oppure in una Chiesa o Comunità ecclesiale protestante qualora fosse concessa dalla Sede Apostolica o dal Patriarca la dispensa dalla forma canonica. In questo caso il ministro non cattolico riceve lo scambio del consenso, mentre il sacerdote cattolico, se invitato dal celebrante non cattolico, potrebbe recitare delle preghiere appropriate, fare una breve omelia e dare una benedizione agli sposi".

#### 4. *Le modifiche introdotte con il motu proprio “De concordia inter Codices”*

Le differenze esistenti fra il Codice della Chiesa latina e quello per le Chiese orientali nella materia sacramentale<sup>25</sup>, residue pur dopo il *motu proprio* “*Omnia in mentem*”<sup>26</sup>, hanno indotto Papa Francesco ad un intervento ulteriore, realizzato con la lettera apostolica “*De concordia inter Codices*”, emanata in forma di *motu proprio* in data 31 maggio 2016, divulgata il 15 settembre successivo mediante il Bollettino della Sala Stampa Vaticana e promulgata, per volontà del Pontefice, tramite pubblicazione ne *L'Osservatore Romano* del 16 settembre 2016<sup>27</sup>.

L'opera di armonizzazione delle legislazioni, realizzata attraverso la modifica di dieci canoni del codice per la Chiesa latina cercando nel contempo di salvaguardare le peculiarità delle due legislazioni<sup>28</sup>, risponde alla finalità di “*agevolare la cura pastorale dei fedeli soprattutto nei cosiddetti “luoghi della diaspora” dove vivono, in ambienti a maggioranza latina, migliaia di fedeli*”

---

<sup>25</sup> JUAN IGNACIO ARRIETA, *All'insegna delle esigenze pastorali poste dalla mobilità umana. Armonizzazione dei due Codici della Chiesa*, in *L'Osservatore Romano*, 16 settembre 2016, anno CLVI, n. 212, p. 5, rilevava in proposito: “*I due testi rispecchiano, com'era doveroso, tradizioni giuridiche differenti anche se, ovviamente, danno risposta uguale alle questioni essenziali riguardanti la fede della Chiesa. Di fatto, centinaia di canoni sono letteralmente uguali e, in termini anche più generali, i lavori del Codice orientale ebbero occasione di usufruire degli studi fatti per il Codice latino che li precedevano nel tempo. Sono rimaste, però, alcune questioni sulle quali i due testi non offrono risposte concordi e situazioni rilevanti che un testo tratta e l'altro no. Il Codice di Diritto Canonico, per esempio, non ebbe occasione di beneficiare, almeno in modo compiuto, delle riflessioni che portavano avanti i canoni orientali, principalmente in questioni in cui l'esperienza giuridica orientale risulta significativamente più sensibile e aveva sviluppato criteri condivisibili. Tale è il caso delle problematiche concernenti i rapporti inter-rituali. Mancano infatti nel Codice latino previsioni specifiche riguardanti i rapporti con gli altri fedeli cattolici di rito diverso dal latino. In quegli inizi degli anni Ottanta non s'intravedeva ancora la forte accelerazione che il processo migratorio avrebbe subito nei decenni successivi, interessando molti Paesi di tradizione canonica latina. Proprio tale processo di mobilità umana ha fatto emergere un po' dappertutto, nella quotidiana attività pastorale, i problemi di disparità disciplinare dei due Codici, e la necessità di metterli in concordanza per dare sicurezza e semplificare l'attività dei Pastori*”.

<sup>26</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 2, sottolinea che “*indirettamente l'Omnia in mentem ha operato anche un'armonizzazione tra il Codice latino e quello orientale, considerato che quest'ultimo non prevede le tre occorrenze dell'atto di defezione formale dalla Chiesa cattolica, che costituiva dunque un proprium della legislazione latina*”.

<sup>27</sup> Il testo ufficiale del provvedimento in lingua latina e la traduzione italiana dello stesso sono pubblicati in *L'Osservatore Romano*, 16 settembre 2016, anno CLVI, n. 212, p. 4. Sul percorso preparatorio che ha condotto alla formulazione del provvedimento oggetto di esame, JUAN IGNACIO ARRIETA, *op. cit.*, p. 5; FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>28</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 4, rimarca come nel progetto volto all'armonizzazione delle due normative “*rimaneva fermo il principio per il quale il nuovo Codice dovesse conservare il suo specifico carattere orientale. Dunque uniformità, per quanto possibile, con la normativa latina anch'essa all'epoca in fase di revisione, ma allo stesso tempo rispetto per le peculiarità orientali*”.

*orientali che hanno lasciato la loro terra di origine*<sup>29</sup>. In effetti nello stesso proemio del provvedimento in esame si sottolinea la necessità di una “*sufficiente concordanza*” tra le norme peculiari dei due Codici, in quanto “*le discrepanze inciderebbero negativamente sulla prassi pastorale, specialmente nei casi in cui devono essere regolati rapporti tra soggetti appartenenti rispettivamente alla Chiesa latina e a una Chiesa orientale. Ciò si verifica in modo particolare ai nostri giorni, nei quali la mobilità della popolazione ha determinato la presenza di un notevole numero di fedeli orientali in territori latini. Questa nuova situazione genera molteplici questioni pastorali e giuridiche, le quali richiedono di essere risolte con norme appropriate... L'obiettivo delle norme introdotte con il presente Motu Proprio è quello di raggiungere una disciplina concorde che offra certezza nel modo di agire pastorale nei casi concreti*”. Non viene peraltro trascurata “*l'esigenza di meglio determinare i rapporti con i fedeli appartenenti alle Chiese orientali non cattoliche, ora presenti in numero più rilevante nei territori latini*”.

Un primo ambito su cui opera la riforma in questione riguarda le modalità di ascrizione ad una comunità ecclesiale. Al fine di offrire certezza in merito all'appartenenza di una persona ad una o altra Chiesa, si interviene sulle disposizioni dei cann. 111, 112, 535 e 868 in materia rispettivamente di battesimo e tendenziale appartenenza alla Chiesa cattolica<sup>30</sup>, requisiti per l'ascrizione a Chiesa diversa da quella cattolica<sup>31</sup>, annotazioni da effettuare nel libro dei battezzati<sup>32</sup>, condizioni

---

<sup>29</sup> JUAN IGNACIO ARRIETA, *op. cit.*, p. 5. In maniera analoga, FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 2, fa riferimento all'esigenza di “*assicurare la certezza del diritto, funzionale a un'azione pastorale efficace in vista del bene dei fedeli, tanto più quando è in gioco, come in questo caso, il loro status giuridico*”, precisando poi che la finalità del provvedimento di cui trattasi consiste nel “*procedere a un'opera di armonizzazione normativa, non certo per una positivistica e astratta esigenza di perfezione sistematica, ma per permettere un'adeguata e priva di incertezze cura pastorale dei fedeli coinvolti*” (*Ibidem*, p. 6).

<sup>30</sup> Il nuovo tenore del can. 111 comporta che viene ascritto alla Chiesa cattolica latina il figlio di genitori che appartengono entrambi ad essa ovvero, se un solo genitore è cattolico, qualora entrambi abbiano optato per il battesimo del figlio nella Chiesa latina; in mancanza di accordo prevale l'appartenenza del padre (§ 1). Qualora un solo genitore sia cattolico, il figlio è ascritto alla Chiesa di appartenenza del medesimo (§ 2). Si riconosce al battezzando che abbia compiuto i quattordici anni la facoltà di scegliere in quale Chiesa essere battezzato e dunque essere poi ascritto (§ 3).

<sup>31</sup> Il nuovo testo del can. 112 prevede il possibile passaggio dalla Chiesa latina ad altra Chiesa *sui iuris* per licenza della Sede Apostolica o per dichiarazione di opzione a favore della Chiesa del coniuge. In tali ipotesi il passaggio si estende anche i figli dei diretti interessati che non abbiano raggiunto i quattordici anni (§ 1). Si specifica inoltre che la ricezione di sacramenti secondo il rito di altra Chiesa non comporta di per sé il passaggio alla stessa (§ 2) e che ogni passaggio, da annotare nel libro dei battesimi, salvo diversa disposizione della Santa Sede ha valore dal momento della dichiarazione in tal senso resa dinanzi al competente ufficiale ecclesiastico e due testimoni (§ 3).

<sup>32</sup> Il riformato can. 535, § 2, stabilisce che nel libro dei battezzati si debba ora annotare anche l'ascrizione o il passaggio ad altra Chiesa, oltre alla confermazione e tutto ciò che riguarda lo stato

per l'ammissione al battesimo<sup>33</sup>.

In questa sede interessano tuttavia gli interventi che concernono in maniera specifica le norme relative alla celebrazione del matrimonio.

A tale proposito una prima disposizione interessata da modifica è proprio il canone 1108 sull'obbligatorietà della forma di celebrazione, al quale viene aggiunto un terzo paragrafo secondo cui *“solo il sacerdote assiste validamente al matrimonio tra due parti orientali o tra una parte latina e una parte orientale cattolica o non cattolica”*. La disposizione serve a risolvere una problematica che era sorta in ragione della diversità esistente fra la legislazione latina e quella orientale in merito alla costituzione del vincolo coniugale. Mentre nella normativa latina, come sopra evidenziato, il matrimonio trae origine dal consenso dei nubendi ed il sacerdote ricopre il ruolo di mero assistente, la cui presenza non è in definitiva essenziale, nella tradizione orientale per la validità della celebrazione nuziale oltre alla volontà degli sposi (can. 817, § 2, CCEO) è richiesto anche il *ritus sacer* (can. 828, § 1, CCEO), che implica la benedizione impartita dal sacerdote (can. 828, § 2, CCEO). Ne consegue che nella normativa orientale il ministro riveste una funzione essenziale, e la facoltà di benedire le nozze può essere delegata solo ad un sacerdote, sebbene *“di qualsiasi Chiesa sui iuris, anche della Chiesa latina”* (can. 830, § 1, CCEO), non quindi ad un diacono, soggetto che al contrario per la normativa latina può essere delegato ad assistere al matrimonio. In precedenza dunque si poneva il dilemma se, in virtù delle differenti prescrizioni legislative, anche un diacono potesse essere delegato ad assistere al matrimonio degli orientali<sup>34</sup>. L'introduzione del terzo paragrafo nel can. 1108, contenente la precisazione che solo un sacerdote possa assistere validamente alle nozze con parte orientale, vale a fugare definitivamente i dubbi di cui sopra<sup>35</sup>, con una limitazione del potere di delega dettata dalla necessità

---

canonico del fedele, e tale annotazione, al pari delle altre già prescritte, deve essere riportata nel certificato di battesimo.

<sup>33</sup> All'interno del can. 868 viene introdotto un nuovo paragrafo, in virtù del quale può essere ammesso al battesimo nella Chiesa cattolica il figlio di genitori cristiani non cattolici se vi sia richiesta concorde in tal senso da parte dei medesimi e se agli stessi sia impossibile accedere al proprio ministro (§ 3). Simile situazione va a costituire ipotesi di eccezione rispetto al generale requisito della fondata speranza che il battezzando sarà educato nella religione cattolica (§ 1, n. 2).

<sup>34</sup> Per maggiori ragguagli sulla questione dell'assistenza di un diacono al matrimonio di orientali, FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, pp. 18-24.

<sup>35</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 26, ritiene che *“il nuovo can. 1108 § 3, per le fattispecie ivi recensite, modifica indirettamente anche l'interpretazione del presupposto di fatto che deve verificarsi per applicare la forma straordinaria del matrimonio: l'impossibilità di avere o adire senza grave incomodo l'assistente competente a norma del diritto. D'ora in poi, nel caso di matrimoni che coinvolgono un orientale, il termine “assistente” va inteso riferito al solo sacerdote, come esplicitato nel corrispondente*

di rispettare le esigenze imposte dalla disciplina orientale in tema di forma di celebrazione.

La limitazione introdotta nel can. 1108, che preclude la presenza di diaconi nei matrimoni degli orientali, viene poi ribadita in altre norme che si occupano della delega della facoltà di assistere alle nozze, a favore di sacerdoti e diaconi<sup>36</sup> o a favore di laici<sup>37</sup>.

Ulteriore correzione che deriva dalla precisazione contenuta nell'introdotta terzo paragrafo del can. 1108 si rinviene all'interno del can. 1127 sulla forma di celebrazione dei matrimoni misti, nella parte in cui, relativamente alle nozze tra una parte cattolica ed una non cattolica di rito orientale, per la validità si richiede ora la presenza di un sacerdote, in luogo della previsione precedente che postulava più genericamente l'intervento di un ministro sacro, espressione che di per sé poteva comprendere anche il diacono<sup>38</sup>.

Altra disposizione su cui incide il *motu proprio* in esame è il can. 1109. Nella versione originaria la disposizione era così formulata: “*L'Ordinario del luogo e il parroco, eccetto che con sentenza o decreto siano stati scomunicati o interdetti o sospesi dall'ufficio oppure dichiarati tali, in forza dell'ufficio assistono validamente, entro i confini del proprio territorio, ai matrimoni non solo dei sudditi, ma anche dei non sudditi, purché almeno uno di essi sia di rito latino*”. Nella norma già si faceva riferimento al criterio di appartenenza confessionale, proprio della disciplina delle Chiese orientali nella quale, a partire dal *motu proprio* “*Crebe allatae*”, è richiesta la competenza rituale del sacerdote, o più precisamente l'ascrizione dello stesso alla medesima Chiesa

---

*can. 832 § 1 CCEO. Pertanto la presenza sul territorio di un diacono provvisto di delega generale o di un laico provvisto della facoltà di assistere ai matrimoni a norma del can. 1112 impedirà l'applicazione della forma straordinaria se il matrimonio da celebrarsi riguarda due latini, essendo in questo caso possibile per loro accedere a un assistente competente; ma non la impedirà se il matrimonio coinvolge almeno un orientale; in quest'ultima fattispecie infatti non potendo essere assistente competente né il diacono né il laico si verifica quella situazione di fatto che, se si prevede prudentemente durerà per un mese (can. 1116 § 1, 2°), autorizza la celebrazione in forma straordinaria”.*

<sup>36</sup> Il can. 1111, § 1, presenta ora il seguente testo: “*L'Ordinario del luogo e il parroco, fintanto che esercitano validamente l'ufficio, possono delegare a sacerdoti e diaconi la facoltà anche generale di assistere ai matrimoni entro i confini del proprio territorio, fermo restando quanto disposto dal can. 1108 § 3*”.

<sup>37</sup> L'attuale formulazione del can. 1112, § 1, recita: “*Dove mancano sacerdoti e diaconi, il Vescovo diocesano, previo il voto favorevole della Conferenza Episcopale e ottenuta la licenza dalla Santa Sede, può delegare dei laici perché assistano ai matrimoni, fermo restando quanto disposto dal can. 1108 § 3*”.

<sup>38</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 27, precisa che “*persiste ancora una differenza tra la nuova versione del can. 1127 § 1 e il corrispondente can. 834 § 2 CCEO, nel quale al posto di un “intervento” non meglio specificato del sacerdote si richiede esplicitamente la benedizione sacerdotale. A nostro avviso, il rispetto del diritto dell'acattolico che prescrive il rito sacro per celebrare il matrimonio sacramentale - come riconosciuto nel can. 781 § 2 CCEO e, per la Chiesa latina, nell'art. 4 § 1, 2° DC - porta a concludere che l'intervento di cui al can. 1127 § 1 vada comunque interpretato nel senso della norma orientale*”.

cui appartengono i nubendi, per assistere validamente ai matrimoni dei non sudditi (can. 829, § 2, CCEO)<sup>39</sup>. Si stabilisce tuttavia che, al di fuori del territorio della Chiesa patriarcale, nei luoghi in cui non esiste una gerarchia propria per i fedeli orientali va considerato gerarca di costoro quello di altra Chiesa *sui iuris*, compresa quella latina<sup>40</sup>. In maniera simile, ove manchi per alcuni fedeli il parroco ma sia presente un Vescovo eparchiale, quest'ultimo è tenuto a designare il parroco di altra Chiesa *sui iuris* come incaricato di occuparsi della cura di tali fedeli in qualità di parroco proprio<sup>41</sup> (can. 916, § 4). Nelle descritte situazioni i fedeli orientali, pur non cessando di appartenere alla propria Chiesa<sup>42</sup>, vengono considerati sudditi del gerarca e del parroco individuato o designato appartenenti ad altra Chiesa, i quali pertanto risultano competenti ad assistere ai matrimoni dei predetti fedeli nonostante la diversa appartenenza confessionale. Il can. 1109 del CIC, in ragione della possibilità prevista dalla disciplina orientale già prima del CCEO che un parroco possa assistere validamente alle nozze dei non sudditi, stabiliva appunto la facoltà dell'ordinario e del parroco del luogo di assistere “*ai matrimoni non solo dei sudditi, ma anche dei non sudditi, purché almeno uno di essi sia di rito latino*”. Tale formulazione aveva comportato difficoltà interpretative, non essendo chiaro se la precisazione relativa alla necessaria appartenenza di una parte alla Chiesa latina fosse da riferire solo ai non sudditi, e dunque ai soli fedeli orientali, o anche ai sudditi. Nella nuova formulazione della norma la proposizione che richiede l'appartenenza alla Chiesa latina è stata collocata dopo il riferimento ai non sudditi: “*L'Ordinario del luogo e il*

<sup>39</sup> Mentre il can. 829, § 1, CCEO attribuisce al gerarca ed al parroco la facoltà di assistere ai matrimoni sulla base del criterio territoriale (“*Hierarcha loci et parochus loci capta possessione canonica officii, dum legitime officio funguntur, intra fines sui territorii ubique valide benedicunt matrimonium, sive sponsi sunt subditi sive, dummodo alterutra saltem pars sit ascripta propriae Ecclesiae sui iuris, non subditi*”), il paragrafo successivo prevede: “*Hierarcha et parochus personalis vi officii matrimonium solummodo eorum, quorum saltem alteruter sibi subditus est, intra fines suae ditionis valide benedicunt*”. Resta ferma, come sopra accennato, la facoltà del patriarca di assistere ai matrimoni senza limiti territoriali purché almeno una delle parti sia ascritta alla Chiesa da lui governata (can. 829, § 3, CCEO). Sull'introduzione della necessaria competenza rituale del ministro sacro, l'estensione della previsione in questione e le problematiche connesse, FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, pp. 10-17.

<sup>40</sup> Il can. 916, § 5, CCEO dispone: “*In locis, ubi ne exarchia quidem pro christifidelibus alicuius Ecclesiae sui iuris erecta est, tamquam proprius eorundem christifidelium Hierarcha habendus est Hierarcha loci alterius Ecclesiae sui iuris, etiam Ecclesiae latinae, firmo can. 101; si vero plures sunt, ille habendus est tamquam proprius, quem designavit Sedes Apostolica vel, si de christifidelibus alicuius Ecclesiae patriarchalis agitur, Patriarcha de assensu Sedis Apostolicae*”.

<sup>41</sup> Al § 4 del can. 916 CCEO viene stabilito: “*Si deest parochus pro christifidelibus alicuius Ecclesiae sui iuris, eorundem Episcopus eparchialis designet parochum alterius Ecclesiae sui iuris, qui eorum curam tamquam parochus proprius suscipiat, de consensu vero Episcopi eparchialis parochi designandi*”.

<sup>42</sup> Il can. 38 CCEO dispone: “*Christifideles Ecclesiarum orientalium, etsi curae Hierarchae vel parochi alterius Ecclesiae sui iuris commissi, tamen propriae Ecclesiae sui iuris permanent ascripti*”.



*parroco, eccetto che con sentenza o decreto siano stati scomunicati o interdetti o sospesi dall'ufficio oppure dichiarati tali, in forza dell'ufficio assistono validamente, entro i confini del proprio territorio, ai matrimoni non solo dei sudditi, ma anche dei non sudditi, purché almeno una delle due parti sia iscritta alla Chiesa latina". In tal modo, in maniera analoga a quanto avviene nell'omologa disposizione del codice per le Chiese orientali<sup>43</sup>, risulta evidente che "il requisito dell'iscrizione alla Chiesa latina di almeno una delle parti è richiesta solo per il matrimonio di nubendi che non siano sudditi dell'Ordinario del luogo o del parroco competenti per territorio, mentre nel caso si tratti di due sudditi, la loro iscrizione a una Chiesa diversa da quella latina non impedisce di poter assistere validamente al loro matrimonio"<sup>44</sup>.*

Ultima disposizione interessata dalla riforma operata dal *motu proprio* "De concordia inter Codices" è rappresentata dal can. 1116, che prevede la possibilità di celebrazione del matrimonio dinanzi ai soli testimoni comuni in caso di imminente pericolo di vita dei nubendi o di impossibilità di avere la presenza del sacerdote competente per almeno un mese (§ 1), salva la necessaria presenza, se possibile, di altro sacerdote (§ 2). Nel canone in questione viene introdotto un terzo paragrafo del seguente tenore: "In aggiunta a quanto stabilito dal § 1, nn. 1 e 2, l'Ordinario del luogo può conferire a qualunque sacerdote cattolico la facoltà di benedire il matrimonio dei fedeli cristiani delle Chiese orientali che non hanno piena comunione con la Chiesa cattolica se spontaneamente lo chiedono, e purché nulla osti alla valida e lecita celebrazione del matrimonio. Il medesimo sacerdote, tuttavia con la necessaria prudenza, informi della cosa l'autorità competente della Chiesa non cattolica interessata". La norma va a colmare una lacuna del codice latino, in quanto nel codice per le Chiese orientali già esisteva disposizione di analogo tenore, costituita dal can. 833, § 1, secondo cui "*Hierarcha loci cuilibet sacerdoti catholico facultatem conferre potest matrimonium christifidelium alicuius Ecclesiae orientalis acatholicae, qui sacerdotem propriae Ecclesiae sine gravi incommodo adire non possunt, benedicendi, si sua sponte id petunt et dummodo*

<sup>43</sup> Il can. 829, § 1, CCEO dispone: "*Hierarcha loci et parochus loci capta possessione canonice officii, dum legitime officio funguntur, intra fines sui territorii ubique valide benedicunt matrimonium, sive sponsi sunt subditi sive, dummodo alterutra saltem pars sit ascripta propriae Ecclesiae sui iuris, non subditi*".

<sup>44</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 16. Il medesimo autore precisa peraltro che "se si confronta il nuovo can. 1109 nella traduzione italiana pubblicata su L'Osservatore Romano con l'abrogato can. 1109 sembra che l'unica modifica apportata sia di natura terminologica, sostituendo l'espressione "purché uno dei due sia di rito latino" con l'espressione tecnicamente più corretta "purché almeno una delle due parti sia iscritta alla Chiesa latina". In realtà la versione italiana dell'art. 7 del *Motu Proprio* appare imprecisa; bisogna dunque esaminare i due testi del can. 1109 e del corrispondente can. 829 § 1 CCEO nell'originale in lingua latina per cogliere appieno il senso della modifica" (*Ibidem*, pag. 15).

*nihil validae vel licitae celebrationi matrimonii obstet*<sup>45</sup>. È stato al riguardo osservato che “*la norma del Codice orientale rispecchia una situazione tipica dei territori orientali dove è frequente la presenza di ortodossi, verso i quali in determinate situazioni la Chiesa cattolica si sente chiamata in via sussidiaria a offrire il proprio servizio pastorale*”<sup>46</sup>. La facoltà contemplata dal nuovo § 3 del can. 1116, secondo quanto espressamente previsto, riguarda soltanto il matrimonio di nubendi che siano entrambi cristiani orientali non cattolici: se si trattasse di acattolici non orientali non varrebbe l’obbligatorietà della forma canonica, mentre nel caso di unione coniugale tra un acattolico ed un cattolico dovrebbe applicarsi la disciplina dei matrimoni misti. Perché al sacerdote cattolico possa essere concessa la facoltà di benedire il matrimonio tra acattolici orientali si richiede anzitutto che si versi nelle situazioni che autorizzano in linea generale il ricorso alla forma straordinaria di celebrazione, ovvero imminente pericolo di vita dei nubendi o prevedibile impossibile presenza dell’ordinario o parroco del luogo per almeno un mese. Su questo punto la normativa latina risulta più restrittiva di quella orientale, che al can. 833, § 1, CCEO per la concessione di analoga facoltà da parte del gerarca del luogo si limita ad esigere che i nubendi non possano recarsi dal sacerdote della Chiesa di appartenenza “*sine gravi incommodo*”, lasciando dunque un più ampio ambito di applicazione. Oltre alla presenza dei requisiti che consentirebbero il ricorso alla forma straordinaria, per il conferimento della facoltà di cui trattasi è necessaria la richiesta da parte dei nubendi, ovvero la manifestazione di volontà dei due acattolici orientali che il loro matrimonio sia benedetto da sacerdote cattolico. La norma specifica che tale richiesta debba avvenire spontaneamente, cioè senza essere frutto di pressioni o condizionamenti a carico dei soggetti interessati<sup>47</sup>. Per potersi concedere a sa-

---

<sup>45</sup> Il paragrafo successivo del medesimo can. 833 del CCEO dispone che “*sacerdos catholicus, si fieri potest, antequam matrimonium benedicit, auctoritatem competentem illorum christifidelium de hac re certiozem faciat*”.

<sup>46</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 28, il quale precisa ulteriormente che “*la mobilità umana... ha condotto a inserire come terzo paragrafo del can. 1116 (che regolamenta nei §§ 1-2 la forma straordinaria) una norma analoga a quella orientale. Con essa – e con il nuovo can. 868 § 3 sul battesimo dei figli di acattolici – si estende la possibilità della communicatio in sacris in materia sacramentale, fin ora possibile solo per i sacramenti dell’Eucaristia, della Penitenza e dell’Unzione dei malati, e alle condizioni indicate nel can. 844*”.

<sup>47</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 31, a proposito della necessaria spontanea richiesta dei nubendi afferma che “*è un requisito che si giustifica di per sé e tutela alcuni valori quali la libertà religiosa, il riconoscimento operato dal Concilio Vaticano II dell’autonomia delle Chiese orientali acattoliche di regolamentarsi come ritenuto opportuno e lo stesso ius connubii che postula nel caso specifico la libertà di decidere se celebrare le nozze usufruendo della possibilità offerta dalla Chiesa cattolica o di rimandarle a quando sarà possibile celebrarle davanti a un sacerdote della propria Chiesa. Bisogna tener conto che a norma dei cann. 11, 1059 e 1117 (cann. 780 § 1, 834 § 1, 1490 CCEO) la Chiesa cattolica,*

cerdote cattolico la facoltà di benedire le nozze di orientali acattolici devono infine sussistere condizioni che non ostino alla valida e lecita celebrazione del matrimonio<sup>48</sup>. Il presbitero cui sia stata concessa la facoltà di cui si discute, secondo quanto specificato nella disposizione in esame, acquisisce la potestà di benedire le nozze degli orientali acattolici, non di assistere alle stesse, in quanto per la validità del matrimonio di detti soggetti è appunto richiesta la celebrazione con il rito sacro<sup>49</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

Le modifiche introdotte con il *motu proprio* “*De concordia inter Codices*” non risolvono completamente le differenze tra i due codici della Chiesa cattolica ed i conseguenti problemi interpretativi ed applicativi soprattutto nel rapporto interecclesiale.

Anche in materia matrimoniale residuano ancora delle diversità normative, in particolare per quanto riguarda la disciplina della condizione apposta

---

*nella quale sussiste la Chiesa di Cristo (LG 8), ha rinunciato a esercitare sul matrimonio dei cristiani acattolici quella nativa, originaria e piena potestà che le compete nell'ambito matrimoniale. Pertanto, mentre nell'ipotesi di un matrimonio misto essi sono soggetti in maniera indiretta alla normativa canonica cui è tenuto il nubente cattolico, nel caso di un matrimonio tra due fedeli acattolici può essere solo la loro libera richiesta a determinare il sorgere di una relazione di natura pastorale che giustifica la possibilità di procedere secondo quanto prevede il nuovo can. 1116 § 3”.*

<sup>48</sup> Sul punto FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 32, si interroga: “*in base a quale normativa bisogna valutare l'assenza di circostanze ostative alla celebrazione valide ac licite del matrimonio dei due acattolici orientali? La risposta si desume dall'art. 4, § 1, 1° DC (che applica l'art. 2 § 2 DC) che ha colmato una lacuna del Codice latino riprendendo la normativa contenuta nel can. 781 CCEO. Tale matrimonio, salvo sempre il diritto divino, è regolato dal diritto proprio della Chiesa di appartenenza dei nubendi acattolici; è in base a esso pertanto che bisognerà valutare l'abilità al matrimonio dei nubendi e l'assenza di ulteriori motivi giuridici che impediscono le nozze nel caso specifico*”.

<sup>49</sup> In argomento è stato opportunamente rilevato che “*la facoltà che l'Ordinario del luogo può concedere a un sacerdote cattolico è quella “di benedire il matrimonio” (“*facultas matrimonium benedicendi*”) e non quella – prevista nella forma canonica ordinaria al can. 1111 § 1 – di assistere al matrimonio (“*facultas matrimonii assistendi*”). Ciò si spiega tenuto conto che il paragrafo in oggetto attua quanto previsto dall'art. 4 § 1 della *Dignitas connubii* circa la normativa da applicarsi nel giudizio di nullità di un matrimonio di acattolici battezzati. Tale articolo - che coincide con il can. 781 § 2 CCEO - al § 1, 2° recepisce quanto prescritto dal diritto orientale acattolico, ovvero che, nel matrimonio in cui almeno uno dei nubendi è un fedele di una Chiesa orientale acattolica, si richiede per la validità la celebrazione “con il rito sacro”, ovvero con la benedizione sacerdotale. Dunque nel matrimonio dei due orientali acattolici compito del sacerdote non è quello previsto nella forma canonica ordinaria, cioè di chiedere e ricevere il consenso degli sposi, pur essendo del tutto evidente che egli dovrà accertarsi della volontà matrimoniale de praesenti di entrambi i nubendi, ma di impartire la benedizione nuziale. Ciò pone evidentemente le basi perché la Chiesa dei due acattolici orientali – che richiede tale benedizione come costitutiva del sacramento nuziale – possa riconoscere questo matrimonio come tale” (FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 35).*

al consenso<sup>50</sup>, oltre al fatto che “*il Codice latino nulla dice sulla normativa sostanziale che regge il matrimonio di due acattolici, mentre nel can. 1059 si stabilisce che non solo il matrimonio tra due cattolici ma anche quello misto e con disparità di culto è retto dal diritto canonico. Il Codice orientale riconosce invece formalmente nei cann. 780 § 2 e 781 la legislazione matrimoniale cui sono tenuti gli acattolici battezzati quando si sposano tra loro o con un cattolico*”<sup>51</sup>.

Per un verso le tradizioni alla base delle due legislazioni hanno il loro peso ed impongono il rispetto delle conseguenti diversità caratterizzanti le diverse Chiese, che si riflettono inevitabilmente anche sul piano normativo, con la conseguenza che sarebbe impossibile e comunque inopportuna una perfetta omogeneità in tale ambito. Per altro verso è giusto tendere nel contempo alla massima uniformità possibile nella disciplina degli istituti, senza tuttavia pregiudicare la specificità che la Chiesa stessa con l’emanazione di codici distinti ha dimostrato di voler salvaguardare. Il punto d’incontro fra le opposte esigenze non è di facile determinazione e comunque rimane di per sé potenzialmente mutevole, in quanto frutto di scelte che nel tempo possono variare in relazione alle esigenze pastorali ed ecumeniche.

In ragione delle prospettate difficoltà, il recente intervento legislativo appare come una soluzione adeguata per risolvere gran parte delle problematiche interecclesiali sinora presentatesi in tema di matrimonio.

Sarebbe illusorio ritenere che il *motu proprio* “*De concordia inter codices*”

---

<sup>50</sup> Osserva al riguardo FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, pp. 38-39: “*Permane la differenza tra i due Codici circa il rilievo delle condizioni de praeterito e de praesenti in ordine alla validità del matrimonio (cann. 1102 § 2 CIC; 826 CCEO)... Se da un lato tale differenza in qualche modo rispecchia le accentuazioni circa l’indole più sacrale o più “contrattuale” del matrimonio nella tradizione orientale e in quella latina, dall’altro lato il comune e imprescindibile orizzonte personalista... sollecita una riconsiderazione della questione in direzione di una regolamentazione giuridica unitaria che, posta l’incondizionatezza del dono coniugale di sé, accolga anche nel Codice latino la norma orientale. D’altra parte la diversa normativa in materia di condizione può generare incertezze nel giudicare la validità di un matrimonio interrituale nel quale la parte latina ha apposto al consenso una condizione di passato o di presente che si è verificata...*”.

<sup>51</sup> FRANCESCO CATOZZELLA, *op. cit.*, p. 39. Il medesimo autore puntualizza che “*con l’istruzione Dignitas connubii le differenze tra le due normative sono state superate, visto che gli artt. 2 § 2 e 4 § 1 riproducono sostanzialmente il contenuto dei suddetti canoni orientali. Si è avvertito tuttavia che nella predetta materia sono state introdotte mediante una istruzione - che di per sé ha la funzione di rendere chiare le disposizioni di legge (can. 34 § 1) - delle norme praeter Codicem e si è perfino modificato, con l’art. 2 § 2, il can. 1059. Questo modo di procedere ha generato qualche perplessità nei commentatori*”. In effetti la *Dignitas connubii* è un provvedimento che, in quanto istruzione generale emanata dal Pontificio Consiglio per i testi legislativi, organo della Curia Romana privo di potestà legislativa, in mancanza di approvazione in forma specifica da parte del romano pontefice mantiene natura di atto amministrativo, non idoneo in quanto tale a derogare alla legge, ovvero alla normativa contenuta nel codice. Sul punto si rinvia a MARCO CANONICO, *Note di commento all’istruzione Dignitas connubii sul processo matrimoniale canonico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 87-103.

abbia eliminato qualsiasi difficoltà interpretativa ed applicativa nella materia considerata e dunque potrebbe sentirsi l'esigenza di ulteriori aggiustamenti e potranno magari intervenire nuove modifiche legislative, ma ciò nulla toglie all'opera di coordinamento che è stata intanto realizzata ed al positivo risultato da essa conseguito.

# *Libertà testamentaria degli ecclesiastici e tutela dell'integrità patrimoniale della Chiesa*

FABIO BALSAMO

## 1. *Premessa*

Non mancano nelle disposizioni di diritto canonico, specie di diritto particolare, norme finalizzate all'obiettivo di far dispiegare la libertà testamentaria dell'ecclesiastico in modo conforme alla sua scelta vocazionale.

La normativa canonica invitando l'ecclesiastico alla redazione di un valido testamento e spingendosi finanche a suggerirne forme e contenuti preferenziali, pur non assumendo diretta rilevanza per l'ordinamento civile, di fatto è in grado di esercitare una non trascurabile influenza sulla libera determinazione delle sue ultime volontà.

Tuttavia, la tutela di tale libertà, pur incontrando un rilevante limite nei diritti spettanti ai legittimari, costituisce uno dei principi cardine del diritto successorio italiano. Da ciò scaturisce un potenziale conflitto tra norme statuali, volte alla salvaguardia della libertà testamentaria del *de cuius*, e norme canoniche, indirizzate principalmente a garantire l'integrità patrimoniale degli enti della Chiesa.

## 2. *Il Decreto Conciliare Presbyterorum Ordinis e l'invito ad un corretto utilizzo dei beni temporali*

La Commissione preconciare *De disciplina cleri et popoli cristiani*, insediatasi nel novembre del 1961, fu chiamata da Papa Giovanni XXIII alla preparazione di un Decreto conciliare sul ministero e la vita dei presbiteri *Presbyterorum Ordinis*, che sarebbe poi stato approvato definitivamente, a conclusione del Concilio Vaticano II, il 7 dicembre 1965. Nell'ambito dei lavori preparatori, la *Commissio* propose l'introduzione di una raccomandazione sull'opportunità che i presbiteri redigessero un testamento sia per

concorrere alle crescenti necessità della Chiesa<sup>1</sup> e sia per permettere allo stesso chierico di accostarsi al momento della morte con maggiore serenità e tranquillità<sup>2</sup>. Successivamente, sulla scorta delle indicazioni dei Padri conciliari, il riferimento all'opportunità di redigere testamento fu spostato nello schema *De officiis et beneficiis ecclesiasticis deque honorum ecclesiasticorum administratione*<sup>3</sup>, in cui, lungi dal concentrarsi esclusivamente sul momento della morte, si raccomandava al presbitero di impiegare i beni per i fini della Chiesa e per le opere di carità in ogni fase della sua vita<sup>4</sup>.

La presenza di simili proposte all'interno dei lavori preparatori al Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis* costituiva un'ulteriore riprova dell'esistenza di un problema di fondo nell'amministrazione dei beni ecclesiastici rappresentato sia dal rischio di gestioni patrimoniali poco attente al perseguimento delle effettive necessità della Chiesa<sup>5</sup>, sia dalle sperequazioni eco-

---

<sup>1</sup> La proposta di introdurre un invito espresso ai chierici in ordine alla tempestiva redazione di un testamento fu inizialmente presentata dal Cardinale Cento: «Non omittant sacerdotes testamentum suum tempestive confacere neque in eo obliviscantur graves ac semper crescentes necessitates Sanctae Matris Ecclesiae». Cfr. *Acta et Documenta Concilio Oecumenico Vaticano II Apparando. Series II (preparatoria)*, I, p. 601.

<sup>2</sup> A tal fine si consigliava al chierico di provvedere con congruo anticipo alla redazione di un atto contenente le sue ultime volontà. Cfr. *Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticano*, III-IV, p. 830, in cui è riportata la seguente raccomandazione: «Ne sollicitudinis nimbi hora mortis turbetur, tempestive sacerdos de pecunia ceterisque bonis vita durante disponat in favorem...».

<sup>3</sup> Cfr. ADOLFO ZAMBON, *Il consiglio evangelico della povertà nel ministero e nella vita del presbitero diocesano*, Pontificio Istituto Biblico, Roma, 2002, in particolare pp. 12-20. Per una minuziosa indagine dei 17 schemi preparati dalla Commissione si rinvia a p. 20 ss.

<sup>4</sup> Cfr. *Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticano*, III-IV, p. 872.

<sup>5</sup> Infatti, il pericolo di gestioni poco accorte o non rispondenti ai quei valori di sobrietà e carità impliciti nella scelta vocazionale del singolo presbitero ha da sempre costituito, sin a partire dalle fonti storiche, uno degli aspetti affrontati con maggiore attenzione dal diritto canonico. A titolo esemplificativo, si consideri il canone XVII del Concilio Niceno I, il quale, nel tentativo di contrastare il fenomeno dell'usura praticata dagli ecclesiastici, impose la sanzione della "radiazione" dal clero. Sull'usura nel Cristianesimo cfr. BENJAMIN NELSON, *Usura e cristianesimo. Per una storia della genesi dell'etica moderna*, Sansoni, Firenze, 1967, p. 12 ss., con traduzione di SERGIO MORAVIA. Più di recente si rinvia all'opera di PAOLA VISMARA, *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito a interesse*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004. Inoltre, talvolta si verificava che i chierici, incuranti della diversa volontà dei legatari e dei donanti ed al fine di incrementare le rendite, alienassero i beni annessi al loro beneficio a condizioni non vantaggiose per la Chiesa, determinando notevoli danni patrimoniali. Sul punto, interveniva il Concilio di Valenza del 374 d.C. considerando irrita ogni vendita, donazione o permuta di *res ecclesiasticae*. Per contrastare i casi di trasferimento immobiliare di beni intestati agli enti ecclesiastici da parte dei chierici che avessero cagionato un danno patrimoniale alla Chiesa si adoperava anche il *Decretum Gratiani* in C. 12, q. 2, cc. 7, 18, 32, 33, 35. Per la disamina delle singole disposizioni e per ulteriori approfondimenti si rinvia a MARIA D'ARIENZO, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, Pellegrini, Cosenza, 2013, specialmente pp. 62-65. Allo stato attuale, piuttosto che manifestarsi in ordine al trasferimento immobiliare di beni intestati agli enti ecclesiastici, il rischio di gestioni del patrimonio ecclesiastico pregiudizievoli degli interessi della Chiesa si pone in relazione alla corretta devoluzione delle risorse

nomiche alimentate dal sistema beneficiale di sostentamento del clero allora in vigore<sup>6</sup>. Tuttavia, nonostante l'utilità e l'efficacia di siffatta raccomandazione, la stessa non fu inserita nel testo definitivo del Decreto, anche in virtù dell'impostazione troppo tecnica delle varie proposte che sembravano più appropriate per una riforma del *Codex* piuttosto che per l'elaborazione di un documento conciliare<sup>7</sup>.

---

eccedenti quelle strettamente necessarie ad assicurare un dignitoso sostentamento del chierico verso i bisogni del culto (in cui si fanno ricomprendere anche le spese per l'apertura e la manutenzione ordinaria dei luoghi di culto) o verso la cura dei poveri, dal momento che né l'attuale sistema dei controlli canonici, né il formale superamento del sistema beneficiale, assicurano, soprattutto per le Parrocchie più popolate, che tale *surplus* sia effettivamente indirizzato al soddisfacimento delle indicate finalità, e non a favore di un incremento del patrimonio personale del chierico. Una simile preoccupazione è confermata dal netto invito alla sobrietà ed all'abbandono alle «ambizioni di carriera e di potere», rivolto, a più riprese, da Papa Francesco nell'ambito del suo impegno diretto al rinnovamento del clero. Cfr. JOSEPH M. KRAUS, *La nuova Chiesa di Papa Francesco*, Fanucci, Roma, 2013. Per il duro monito pronunciato in occasione dell'apertura dei lavori della sessantanovesima assemblea della CEI si rinvia ad ANNACHIARA VALLE, «*Stare sobri ed umili*». *I preti secondo Papa Francesco*, in *Famiglia Cristiana*, 16 maggio 2016.

<sup>6</sup> Per il passaggio dal sistema beneficiale all'attuale sistema di sostentamento del clero si rinvia *ex plurimis* a PIERLUIGI CONSORTI, *La remunerazione del clero. Dal sistema beneficiale agli istituti per il sostentamento*, Giappichelli, Torino, 2000. Sulle problematiche poste dall'entrata in vigore degli Istituti per il sostentamento del clero si rinvia a NICOLA FIORITA, *Gli istituti per il sostentamento del clero tra disciplina normativa, prassi applicativa e prospettive di riforma*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2-2002, p. 642 ss. La possibilità che l'ufficio ecclesiastico possa essere utilizzato come fonte di guadagno non è preclusa dall'attuale sistema di sostentamento del clero, che, inoltre, non ha eliminato ogni forma diretta di sostegno economico del presbitero. Difatti, al singolo Parroco è garantito il diritto di trattenere dalle casse parrocchiali la somma di euro 0,0723 per abitante della Parrocchia, somma che non può considerarsi irrilevante per quelle numerose Parrocchie che vantano una popolazione superiore ai 12.500 abitanti. In tal caso, a ben vedere, il Parroco potrà disporre di una somma di per sé sufficiente ad assicurargli, secondo gli *standards* imposti dalla Conferenza Episcopale Italiana, un dignitoso sostentamento. A ciò è da aggiungersi che nel *Codex* non è previsto alcun penetrante controllo sulla gestione delle offerte. Anzi le norme codicinali sembrano riconoscere ampia libertà in materia, consentendo ad ogni sacerdote che celebra la Messa di ricevere «l'offerta data affinché applichi la Messa secondo una determinata intenzione». Sul punto si rinvia a MARIA D'ARIENZO, *I beni temporali*, nel Vol. MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 96-98. L'attuale assetto normativo, dunque, oltre ad assicurare un'ampia discrezionalità nella gestione delle offerte, non sembra impedire al singolo presbitero la possibilità di acquisire determinate somme, senza che sia imposta una puntuale rendicontazione delle stesse. L'autonomia gestionale del presbitero è solo in parte attenuata dalla necessaria presenza, all'interno di ogni Parrocchia, del Consiglio Parrocchiale per gli Affari economici (C.P.A.E.), chiamato ad essere consultato dal Parroco «ordinariamente per l'amministrazione della Parrocchia» attraverso la formulazione di pareri da cui il Parroco non si può discostare «se non per *gravissimi* motivi». Infatti, nonostante i penetranti poteri di controllo sull'operato del Parroco, non può negarsi come il Parroco stesso eserciti, all'interno di tale organo, un «fuolo preponderante». Così PATRICK VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, pp. 92-93.

<sup>7</sup> È di questo avviso GIUSEPPE ALBERIGO, *Storia del Concilio Vaticano II. Il cattolicesimo verso una nuova stagione. L'Annuncio e la preparazione (Gennaio 1959-settembre 1962)*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 196.



Di conseguenza, il Decreto *Presbyterorum Ordinis*, nella sua formulazione definitiva, non ha posto alcuno specifico obbligo di fare testamento. Tuttavia, il Decreto opera un'interessante tripartizione nell'ambito dei beni materiali, dettando delle distinte direttive cui il chierico è tenuto ad uniformarsi nel suo rapporto con i beni temporali in generale<sup>8</sup>, con i beni ecclesiastici<sup>9</sup> ed, infine, con quelle risorse che lo stesso si procura in occasione dell'esercizio del suo ufficio.

In particolare, nei confronti dei «beni ecclesiastici propriamente detti» viene stabilito un vero e proprio vincolo di utilizzo verso le finalità dell'organizzazione del culto divino, del dignitoso mantenimento del clero, del sostentamento delle opere di apostolato e di carità per i poveri. L'intensità di un siffatto vincolo di destinazione si fa ancora più stringente in relazione a quei beni ecclesiastici che i presbiteri - come pure i Vescovi - possono procurarsi «in occasione dell'esercizio di qualche ufficio ecclesiastico». I frutti derivanti dalla gestione di tali beni, infatti, dovranno essere impiegati dal chierico innanzitutto «per il proprio onesto mantenimento e per l'assolvimento dei doveri del proprio stato; il rimanente potrà essere destinato per il bene della Chiesa e per le opere di carità», fermo restando il divieto di considerare l'ufficio ecclesiastico come occasione di guadagno. In ogni caso, ai chierici è fatto assoluto divieto di impiegare il reddito che deriva dalla gestione dei beni ecclesiastici, come strumento grazie al quale «aumentare il proprio patrimonio personale», anche perché gli stessi, per potersi conformare a Cristo in un modo più evidente sono «invitati ad abbracciare la povertà volontaria»<sup>10</sup>.

Nell'impianto predisposto dal Decreto in esame, dunque, la devoluzione di tutte le risorse eccedenti quelle necessarie all'onesto sostentamento del chierico dovrebbe essere indirizzata non certo all'incremento del patrimonio personale, ma alle necessità della Chiesa. In tal senso, lo stesso Decreto, al n. 21, all'atto di promuovere la formazione all'interno delle singole Diocesi di una cassa comune con cui affrontare i diversi bisogni della Dioce-

---

<sup>8</sup> Il Decreto si limita a raccomandare un atteggiamento di moderazione nell'utilizzo dei beni materiali in generale, stabilendo che gli stessi debbano essere utilizzati «solo per quei fini ai quali essi possono essere destinati d'accordo con la dottrina di Cristo Signore e gli ordinamenti della Chiesa».

<sup>9</sup> Sul concetto di bene ecclesiastico si rinvia a PAOLO CAVANA, s.v. *Beni ecclesiastici I) Diritto Ecclesiastico*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, Agg. IX, 2001, pp. 1-7 ss., nonché, più di recente ad ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831*, nel *Commentario al Codice civile*, diretto da FRANCESCO D. BUSNELLI, II edizione, Giuffrè, Milano, 2013.

<sup>10</sup> I passi in virgolettato sono tratti dal Decreto sul ministero e la vita dei presbiteri *Presbyterorum Ordinis*, n. 17. Il Documento è consultabile in rete al sito [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

si<sup>11</sup>, nonché di un'istituzione diocesana impegnata nel garantire «il decoroso mantenimento dei presbiteri che patiscono malattia, invalidità o vecchiaia», invita i sacerdoti ad appoggiare queste istituzioni mostrando «un senso di solidarietà verso i confratelli, che li porta a condividere le loro pene»<sup>12</sup>. Appare quindi chiaramente evidenziata la necessità che a sovvenire ai bisogni della Chiesa e dei presbiteri meno abbienti siano, in primo luogo, oltre ai fedeli laici, gli stessi presbiteri<sup>13</sup>.

Pertanto, pur mancando nel Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis* un esplicito riferimento alla necessità di un testamento del chierico, numerosi passi contenuti nei nn. 17, 21 e 22 sembrano indirettamente confermare l'opportunità di una sua redazione. Difatti, il principio che sembra potersi desumere da un'attenta lettura del documento conciliare sembra essere quello secondo cui, così come in ogni momento della sua vita consacrata, il chierico, al momento della morte, sia tenuto a contribuire concretamente alle esigenze anche materiali della Chiesa attraverso una condotta adeguata al suo *status*. Di tal guisa, il testamento, quale atto di ultima volontà, sembra rappresentare, per il chierico, uno strumento essenziale attraverso cui manifestare, in ultima istanza, la propria concreta adesione a quei valori di solidarietà e compartecipazione ai bisogni della Chiesa<sup>14</sup>, conformemente ai principi stabiliti nell'ordinamento giuridico canonico<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Inoltre, secondo quanto previsto nel Decreto, attraverso questa cassa comune le diocesi più dotate avrebbero dovuto sostenere anche le diocesi più povere, «in modo da bilanciare con la propria abbondanza la propria scarsità». Tuttavia, la costituzione degli Istituti diocesani per il sostentamento del clero avrebbe ben presto posto fine a tale obiettivo, dal momento che agli stessi si sarebbe concesso di utilizzare le risorse eccedenti a fini incrementativi del proprio patrimonio immobiliare. Sul punto mi sia permesso un rinvio a FABIO BALSAMO, *Aspetti problematici e riflessioni sull'attuale regime delle alienazioni e degli acquisti immobiliari degli enti ecclesiastici*, in *Diritto e Religioni*, 1-2013, p. 95.

<sup>12</sup> Cfr. Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis*, n. 21.

<sup>13</sup> D'altronde lo stesso Decreto *Presbyterorum Ordinis*, al n. 22, sottolinea come i sacerdoti non debbano dimenticare che «hanno al loro fianco i propri confratelli nel sacerdozio, anzi, tutti i fedeli del mondo».

<sup>14</sup> La presenza di questi doveri è ulteriormente confermata dalla Costituzione dogmatica sulla Chiesa *Lumen Gentium*, in cui, ponendosi l'accento anche sul mutuo aiuto di carattere materiale e sulla carità, si afferma al n. 28 che «in virtù della comunità di ordinazione e missione tutti i sacerdoti sono fra loro legati da un'intima fraternità, che deve spontaneamente e volentieri manifestarsi nel mutuo aiuto, spirituale e materiale, pastorale e personale, nelle riunioni e nella comunione di vita, di lavoro e di carità».

<sup>15</sup> Sul punto cfr. LORENZO SIMONELLI, *Il testamento del sacerdote*, in *Supplemento a exLege*, 1-2/2008, p. 3.

### 3. *Il testamento dei chierici e dei religiosi nelle norme del Codex iuris canonici*

#### 3.1 *L'impiego dei beni gestiti dai chierici per il perseguimento delle finalità della Chiesa: le indicazioni del Codex iuris canonici.*

Le sollecitazioni in ordine all'opportunità della redazione di un testamento da parte del chierico, che pure avevano animato i lavori preparatori del Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis*, non hanno trovato accoglimento nemmeno nel testo del *Codex iuris canonici*<sup>16</sup>. Tantomeno è presente nel testo del *Codex* un'espressa esortazione alla formazione di un testamento come mezzo con cui soccorrere alle necessità della Chiesa. La ragione di una tale scelta può rinvenirsi nella circostanza che, nell'ambito del ministero sacerdotale, a differenza di quanto prescritto per i religiosi dai cann. 598 e 600 *C.i.c.*, il consiglio evangelico della *paupertas* assume una dimensione volontaria. Pertanto, i presbiteri, pur essendo invitati ad uno stile di vita sobrio, non saranno privati del rapporto con i beni personali e della possibilità di gestire i beni ecclesiastici per il proprio onesto mantenimento. Da ciò ne consegue che un chierico che già disponga di un patrimonio personale consistente, magari perché proveniente da una famiglia particolarmente abbiente, non sarà tenuto, al contrario di quanto richiesto ad un religioso, a cedere l'amministrazione dei propri beni (can. 668 § 1 *C.i.c.*) o addirittura a privarsi della titolarità di tutti i suoi beni (come nell'ipotesi prevista dal can. 668 § 4 *C.i.c.*).

Dunque, dinanzi alla connotazione volontaria e non affatto vincolante della povertà<sup>17</sup>, il can. 282 § 1 *C.i.c.*, riallacciandosi a quanto già raccomandato ai nn. 16-17 del Decreto, non può far altro che limitarsi ad ammonire i chierici affinché «conducano una vita semplice e si astengano da tutto quello che può avere sapore di vanità»<sup>18</sup>. Dal momento, però, che agli stessi non è preclusa la possibilità di continuare a gestire il patrimonio personale, talvolta di non trascurabile entità, diviene necessario leggere tale disposizione in

---

<sup>16</sup> Sul testamento dei presbiteri si rinvia al contributo di ADOLFO ZAMBON, *Il testamento del presbitero*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 4-2013, pp. 431-451.

<sup>17</sup> Cfr. GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006, pp. 220-221.

<sup>18</sup> Sul punto, parte della dottrina, tendendo a valorizzare il rigore di questo invito, ha ritenuto che ciò che sembra effettivamente essere solamente un'esortazione costituisca, al contrario, un vero e proprio obbligo gravante sul presbitero. Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Il popolo di Dio. Corso di diritto canonico*, I ed., Il Mulino, Bologna, 1997, p. 76, in cui l'A. sostiene che «la formulazione generica di cui al can. 282 §1 *C.i.c.* intende «sottolineare la responsabilità personale di ciascun chierico nel dare concreta attuazione di questo obbligo secondo la propria spiritualità e sensibilità».

combinato disposto con il can. 286 *C.i.c.*, che proibisce «ai chierici di esercitare, personalmente o tramite altri, l'attività affaristica e commerciale, sia per il proprio interesse, sia per quello degli altri, se non con la licenza della legittima autorità ecclesiastica». In altri termini, l'invito ad una vita aliena da vanità comporta anche la necessità di astenersi «da tutto ciò che è sconveniente al proprio stato» (can. 285 *C.i.c.*), e certamente nell'ambito di questo divieto vi è fatto ricomprendere anche l'esercizio di un'attività affaristica o commerciale.

Tuttavia, ben potrebbe accadere che il chierico non abbia avviato da sé una sua impresa, ma abbia semplicemente ereditato dai suoi genitori l'azienda di famiglia. Senza volersi spingere a ritenere necessaria una preventiva autorizzazione del Vescovo anche per l'accettazione dell'eredità o del legato<sup>19</sup>, il can. 286 *C.i.c.* sul punto, sembrerebbe subordinare l'esercizio continuativo dell'attività aziendale da parte del chierico al rilascio della relativa *licentia* del Vescovo, il quale ben potrebbe valutare se l'attività posta in essere dall'azienda, quindi in nome o per conto del chierico, possa ritenersi moralmente accettabile e non sconveniente al vincolo di appartenenza al presbitero. Un eventuale diniego del Vescovo, ad esempio, potrebbe essere motivato sulla base della circostanza che l'azienda ponga in essere un'attività incompatibile con lo *status* del suo titolare e con i valori della morale cristiana<sup>20</sup>. Conseguentemente, in difetto di una tale autorizzazione, al presbitero che non intenda privarsi dello stato clericale non resterebbe che cedere l'azienda di famiglia, o in alternativa rinunciare all'eredità.

Pertanto, l'invito contenuto nel can. 282 § 1 *C.i.c.*, nonostante la sua apparente genericità, è, al contrario, assistito da rigorose forme di controllo, affidate al Vescovo, sullo svolgimento, da parte del chierico, di attività compatibili con la propria condizione di presbitero<sup>21</sup>.

La presenza di simili disposizioni normative all'interno del *Codex*, pur assicurando maggiore incisività al consiglio di abbracciare la povertà volontaria, al contempo palesa, ancora una volta, l'esistenza di un patrimonio

---

<sup>19</sup> Come noto, il legato, ai sensi dell'art. 649 c.c., si acquista senza che vi sia bisogno di accettazione. Ciò non toglie, tuttavia, che un eventuale atto di accettazione dello stesso possa spiegare una sua utilità al fine di impedire una futura rinuncia al legato.

<sup>20</sup> Ciò potrebbe avvenire nelle ipotesi in cui l'impresa sia dedita alla produzione di merci (ad esempio armi) o all'erogazione di servizi ritenuti dal Vescovo in contrasto con la morale cristiana.

<sup>21</sup> Al riguardo, inoltre, non è da sottacere come il can. 285 § 4 *C.i.c.* subordini all'autorizzazione del Vescovo l'assunzione di un incarico avente ad oggetto l'amministrazione di beni di pertinenza dei laici e di uffici secolari che comportino l'onere del rendiconto. Infine, al presbitero è proibita la fideiussione, anche su propri beni, senza consultare il proprio Ordinario, ed è fatto divieto di firmare cambiali.

personale del chierico su cui lo stesso, entro gli evidenziati limiti posti dal *Codex*, potrà compiere tutte quelle operazioni legittimamente finalizzate ad aumentarne la consistenza. In assenza, dunque, di un intervento ancora più penetrante sulle scelte economiche del chierico concernenti il suo patrimonio, l'obiettivo principale della disciplina contenuta nel *Codex* sembra essere rappresentato non tanto dal fine di scongiurare la formazione di rilevanti patrimoni personali dei chierici, quanto piuttosto dalla necessità di impedire che a contribuire a tale consistenza sia appunto un non corretto utilizzo dei beni ecclesiastici.

Infatti, oltre a quanto già previsto nel Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis*, secondo cui l'ufficio ecclesiastico non deve costituire occasione di guadagno o di produzione di reddito destinato all'aumento del proprio patrimonio personale<sup>22</sup>, il *Codex* ribadisce, seppur indirettamente, la necessità di operare una netta distinzione tra patrimonio personale del presbitero e patrimonio della Chiesa, affermando che i beni di cui i presbiteri «vengono in possesso in occasione dell'esercizio di un ufficio ecclesiastico e che avanzano, dopo aver provveduto con essi al proprio onesto sostentamento e all'adempimento di tutti i doveri del proprio stato, siano da loro *volontariamente* impiegati per il bene della Chiesa e per opere di carità» (can. 282 § 2 *C.i.c.*). Tale obiettivo è perseguito attraverso puntuali disposizioni di diritto particolare, che, integrando la disciplina codiciale, raccomandano l'apertura di due distinti conti correnti, uno intestato al Parroco e l'altro intestato alla Parrocchia, al fine di assicurare, per quanto possibile, l'opportuna separazione tra le somme destinate al sostentamento del Parroco e quelle destinate alla cura, alla manutenzione ed al funzionamento della Parrocchia<sup>23</sup>.

Di converso, però, lo stesso *Codex*, dimostra anche una piena consapevo-

<sup>22</sup> Cfr. Decreto conciliare *Presbyterorum Ordinis*, n. 17.

<sup>23</sup> Si pensi alle somme offerte dai fedeli per la ristrutturazione della Chiesa Parrocchiale. Invero, non sono mancati casi di destinazione di detti contributi sui conti correnti personali del presbitero in luogo del conto corrente parrocchiale. In un recente caso riportato dagli organi di informazione, ad esempio, il Parroco istituiva con testamento olografo come erede universale la sua collaboratrice domestica, alla quale sarebbero spettati ben 650.000 euro tra denaro contante e titoli bancari. Oltre all'entità considerevole della somma - tale da far ritenere che nella stessa fossero confluite anche le offerte dei fedeli - la Curia, da una serie di verifiche effettuate sul conto corrente parrocchiale, si accorgeva di una serie movimenti bancari con cui il presbitero, prima della morte, aveva trasferito, a mezzo bonifico, rilevanti somme di denaro dal conto corrente della Parrocchia al conto corrente personale, senza che avesse previamente acquisito la necessaria autorizzazione da parte del Vescovo. Pertanto, la Curia sosteneva che della somma di euro 650.000 ben 223.000 euro dovessero ritenersi in realtà appartenenti alla Parrocchia, trattandosi di donazioni ed offerte destinati dai fedeli alla ristrutturazione della Chiesa Parrocchiale. Da qui la richiesta di sequestro preventivo dei conti dell'ex parroco, al fine di verificare l'effettiva titolarità di tali somme. Per approfondimenti si rinvia a GIULIANA DE VIVO, *Giallo sul tesoro del prete in eredità alla badante*, in *Il Giornale*, 19 agosto 2013.

lezza in ordine alla possibilità che i patrimoni dei chierici possano costituire un utile strumento con cui contribuire alle necessità della Chiesa. Difatti, se è vero che il can. 222 § 1 *C.i.c.* fa gravare su tutti i fedeli l'obbligo di sovvenire, con il proprio patrimonio attraverso offerte ed altre erogazioni liberali, ai bisogni della Chiesa<sup>24</sup>, a maggior ragione un tale obbligo deve ritenersi sussistente nei confronti dei presbiteri<sup>25</sup>. Anzi, per i presbiteri tale obbligo pare assumere una duplice veste, giacché il chierico, in una dimensione negativa, è tenuto a non distogliere le risorse derivanti dall'ufficio dalle loro legittime finalità, mentre, in una prospettiva positiva, dovrebbe *volontariamente* impiegare il proprio patrimonio personale per sovvenire ai bisogni della Chiesa, soprattutto alla luce della fratellanza sacerdotale e del vincolo di appartenenza al presbiterio, elementi particolarmente valorizzati dal Concilio Vaticano II<sup>26</sup>.

Pertanto, l'impianto delineato dal *Codex iuris canonici*, permettendo al chierico di poter liberamente disporre di un proprio patrimonio sembra confidare nella possibilità che le ricchezze legittimamente accumulate in vita attraverso la gestione dei beni personali al momento della morte possano essere in parte devolute anche alla Chiesa. Per tali ragioni, con la redazione del testamento, il sacerdote, oltre a disporre di aspetti dal carattere squisitamente spirituale (si pensi alle indicazioni circa la sepoltura, all'organizzazione del rito funebre etc etc)<sup>27</sup>, ben potrà determinare le disposizioni di carattere patrimoniale in modo coerente alla propria scelta vocazionale<sup>28</sup>, devolvendo, in ottemperanza al dovere di sovvenire alle necessità della Chiesa, parte delle sue sostanze al bene della Chiesa ed alle opere di carità.

---

<sup>24</sup> Il Can. 222 § 1 *C.i.c.* così recita: «I fedeli sono tenuti all'obbligo di sovvenire alle necessità della Chiesa, affinché essa possa disporre di quanto è necessario per il culto divino, per le opere di apostolato e di carità e per l'onesto sostentamento dei ministri».

<sup>25</sup> Al riguardo si rinvia a quanto stabilito nel Documento della CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Sostenere la Chiesa per servire tutti. Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, 1988, n. 22, lett. d), p. 74: «Non si dimentichi, del resto, che il già citato can. 222, che stabilisce per tutti i «fedeli» il dovere di sovvenire alle necessità della Chiesa e di soccorrere i poveri con i propri redditi, vale anche per vescovi e preti, i quali, prima che «ministri», sono «battezzati».

<sup>26</sup> Cfr. VELASIO DE PAOLIS, *I beni temporali e il Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Non per denaro. Il sostegno economico alla Chiesa*, Monti, Saronno, 2000, p. 151 ss.

<sup>27</sup> Cfr. RAFFAELE SANTORO, *Il testamento dei chierici secolari e dei religiosi nel diritto canonico*, in *Diritto e Religioni*, 1-2011, p. 61.

<sup>28</sup> Sul ruolo dell'appartenenza religiosa quale causa del compimento di atti di liberalità o comunque non lucrativi si rinvia ad ANTONIO FUCCELLI, *Dare etico. Agire non lucrativo, liberalità non donative e interessi religiosi*, Giappichelli, Torino, 2008.

### 3.2 *L'obbligo del religioso di redigere un valido testamento: il can. 668 C.i.c.*

Diversamente che per i chierici, i quali sono invitati ad abbracciare volontariamente il consiglio evangelico della povertà, per i religiosi l'adesione a tale stile di vita assume carattere obbligatorio<sup>29</sup>. Il carattere vincolante del consiglio evangelico della povertà è ulteriormente garantito da una serie di disposizioni che effettivamente pervengono all'obiettivo di privare il religioso di una propria autonomia gestionale nei confronti dei beni personali, oltre che talvolta della stessa titolarità sugli stessi. Difatti, prima della professione con cui aderiscono alla vita consacrata, i religiosi devono, in ossequio al can. 668 § 1 *C.i.c.*, dare prova dell'effettiva volontà di distaccarsi dalle ricchezze terrene, attraverso la cessione dell'amministrazione dei propri beni «a chi preferiscono»<sup>30</sup>. Tuttavia, ai sensi del can. 668 § 4 *C.i.c.*, se lo richiede la natura dell'istituto di vita consacrata, il religioso dovrà compiere addirittura una rinuncia radicale ai propri beni, senza nemmeno poter disporre del loro uso e dell'usufrutto, normalmente consentito in base al can. 668 § 1 *C.i.c.*

Tali disposizioni, anteriori alla professione, dovranno essere anche accompagnate, ad ulteriore dimostrazione dell'irrevocabile volontà di vivere una separazione dalla mondanità, dall'obbligatoria redazione di un testamento valido per le leggi civili<sup>31</sup>, le cui disposizioni, una volta cristallizzate nel testamento formato prima della professione, non potranno essere modificate, in deroga alla normale revocabilità del testamento, da un successivo atto, salvo che non sussista una giusta causa e che tale modifica sia stata autorizzata dal Superiore competente<sup>32</sup>. Tale limitazione della libertà testamen-

<sup>29</sup> Difatti, il can. 598 § 2 *C.i.c.* sottolinea come i membri di vita consacrata debbano «osservare integralmente e con fedeltà i consigli evangelici», ivi compreso quello di povertà, il quale, «ad imitazione di Cristo che essendo ricco si è fatto povero» oltre a richiedere «una vita povera di fatto e di spirito da condursi in operosa sobrietà che non indulga alle ricchezze terrene, comporta la dipendenza e la limitazione nell'usare e nel disporre dei beni, secondo il diritto proprio dei singoli istituti». Per approfondimenti si rinvia a MARIA LUISA LO GIACCO, *La povertà nel diritto canonico*, in *Il Regno*, 20, 2006, p. 674 ss.

<sup>30</sup> In genere la cessione è fatta a favore di familiari. Difatti, a meno che la costituzione non disponga diversamente, come nel caso di alcuni ordini religiosi femminili che impongono la cessione dell'amministrazione dei beni del professo all'Istituto stesso, il religioso è libero di scegliere la persona a cui affidare l'amministrazione del proprio patrimonio.

<sup>31</sup> Il rinvio alle leggi civili per la validità del testamento costituisce un caso di *canonizatio* delle leggi civili. Sul punto si rinvia a JEAN-PIERRE SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 2008, nonché a CHIARA MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti* (c. 22), in *Periodica*, 85, 1996, pp. 445-487; GERALDINA BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 231 ss.; MARIO TEDESCHI, *La canonizzazione delle leggi civili*, in *Diritto e Religioni*, 1-2013, pp. 66-73.

<sup>32</sup> Sul tema pare opportuno un rinvio ad ALFREDO RAVA, *Il testamento dei religiosi*, in *Quaderni di*

taria del religioso, invero, sembra porsi in contrasto con quel principio generale del diritto successorio che, proprio attraverso la tutela della libertà del *de cuius*, garantisce la naturale revocabilità dell'atto testamentario. Inoltre, il contrasto tra diritto canonico e diritto civile statale è ulteriormente acuito dalla circostanza che l'eventuale modifica delle disposizioni testamentarie in assenza della licenza del Superiore, in ossequio a quanto stabilito dal can. 668 *C.i.c.*, potrebbe addirittura integrare un'ipotesi di comportamento illecito sanzionabile secondo le norme proprie dell'istituto e secondo le prescrizioni contenute nel *Codex*.

In una tale circostanza, fermo restando che la realizzazione di una simile condotta è in grado di determinare, nell'ambito dell'ordinamento canonico, gravi conseguenze<sup>33</sup>, di certo non si può dubitare della prevalenza delle norme civili, con la conseguente validità della modifica testamentaria effettuata dal religioso, nei cui confronti, in quanto *civis fidelis*, l'ordinamento statale garantisce il riconoscimento di una pari libertà testamentaria, che, dunque, non può conoscere una *deminutio* in ragione della volontaria adesione all'ordinamento canonico<sup>34</sup>.

Lo stesso ordine di problemi, parimenti, si presenta per ogni atto relativo ai beni temporali, per il compimento dei quali si impone, allo stesso modo, la preventiva acquisizione della licenza del Superiore competente a norma del diritto proprio.

Inoltre, al fine di rendere ancora più stringente l'accoglimento incondizionato del consiglio evangelico della povertà, il can. 668 § 3 *C.i.c.* stabilisce che «tutto ciò che un religioso acquista con la propria industriosità o a motivo dell'istituto, lo acquista per l'istituto stesso. Ciò che riceve come pensione, sussidio o assicurazione, a qualunque titolo, è acquisito per l'istituto, a meno che non sia disposto altrimenti nel diritto proprio»<sup>35</sup>.

Dal tenore dei cann. 668 § 3 e § 5 *C.i.c.* emerge chiaramente come, al momento della sua morte, il religioso difficilmente potrà disporre di un patrimonio degno di rilevanza ai fini successori. Per cui, non sembrerebbe particolarmente ragionevole la previsione di un obbligo di redigere un te-

---

*diritto ecclesiale*, 4-2013, pp. 452-466.

<sup>33</sup> Difatti, la gravità di una simile condotta può anche provocare l'abbandono della vita religiosa.

<sup>34</sup> Per approfondimenti si rinvia a JANUSZ KOWAL, *Uscita definitiva dall'istituto religioso dei professi di voti perpetui*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1997.

<sup>35</sup> Inoltre, nell'ipotesi in cui il professo abbia dovuto praticare la rinuncia radicale ai propri beni, verrà meno ogni sua capacità di acquistare e di possedere beni, al punto che ogni atto contrario al voto di povertà, ai sensi del 668 § 5 *C.i.c.*, dovrà intendersi invalidamente posto in essere. Tuttavia, come sottolineato, un tale atto sarebbe invalido soltanto per il diritto canonico e non anche per l'ordinamento giuridico statale.



stamento successivamente alla professione, anche alla luce del già segnalato divieto di modifiche delle disposizioni testamentarie effettuate prima della professione, salvo la sussistenza di una giusta causa e previa autorizzazione del Superiore.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui, successivamente alla sua professione, il religioso sia designato quale erede o legatario, i beni così devoluti entrerebbero a far parte del suo patrimonio personale, giacché, lungi dal trovare applicazione il principio stabilito nel can. 668 § 3 *C.i.c.*, detti cespiti non sarebbero acquisiti dal religioso con la «propria industriosità o a motivo dell'istituto». Pertanto, il religioso, a meno che non decida di rinunciare all'eredità o al legato in ossequio al voto di povertà, acquisterà la proprietà dei beni senza che possa ritenersi sussistente, se non espressamente specificato nel testamento, il diritto dell'istituto a concorrere all'eredità in luogo del religioso premorto<sup>36</sup>.

Infine, norme specifiche sono dettate per l'ipotesi in cui il religioso sia elevato all'episcopato. In tal caso occorre distinguere a seconda che il religioso con la professione abbia perduto o meno il dominio dei propri beni<sup>37</sup>. Nella circostanza in cui non abbia perso il dominio sui propri beni, la formazione di un patrimonio personale in capo al Vescovo religioso ben potrà suggerire, analogamente a quanto previsto per i chierici, la redazione di un testamento quale strumento con cui sovvenire, anche al momento della morte, alle future necessità della Chiesa con la devoluzione di parte del proprio patrimonio<sup>38</sup>.

#### 4. *Le esortazioni alla redazione di un testamento contenute nel Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi del 2004 e nell'Istruzione CEI in materia amministrativa del 2005.*

Pur non essendo oggetto di espressa previsione normativa un'interpretazione sistematica di molti canoni contenuti nel *Codex* sembra quindi sotten-

---

<sup>36</sup> Conseguentemente, in caso di premorienza del religioso, l'eredità sarà devoluta al soggetto indicato nel testamento, e non automaticamente all'istituto di appartenenza. Cfr. VINCENZO MOSCA, *Povertà e amministrazione dei beni negli Istituti religiosi*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2, 1990, p. 255.

<sup>37</sup> Nel primo caso, sui beni che ha ricevuto successivamente alla nomina a Vescovo potrà esercitare l'amministrazione, l'uso e l'usufrutto, fermo restando che la proprietà spetterà alla Chiesa particolare (can. 706, n. 1 *C.i.c.*); quando invece con la professione non ha perduto il dominio dei beni recupererà l'uso, l'usufrutto e l'amministrazione di quelli che aveva, oltre ad acquistare per sé a pieno titolo quelli che gli provengono in seguito.

<sup>38</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Sostenere la Chiesa per servire tutti. A vent'anni da Sovvenire alle necessità della Chiesa Lettera dell'Episcopato nel ventesimo anniversario dell'avvio del nuovo sistema di sostegno economico alla Chiesa cattolica*, 2008.

dere l'opportunità che il chierico – e nei casi esaminati il religioso – rediga un testamento valido secondo le leggi civili per contribuire con il proprio patrimonio personale alle necessità della Chiesa. In effetti, una simile lettura pare essere confermata anche da quanto contenuto nel *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi Apostolorum Successores* del 22 febbraio 2004 e nell'*Istruzione della Conferenza Episcopale Italiana in materia amministrativa del 2005*.

Al riguardo, un primo riferimento normativo contenente un espresso invito all'opportunità di redigere un testamento è rappresentato dal n. 45 del *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi Apostolorum Successores* del 22 febbraio 2004<sup>39</sup>, in cui si dettano numerose indicazioni che i Vescovi sono tenuti ad osservare con rigore nell'esercizio del loro ufficio episcopale. In particolare, il n. 45 del *Direttorio*, dopo aver invitato il Vescovo a condurre una vita sobria ed improntata all'onestà ed alla semplicità<sup>40</sup>, impone agli stessi, quali garanti dell'unitarietà e dell'onestà della gestione dei beni diocesani, di amministrare i beni della Chiesa particolare<sup>41</sup> come un buon padre di famiglia e di vigilare affinché gli stessi non siano distolti dai fini propri della Chiesa, quali il culto di Dio, il sostentamento dei ministri, le opere di apostolato e le iniziative di carità verso i poveri (n. 45 § 2). Inoltre, all'ultimo paragrafo si esorta espressamente il Vescovo a provvedere, in tempo opportuno, alla redazione del suo testamento, «disponendo che, se gli rimarrà qualcosa come proveniente dall'altare, torni interamente all'altare» (n. 45 § 3). Il tenore di questa disposizione sembrerebbe principalmente volto ad

---

<sup>39</sup> Il testo integrale del *Direttorio* è consultabile in rete all'indirizzo [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

<sup>40</sup> Il n. 45 § 1 del *Direttorio* così recita: «La povertà affettiva ed effettiva. Per rendere testimonianza al Vangelo di fronte al mondo e di fronte alla comunità cristiana, il Vescovo con i fatti e con le parole deve seguire l'eterno Pastore, il quale “da ricco che era, si è fatto povero per noi, perché noi diventassimo ricchi per mezzo della sua povertà” (2Co 8,9). Pertanto egli dovrà essere ed apparire povero, sarà instancabilmente generoso nell'elemosina e condurrà una vita modesta che, senza togliere dignità al suo ufficio, tenga però conto delle condizioni socio-economiche dei suoi figli. Come esorta il Concilio, cerchi di evitare tutto ciò che possa in qualsiasi modo indurre i poveri ad allontanarsi, e più ancora degli altri discepoli del Signore veda di eliminare nelle proprie cose ogni ombra di vanità. Sistemi la propria abitazione in modo tale che nessuno possa ritenerla inaccessibile, né debba, anche se di condizione molto umile, trovarsi a disagio in essa. Semplice nel contegno, cerchi di essere affabile con tutti e non indulga mai a favoritismi col pretesto del censo o della condizione sociale».

<sup>41</sup> Cfr. GIORGIO FELICIANI, *Chiesa particolare (struttura, organi di partecipazione, raggruppamenti)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 3, 1989, p. 20 ss. In tal caso con l'espressione chiesa particolare, ai sensi del can. 369 C.i.c., intendiamo riferirci alla Diocesi, intesa come porzione del popolo di Dio affidata alla cura pastorale del Vescovo. Per gli altri quattro casi di chiesa particolare (prelatura territoriale, abbazia territoriale, prefettura apostolica, vicariato apostolico) si rinvia a PATRICK VALDRINI, *La costituzione gerarchica della Chiesa*, nel Vol. MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, cit., pp. 19-20.

assicurare che con la redazione del testamento si garantisca che le risorse eventualmente trattenute dal Vescovo nell'esercizio del proprio ufficio siano comunque destinate, attraverso le sue ultime volontà, al perseguimento delle finalità ecclesiali. Tuttavia, anche nel caso in cui una parte di tali ricchezze sia stata effettivamente incanalata verso l'incremento del patrimonio personale dei Vescovi, agli stessi, con il testamento, è data la possibilità, in ultima istanza, di restituire alla Chiesa tutto ciò che debba intendersi "proveniente dall'altare"<sup>42</sup>.

Un altro significativo riferimento normativo è da rinvenire nel n. 39 dell'Istruzione, che sotto la rubrica *Donazioni, eredità e legati*, oltre a riaffermare «il diritto<sup>43</sup> di ogni fedele di lasciare i propri beni alla Chiesa sia con atto fra vivi sia con atto valevole in caso di morte»<sup>44</sup>, sottolinea come «una particolare attenzione dovrebbe essere riservata dai sacerdoti, nelle loro ultime volontà, al seminario, all'istituto diocesano per il sostentamento del clero nonché all'eventuale fondo diocesano di solidarietà per i sacerdoti anziani e malati». Pertanto, in virtù del vincolo di solidarietà che lega i presbiteri tra loro, gli stessi, potendo disporre di un proprio patrimonio, non dovrebbero omettere di beneficiare, per il tempo in cui avranno cessato di esistere, quegli enti che nell'ambito della diocesi di appartenenza si occupano di conseguire le finalità dell'onesto e dignitoso sostentamento del clero.

Inoltre, al fine di evitare che possa insorgere una confusione tra patrimonio del chierico e patrimonio dell'ente parrocchiale o diocesano, il n. 39 § 2 dell'Istruzione, ponendo un importante criterio con cui approcciarsi all'interpretazione delle disposizioni testamentarie, ribadisce che, ai sensi del can. 1267 § 1 *C.i.c.*, le donazioni, le eredità ed i legati formalmente intestati al

---

<sup>42</sup> Infine, non vi è dubbio che una tale esortazione presupponga anche in capo al Vescovo il dovere di devolvere, attraverso la formazione di un valido atto testamentario, parte del patrimonio personale per sovvenire alle necessità della Chiesa. Anzi, un tale dovere per il Vescovo si pone in termini ancora più stringenti rispetto a quanto previsto per gli altri presbiteri, dal momento che allo stesso è riconosciuta una diretta responsabilità in ordine alla gestione dei beni temporali della Diocesi. Cfr. LUIGI CONTI, *L'amministrazione del patrimonio della Diocesi*, in *Osservatorio delle libertà e delle istituzioni religiose*, [www.olir.it](http://www.olir.it), 2005.

<sup>43</sup> Tale diritto, tuttavia, sembra qualificarsi, alla luce del can. 222 *C.i.c.*, piuttosto come un diritto-dovere del singolo fedele.

<sup>44</sup> Si ricorda, inoltre, che per il caso in cui il fedele defunto abbia ommesso di beneficiare la Chiesa secondo le formalità previste dal diritto civile, il can. 1299 § 2 *C.i.c.* pone in capo agli eredi l'obbligo di adempiere alle volontà del *de cuius* comunque espresse. Di conseguenza, anche quando le ultime volontà non si siano manifestate in forme valide per le leggi civili è comunque fatto obbligo agli eredi di dare esecuzione a tali disposizioni in favore della Chiesa, pena l'infrazione nei loro confronti della sanzione canonica ritenuta più opportuna dall'Ordinario. Per ulteriori approfondimenti cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *Il testamento per la Chiesa: testo e contesto del can. 1299*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 4-2013, pp. 393-430.

Vescovo, o al Vescovo pro-tempore, al Parroco, o al Parroco pro-tempore si intendono fatti in favore rispettivamente dell'ente diocesi e dell'ente parrocchia.

Di una tale presunzione si dovrà senz'altro tener conto nella redazione di un testamento olografo. Nondimeno, nel caso di testamento pubblico, il notaio, chiamato a ridurre le volontà testamentarie, sarà tenuto ad ammorire il disponente della circostanza che per il diritto canonico una simile devoluzione, lungi dal beneficiare la persona del Vescovo o del Parroco, si intende destinata in favore della Diocesi o della Parrocchia<sup>45</sup>. Pertanto, in tal caso, il notaio sarà chiamato ad espletare un ulteriore supplemento di indagini in ordine all'accertamento della volontà del testatore, riducendo tali volontà in una forma tale da escludere l'operatività del richiamato can. 1267 § 1 *C.i.c.* qualora il disponente intenda beneficiare la persona del Vescovo o del Parroco, e non il relativo ente. Allo stesso modo, ad un simile criterio sembrerebbe essere vincolato anche il giudice eventualmente adito per chiarire il senso delle volontà testamentarie così espresse<sup>46</sup>. A ben vedere, in tale circostanza, come pure confermato dalla giurisprudenza di legittimità in materia di controlli canonici<sup>47</sup>, nei confronti del giudice, ma evidentemente anche del notaio in sede di redazione del testamento<sup>48</sup>, si impone un onere di conoscenza delle norme del *Codex iuris canonici*<sup>49</sup>.

Dall'analisi di queste fonti normative si può desumere come, nonostante l'apparente silenzio del *Codex*, il diritto canonico si muova nella direzione di porre un vero e proprio dovere, in capo al chierico, di formare un valido testamento. Del resto, l'obiettivo di impedire che il chierico deceda senza aver tempestivamente provveduto alla preventiva redazione di un valido atto

---

<sup>45</sup> Inoltre, nell'ipotesi in cui il testatore abbia inteso beneficiare la Parrocchia sulla base di un testamento redatto in data anteriore al 1° luglio 1987 è necessario procedere alla formazione di un nuovo testamento, dal momento che tali devoluzioni andrebbero ad essere destinate, ai sensi della 222/1985, all'Istituto diocesano per il sostentamento del Clero.

<sup>46</sup> In tal caso l'azione potrebbe essere proposta o dall'ente ecclesiastico parrocchiale o diocesano, o dal presbitero e dai suoi eredi.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., sez. II, 23 maggio 2012, n. 8144, con nota di ANTONIO FUCILLO, Iura novit curia. *La Suprema Corte torna sulla rilevanza civile dei controlli canonici*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1-2, 2012, pp. 348-349.

<sup>48</sup> Difatti, l'eventuale formazione di un testamento pubblico non conforme alle volontà del disponente potrebbe essere causa di responsabilità professionale del notaio.

<sup>49</sup> Questo aspetto sembra invitare gli operatori del diritto alla massima attenzione e prudenza in presenza di tali situazioni, a causa dell'incidenza del diritto canonico sugli strumenti di diritto civile. Sul punto mi sia consentito un rinvio a FABIO BALSAMO, *Alienazione e acquisti immobiliari degli enti ecclesiastici*, nel Vol. FERNANDO BOCCHINI (a cura di), *La compravendita immobiliare*, Tomo II, a cura di, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 41-68, in particolare pp. 67-68.

testamentario è confermato da numerose e puntuali disposizioni di diritto particolare.

5. *I limiti alla libertà testamentaria degli ecclesiastici quale strumento di tutela dell'integrità patrimoniale della Chiesa.*

5.1 *Le ragioni della previsione di un apposito dovere di redigere il testamento nelle norme di diritto particolare.*

Differentemente dalla scelta effettuata dai compilatori del *Codex iuris canonici*, nel Direttorio del 2004 e nell'Istruzione CEI in materia amministrativa del 2005 sono contenute, rispettivamente per i Vescovi e per i chierici, delle precise esortazioni alla redazione di un testamento con cui destinare parte del proprio patrimonio alle necessità della Chiesa. Le indicazioni contenute in tali fonti sono oggetto di notevole attenzione nell'ambito del diritto particolare, nel quale non si esita a qualificare l'invito alla formazione di un testamento come un vero e proprio dovere che il chierico è tenuto ad adempiere.

Del resto, la scelta di affidare alle norme di diritto particolare di ordine diocesano la previsione di un simile dovere sembrava già posta dalla stessa Istruzione della CEI in materia amministrativa del 1992 (modificata da ultimo nel 2005), la quale, nel richiamare gli ambiti nei quali il Vescovo è chiamato ad esercitare la propria potestà legislativa, poneva particolare attenzione «alla disciplina del clero diocesano, in particolare per quanto concerne l'accurata distinzione dell'amministrazione dei beni propri da quella dei beni degli enti ecclesiastici cui i preti sono addetti», ed alla «confezione e al deposito del testamento»<sup>50</sup>. Pertanto, l'Istruzione, già nel 1992, si preoccupava di garantire che la legislazione diocesana fosse tesa ad assicurare un'effettiva distinzione tra beni personali del chierico e beni ecclesiastici<sup>51</sup>, oltre

---

<sup>50</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa*, 1992, n. 6, lett. g., in cui si richiede che la legislazione diocesana abbia ad oggetto «la disciplina del clero diocesano, in particolare per quanto concerne l'accurata distinzione dell'amministrazione dei beni propri da quella dei beni degli enti ecclesiastici cui i preti sono addetti, la confezione e il deposito del testamento, la tenuta della casa canonica, la promozione del fondo diocesano di solidarietà fraterna tra sacerdoti, l'assistenza da assicurare ai parroci emeriti e ai sacerdoti inabili, ecc».

<sup>51</sup> Del resto, la necessità di operare una netta distinzione tra patrimonio personale del chierico e patrimonio ecclesiastico era già chiaramente avvertita nel *Decretum Gratiani*, laddove al C. 12, p. 2, c. 18 si riportava il divieto, sancito da Papa Leone IV, di usurpazione dei beni ecclesiastici da parte dei Vescovi. Sul punto cfr. MARIA D'ARIENZO, *L'obbligo di riparazione del danno in diritto canonico. Percorsi di ricerca*, cit., p. 64.

alla necessità di provvedere alla confezione ed al deposito di un testamento presso la Curia. Un'ulteriore sollecitazione in tal senso proveniva anche dal Documento della CEI *Sovvenire alle necessità della Chiesa. Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, che, già nel 1988, ricordava come nei sinodi diocesani fosse stato più volte ribadito «con forza» il dovere di ciascun prete e di ciascun vescovo «di fare testamento, depositandone copia presso la curia diocesana o persona fidata, evitando così che i beni derivanti dal ministero, cioè dalla Chiesa», finissero ai parenti per successione di legge<sup>52</sup>.

Come evidenziato, quindi, non mancano affatto indicazioni chiare e puntuali, in grado di vincolare i Vescovi a provvedere all'emanazione di un'adeguata legislazione diocesana che si mostri particolarmente attenta al tema attraverso la previsione di un rigoroso dovere di redazione del testamento.

Oltretutto, con la formazione di un testamento il chierico, dando contezza dell'entità del suo patrimonio personale, potrà dimostrare di aver amministrato i beni della Chiesa avendoli destinati non all'accrescimento del suo patrimonio, ma, come raccomandato anche dal *Codex*, al perseguimento delle finalità ecclesiali. In tal senso, l'obbligo di procedere alla formazione di un testamento sembra costituire anche uno strumento con cui dimostrare, dinanzi alla comunità<sup>53</sup>, la realizzazione di «un'amministrazione ecclesiastica credibile»<sup>54</sup>, improntata, in ossequio ai principi di correttezza e trasparenza, alla considerazione del patrimonio ecclesiastico non come patrimonio proprio, ma, al contrario come complesso di beni «di cui rendere conto a Dio e ai fratelli, soprattutto ai poveri»<sup>55</sup>. In tal senso è da segnalare il *Vademecum* emanato il 1° ottobre 2013 dal Vescovo di Novara Mons. Franco Giulio Brambilla, in cui si stabilisce che il Parroco sia tenuto a comunicare ai fedeli il rendiconto così come l'ammontare delle offerte, oltre che il loro

---

<sup>52</sup> Nello stesso punto il Documento invitava i chierici a formulare le proprie volontà «in coerenza con i valori sopra ricordati disponendo in favore della Chiesa dei beni di origine ministeriale e non temendo di restituire alla Chiesa stessa l'incommensurabile ricchezza spirituale da essa ricevuta anche destinandole i propri beni personali». Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Sostenere la Chiesa per servire tutti. Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, 1988, n. 22, lett. d).

<sup>53</sup> Difatti, secondo il Regolamento Parrocchiale per la Diocesi di Bologna, il testamento del sacerdote, a seconda dei casi, può essere fonte «di edificazione o di scandalo. Quando non esiste o è fatto in un certo modo può rovinare il testamento spirituale».

<sup>54</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Sostenere la Chiesa per servire tutti. Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, n. 22, lett. c).

<sup>55</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Esortazione apostolica post-sinodale* Pastores dabo vobis, 25 marzo 1992, n. 20. Il testo del Documento è consultabile integralmente in rete al sito [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Non è un caso, infatti, che, in passato, per i sacerdoti, ed in particolare per il Parroco alla luce del legame che si crea con i parrocchiani, era consuetudine formare un testamento in cui, oltre alle disposizioni di carattere spirituale (cd. testamento spirituale), comparivano anche le necessarie indicazioni di carattere patrimoniale, lette, dinanzi all'intera comunità, al termine delle esequie.

utilizzo. Analogamente è stabilito che «qualsiasi somma depositata in banca o investita in titoli va intestata solo alla parrocchia e non al parroco»<sup>56</sup>.

Pertanto, una delle ragioni principali sottese all'obbligo di redigere un testamento posto, dalle norme di diritto particolare, in capo al chierico, sembra essere tuttora quella di permettere alla comunità dei fedeli, ma soprattutto alla Curia Diocesana, un controllo *ex post* sulla gestione dei beni ecclesiastici operata in vita dal presbitero. Difatti, soprattutto in presenza di patrimoni ereditari dei presbiteri di particolare consistenza, pare doversi riconoscere, in capo alla Curia, il potere di accertare che il *relictum*, ossia ciò di cui il *de cuius* intenda disporre alla sua morte, sia effettivamente solo il suo patrimonio personale, e non il frutto di donazioni o offerte fatte dai fedeli in favore della Parrocchia<sup>57</sup>. Da qui l'assunzione del testamento a strumento privilegiato di attestazione dell'esemplarità del sacerdote nell'amministrazione dei propri beni economici, oltre che ad efficace azione pastorale e di testimonianza di vita coerente con il proprio ministero<sup>58</sup>.

Ciò è chiaramente confermato da taluni Decreti generali diocesani sul dovere di fare testamento per i presbiteri, nonché da numerose Istruzioni diocesane, emanate in ossequio al can. 1267 § 2 *C.i.c.*, che assumono la forma di veri e propri *Vademecum per la gestione e l'amministrazione della Parrocchia*, oltre che dai puntuali Regolamenti Parrocchiali in materia amministrativa a livello diocesano, i quali, recependo le linee guida contenute in un *Vademecum* promosso nell'ambito degli incontri tenuti tra gli Economi e i Responsabili degli Uffici giuridici di numerose Diocesi italiane, dettano ulteriori norme integrative più confacenti alle concrete situazioni locali<sup>59</sup>.

In particolare, il Regolamento Parrocchiale in materia amministrativa per la Diocesi di Piacenza-Bobbio prevede che tra i doveri dei presbiteri vi sia

---

<sup>56</sup> Il *Vademecum*, inoltre, ribadisce il dovere di redazione e di deposito del testamento in Curia. Per approfondimenti si rinvia a GIANFRANCO QUAGLIA, *Un "Vademecum" per la "spending review" delle Parrocchie*, in *La Stampa*, 16 novembre 2013.

<sup>57</sup> Ciò pare confermato dalla prassi, giacché, al netto di alcuni casi di presbiteri appartenenti a famiglie già notoriamente facoltose, non sono mancati episodi caratterizzati dalla presenza di patrimoni ereditari di considerevole entità, su cui si è rivelata necessaria un'attività di controllo della Curia diretta a verificare l'effettiva misura del *relictum*. Difatti, in alcuni casi, alla luce dell'efficacia, seppur provvisoria, riconosciuta agli atti privi di *licentia*, soltanto la visione del testamento, e delle sue anomalie, ha indotto la Curia ad espletare un controllo su gestioni inappropriate del patrimonio ecclesiastico parrocchiale, comprovate da movimentazioni di somme di danaro non autorizzate dal conto corrente parrocchiale a quello personale del presbitero. Cfr. GIULIANA DE VIVO, *Giallo sul tesoro del prete in eredità alla badante*, cit.

<sup>58</sup> In questi termini si esprime il *Decreto generale sul dovere di fare testamento per i presbiteri* emanato l'8 luglio 1986, per la Diocesi di Bergamo, da Mons. Giulio Oggioni.

<sup>59</sup> Cfr. DIOCESI DI TREVISO, *Vademecum per l'amministrazione della Parrocchia*, 14 agosto 1995.

quello di compilare un testamento chiaro, devolvendo parte del patrimonio alla comunità che serve<sup>60</sup>. Ben più incisivo al riguardo è il Regolamento Parrocchiale per la Diocesi di Bologna, il quale, a giustificazione della compressione della libertà testamentaria del chierico – che è tenuto a redigere, in tempi opportuni, un testamento spirituale ed economico ricordandosi di sovenire con lo stesso alle necessità della sua comunità – stabilisce che «nella mente della comunità che serve – essendo egli considerato non un “privato cittadino” che dispone dei “suoi” beni in assoluta libertà, ma l’uomo della comunità” ad essa dedito per intero – lascerà un “ricordo” di sé in buona parte legato all’ultima predica del suo testamento»<sup>61</sup>. Lo stesso Regolamento, a dimostrazione che l’obbligo di redigere un valido testamento per il chierico assolve anche ad una funzione di controllo sull’eventuale confusione di beni personali e beni ecclesiastici, pone in capo al Parroco anche il dovere di un’attenta distinzione tra beni della Parrocchia e beni personali, e ricollega espressamente il dovere di redigere il testamento anche a tale finalità. Più netta è l’Istruzione del 1° ottobre 2013 *Vademecum per la gestione e l’amministrazione della Parrocchia* per la Diocesi di Novara, la quale, al n. 13, statuisce che è «indispensabile, onde evitare liti e incomprensioni tra gli eredi e la comunità parrocchiale, predisporre il testamento e depositarlo in Curia, come ogni sua successiva modifica». Analoga attenzione è data dal *Decreto sul dovere di fare testamento per i presbiteri per la Diocesi di Bergamo* dell’8 luglio 1986, in cui, oltre a prevedersi il dovere per ogni sacerdote diocesano «di fare testamento e di renderlo reperibile dopo la morte», nella Lettera allegata si indicano una serie di motivi con cui si giustifica l’imposizione di un tale dovere, tra cui assume primaria rilevanza la necessità di gestire i beni economici secondo i principi di una autentica povertà sacerdotale<sup>62</sup>.

Oltre alle già menzionate necessità di soddisfare l’espletamento di un controllo *ex post* sulla gestione dei beni ecclesiastici effettuata in vita dal chierico, invero, la fissazione di un simile dovere sembra essere finalizzata

---

<sup>60</sup> Cfr. DIOCESI DI PIACENZA-BOBBIO, *Regolamento parrocchiale in materia amministrativa*, p. 42.

<sup>61</sup> Cfr. *Regolamento Parrocchiale per la Diocesi di Bologna*, 1° novembre 1991, p. 42, lett. c).

<sup>62</sup> Tra gli i motivi addotti a sostegno del dovere di fare testamento vi è la necessità di dare un buon esempio ai fedeli, evitare alla morte discussioni e contesa tra parenti. Inoltre, nel prosieguo della Lettera l’allora Vescovo di Bergamo sottolineava come soltanto in relazione ai beni personali il sacerdote può disporre con il testamento a suo arbitrio, «salvi i principi di una equità cristiana, secondo la quale ad esempio, il superfluo deve avere una destinazione sociale, cioè per il bene dei poveri e della comunità, non esclusa la comunità ecclesiale». Infine, sempre secondo quanto raccomandato da Mons. Giulio Oggioni, un “bravo sacerdote” non dovrebbe mai dimenticare, con il suo testamento, di beneficiare, oltre alle persone cui si deve una retribuzione per giustizia (si pensi alla collaboratrice domestica), anche il seminario che l’ha formato al sacerdozio ed il fondo di solidarietà per i sacerdoti anziani o malati.



principalmente all'incremento del patrimonio ecclesiastico, che, dalle ultime volontà dei chierici, potrebbe ricevere un significativo contributo.

A tal fine, l'obiettivo di impedire che il chierico muoia senza aver prima redatto un valido testamento appare innanzitutto funzionale ad impedire l'apertura di una successione *ab intestato*<sup>63</sup>, che, escludendo irrimediabilmente dall'eredità gli enti della Chiesa, veda il necessario coinvolgimento, in mancanza di moglie e figli, dei genitori (ed eventualmente dei nonni) quali eredi legittimi necessari, nonché dei fratelli o delle sorelle, quali eredi legittimi non necessari (art. 571 c.c.), fino ai nipoti, in mancanza dei fratelli, e, in ultima istanza, dei parenti fino al sesto grado in mancanza tanto di nipoti che di fratelli (art. 572 c.c.). Dalla redazione del testamento da parte del chierico, dunque, la Chiesa, oltre a trarre come vantaggio la probabile e raccomandata devoluzione di parte dei beni personali del chierico in suo favore o comunque in favore di opere di carità da essa gestite, ottiene soprattutto come beneficio l'esclusione di tutti quegli eredi legittimi che non siano anche legittimari ai sensi dell'art. 536 c.c. A ciò è da aggiungere che, inoltre, la categoria dei legittimari, nel caso dei chierici, si ridurrebbe soltanto agli ascendenti legittimi, spesso non presenti in quanto premorti, dal momento che i presbiteri, essendo tenuti al celibato, non potranno avere normalmente moglie e figli<sup>64</sup>. Di conseguenza, in presenza di un testamento ritenuto lesivo degli interessi patrimoniali di un ente ecclesiastico – come potrebbe accadere nell'ipotesi di confusione del patrimonio personale del chierico con il patrimonio ecclesiastico – un'eventuale azione promossa dalla Curia per rivendicare i propri interessi vedrebbe opposti solamente i legittimari del chierico, e non anche tutti gli eredi legittimi, con un evidente vantaggio processuale.

Orbene, l'indicazione dei meccanismi per la designazione degli eredi nel caso di successione non testamentaria e l'attenzione dedicata a questi aspetti nei vari *Vademecum per l'amministrazione della Parrocchia*<sup>65</sup> sembra pacificamente confermare come il diritto canonico particolare si sforzi di scongiurare il verificarsi dell'ipotesi dell'apertura di una successione *ab intestato* del presbitero. Tale obiettivo, inoltre, è ulteriormente assistito da una serie di cautele che, prescrivendo determinate formalità in ordine alla formazione ed al deposito del testamento presso gli Uffici della Curia, rendono ancora

<sup>63</sup> Sulla successione legittima si rinvia all'opera di LUIGI MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale (successione legittima)*, VI edizione, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>64</sup> Fa eccezione, nell'ambito della Chiesa cattolica di rito latino, a questa ipotesi il caso, possibile soprattutto per i religiosi prima della professione, di ecclesiastici che prima della loro *ordinatio in sacris* abbiano contratto matrimonio e/o abbiano generato prole.

<sup>65</sup> Cfr. DIOCESI DI TREVISO, *Vademecum per l'amministrazione della Parrocchia*, 14 agosto 1995.

più difficoltosa l'elusione del dovere del chierico di redigere un valido testamento. Difatti, attraverso la verifica del mancato deposito del testamento presso gli Uffici della Curia diocesana, il Vescovo potrebbe ammonire il presbitero in ordine all'obbligatoria osservanza di dette formalità, oltre che, naturalmente, della necessità di redigere un testamento nell'ipotesi in cui il presbitero non vi abbia ancora provveduto.

Queste ultime norme, a ben vedere, unitamente alla raccomandazione di destinare parte delle proprie sostanze per sovvenire alle esigenze della Chiesa<sup>66</sup>, ed in particolare ai bisogni della comunità di appartenenza, con la previsione di un puntuale obbligo di redigere un testamento comportano una indubbia limitazione della libertà testamentaria del presbitero, incidendo in ordine alla scelta di fare o non fare un testamento. Difatti, fondamentale espressione di una piena libertà testamentaria è innanzitutto la facoltà di non volersi affatto avvalere dello strumento testamentario per il tempo in cui si avrà cessato di vivere, ritenendosi più opportuno che la devoluzione delle proprie sostanze segua le norme previste dal codice civile in tema di successione legittima.

## 5.2 *Le peculiari forme di redazione e di deposito del testamento e la loro incidenza sull'effettiva libertà testamentaria del chierico.*

Le esaminate disposizioni di livello diocesano pongono un preciso dovere in capo al chierico di formare, in tempi opportuni<sup>67</sup>, un testamento, sia affinché il testamento del presbitero possa diventare uno strumento giuridico attraverso cui esprimere «le istanze di giustizia e di libertà interiore che guidano il suo rapporto con i beni temporali» e sia perché, in una visione molto più pragmatica, la stesura stessa del testamento, presupponendo «una distinzione inequivocabile tra i beni della Chiesa e quelli personali»<sup>68</sup>, costituirà, al contempo, un mezzo grazie al quale consentire alla Curia diocesana la verifica dell'eventuale lesione della integrità patrimoniale degli enti ecclesiastici. Le norme di diritto particolare, al riguardo, rendono ancora più cogente tale dovere attraverso la previsione di puntuali indicazioni che,

---

<sup>66</sup> Per approfondimenti si rinvia a GIAN PAOLO MONTINI, *Il testamento per la Chiesa: testo e contesto del can. 1299*, cit..

<sup>67</sup> Al riguardo il modello di testamento redatto per la Diocesi di Asti espressamente invita non attendere, per la formazione del testamento, gli ultimi giorni di vita per «precisare le ultime volontà, quando la morte non è più capace di ragionare e/o quando vi sono persone interessate a dare consigli inopportuni».

<sup>68</sup> Cfr. LORENZO SIMONELLI, *Il testamento del sacerdote*, cit., p. 1.

prescrivendo rigorose forme di redazione e di deposito del testamento, inevitabilmente si riverberano sulla libertà testamentaria del chierico<sup>69</sup>.

Innanzitutto, si può osservare come la forma di testamento consigliata al presbitero dalle fonti di diritto particolare sia appunto quella del testamento olografo anziché quella del testamento pubblico, e ciò nonostante i rischi di smarrimento, di soppressione, di alterazione, di falsificazione, nonché di eventuali impugnative per non autenticità della scrittura, rischi che rappresentano gli svantaggi più evidenti di tale forma di testamento<sup>70</sup>. Sul punto, quindi, pare essersi ritenuta più vantaggiosa l'economicità, la semplicità e soprattutto la segretezza, tanto dei contenuti quanto della formazione stessa del testamento, oltre che la redazione fuori della presenza di terze persone.

Tuttavia, con riferimento al testamento olografo del presbitero, l'elemento della segretezza subisce una forte attenuazione, dal momento che tutte le norme di diritto particolare prevedono, in maniera concorde, la necessità di depositare il testamento, in busta chiusa, presso gli Uffici della Curia (in particolare l'archivio della Curia o anche la Cancelleria della Curia) o presso una persona di fiducia, ed in tale circostanza è fatto obbligo al presbitero di indicare al Vescovo, magari nella visita vicariale annuale, il luogo e/o la persona presso cui l'atto testamentario è reperibile<sup>71</sup>. Dunque, il testamento olografo del presbitero, a differenza di un qualsivoglia testamento olografo, si caratterizzerà per la sua non assoluta segretezza, dal momento che il chierico, pur potendo tenere segreto il contenuto delle sue ultime volontà, non potrà però nascondere di aver formato un testamento. Di conseguenza, la previsione dell'obbligo di consegnare presso la Curia il testamento o dell'alternativo obbligo di comunicare al Vescovo il luogo in cui esso è conservato, oltre ad assurgere a cautela volta ad impedire che lo stesso possa es-

<sup>69</sup> Le norme diocesane, infatti, descrivono minuziosamente le modalità con cui formare il testamento olografo, ricordando, allo scopo di impedire la formazione di testamenti invalidi, che lo stesso va scritto di proprio pugno (e non con macchina da scrivere o al computer).

<sup>70</sup> Cfr. GUIDO CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Tomo I, III edizione interamente rivista e aggiornata a cura di ANNAMARIA FERRUCCI e CARMINE FERRENTINO, Giuffrè, Milano, 2009, p. 842; GIOVANNI BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. II, *La successione testamentaria*, Giuffrè, Milano, 2009; ANTONIO PALAZZO, *Le successioni*, II edizione, 2 voll., Giuffrè, Milano, 2000. Vedasi inoltre CESARE MASSIMO BIANCA, *Le successioni*, V edizione, Giuffrè, Milano, 2015, nonché LUIGI CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, ristampa a cura di PIETRO PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, specialmente p. 161 ss. per i rapporti tra successione legittima e successione testamentaria.

<sup>71</sup> Ad esempio così prevede il *Decreto generale sul dovere di fare testamento per i presbiteri* emanato l'8 luglio 1986, per la Diocesi di Bergamo, da Mons. Giulio Oggioni. Nel caso di presbiteri di comunità, inoltre, a conferma della maggiore compressione della libertà testamentaria che grava sui religiosi, agli stessi sarà precluso di depositare il testamento olografo presso eventuali persone di fiducia, essendo tenuti a consegnare le loro ultime volontà esclusivamente nelle mani del Superiore.

sere disperso o distrutto, assolverà piuttosto alla funzione di permettere alla Curia, al momento dell'apertura della successione, di esercitare un controllo in ordine ad eventuali disposizioni testamentarie lesive dei propri interessi patrimoniali. Infatti, se mancasse quest'ulteriore finalità di controllo – che costituisce, ad avviso di chi scrive, la principale giustificazione dell'obbligo di deposito in Curia, oltre che dello stesso dovere di redigere un testamento – la necessità di salvaguardare il testamento olografo dal rischio di dispersione o distruzione potrebbe essere ancor meglio soddisfatta dall'utilizzo della forma del testamento segreto consegnato ad un notaio.

In tal senso, la preferenza accordata alla forma del testamento olografo depositato presso gli Archivi della Curia fa sì che la preparazione e la conservazione del testamento del chierico, non necessitando della collaborazione del notaio, rimanga regolata dal solo ambito del diritto canonico.

Sulla scorta delle indicazioni contenute nel diritto diocesano parte della dottrina si è spinta a ritenere auspicabile che anche i laici, in presenza di disposizioni di ultima volontà in favore di enti ecclesiastici, possano consegnare il loro testamento olografo presso le Curie diocesane. Difatti, secondo tale convincimento, il deposito presso l'archivio della Curia diocesana potrebbe «costituire un valido strumento di tutela anche per le volontà testamentarie dei laici, qualora abbiano redatto un testamento olografo contenente delle disposizioni patrimoniali *pro Ecclesia*»<sup>72</sup>. In primo luogo, occorre sottolineare come per il laico, a differenza di quanto richiesto al chierico, non è imposto alcun obbligo di depositare presso la Curia testamenti contenenti disposizioni a favore della Chiesa, con la conseguenza che lo stesso potrà, senza ritirare il testamento depositato in Curia, formare un nuovo testamento olografo o pubblico, con cui revocare le sue precedenti volontà. Pertanto, il deposito presso l'archivio della Curia diocesana non assolverebbe anche alla funzione di assicurare una certa stabilità a tale testamento. Inoltre, premettendo che, in ogni caso, maggiori garanzie, anche se non di segretezza, sembrano essere offerte dalla redazione di un testamento pubblico, invero una stessa, se non maggiore, tutela potrebbe essere offerta dal testamento segreto, in cui, secondo la dottrina prevalente che rinviene nella fattispecie un atto complesso, la volontà del testatore, pur rimanendo segreta, si compenetra con l'atto di ricevimento del notaio presso cui è consegnata la scheda testamentaria<sup>73</sup>. In tal modo, quindi, il fedele laico, preservando la

---

<sup>72</sup> Così RAFFAELE SANTORO, *Il testamento dei chierici secolari e dei religiosi nel diritto canonico*, cit., p. 60.

<sup>73</sup> Cfr. SEBASTIANO PATANÈ, *Sulla natura giuridica del testamento segreto e sull'efficacia probatoria della scheda*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1958, p. 810.

segretezza delle proprie volontà, comunque si vedrebbe garantita la stabilità delle proprie scelte, salvo un successivo ritiro dello stesso testamento che varrebbe come revoca. Inoltre, il deposito del testamento segreto presso il notaio garantirebbe anche una più celere e sicura pubblicazione, rispetto all'ipotesi di consegna del testamento presso la Curia, che sarebbe poi tenuta, o essa stessa, o contattando l'erede testamentario, alla pubblicazione del testamento. Infine, sarebbe soltanto nell'ipotesi di testamento segreto, e non con il deposito di un testamento olografo presso la Curia, che il testatore, eventualmente già liquidando al notaio le spese per la pubblicazione del testamento segreto, potrebbe scongiurare modifiche alle sue volontà testamentarie in esecuzione di un ipotetico patto di non pubblicazione del testamento olografo cui potrebbe senz'altro aderire anche l'autorità ecclesiastica competente – debitamente autorizzata – che rappresenti l'ente beneficiario nel testamento<sup>74</sup>.

Tali ragioni, sussistenti anche nell'ipotesi di testamento redatto dal chierico, sembrano dimostrare come il diritto particolare piuttosto che all'esecuzione puntuale delle volontà del chierico, badi principalmente alla salvaguardia degli interessi patrimoniali della Chiesa attraverso la previsione di forme idonee a consentire un controllo degli Uffici di Curia sulle volontà testamentarie del chierico defunto<sup>75</sup>.

L'obiettivo di guidare il chierico verso la redazione di un testamento olografo valido per le leggi civili e coerente, dal punto di vista contenutistico, alla propria scelta vocazionale, è ulteriormente favorito dall'allegazione, nei vari *Vademecum* o *Regolamenti parrocchiali in materia amministrativa*, di facsimile di testamento olografo<sup>76</sup>, talvolta redatti non senza una certa approssimazione.

Tali modelli si caratterizzano per il frequente invito a nominare un ese-

---

<sup>74</sup> Sulla controversa figura del patto di non pubblicazione del testamento olografo si rinvia al contributo di ANTONIO MASCHERONI, *La non pubblicazione del testamento olografo per patto e tra eredi o per divieto del de cuius*, in *Notariato*, 2-2011, p. 182 ss., nonché ANDREA NATALE, *Il divieto di pubblicazione del testamento olografo*, in GIOVANNI BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, vol. II, *La successione testamentaria*, cit., specialmente pp. 741-746.

<sup>75</sup> In tal senso, la circostanza che i presbiteri siano invitati a ricorrere alla figura del notaio, tanto per la formazione (testamento pubblico), quanto per la ricezione del testamento (testamento segreto), soltanto in via residuale sembra dimostrare chiaramente come in luogo dell'effettiva salvaguardia della libertà testamentaria del chierico siano altre le finalità perseguite dalla disciplina di diritto particolare, tra cui, vi è probabilmente da annoverare anche il risparmio rispetto alle spese necessarie per il caso di testamento pubblico o segreto.

<sup>76</sup> Si rinvia, *ex plurimis*, al sito della Diocesi di Palermo, [www.diocesipa.it](http://www.diocesipa.it), in cui, nell'ambito della modulistica messa a disposizione del presbitero, compare anche un file contenente un fac-simile di testamento olografo con annesso codicillo, per le eventuali successive modifiche.

cutore testamentario (preferibilmente senza obbligo di inventario) in virtù della frequente presenza di oneri a carico dell'erede o dei legatari. Altrettanto ricorrente è anche la presenza di un fac-simile di codicillo al testamento, attraverso il quale, il testatore, senza revocare il precedente testamento, ne integra il contenuto aggiungendo o sottraendo, attraverso la previsione di legati, alcune disposizioni. In particolare, tale strumento si può rendere particolarmente utile ai fini dell'inserimento delle cc.dd. pie volontà<sup>77</sup>, nell'ambito delle quali rivestono, soprattutto nel caso di testamento dei presbiteri, primaria importanza i cc.dd. "legati di Messe". Dell'obbligo di eseguire il rispetto delle pie volontà è investito direttamente il Vescovo (can. 1301 *C.i.c.*), il quale, deve in ogni caso vigilare sull'esecuzione della pia volontà<sup>78</sup>, anche perché l'inadempimento di un tale onere, lungi dal rimanere confinato alle sanzioni previste dal diritto canonico, potrebbe comportare delle conseguenze rilevanti anche per il diritto civile<sup>79</sup>.

Infine, nei vari fac-simile di testamento olografo allegati nelle diverse fonti diocesane la latente esortazione a beneficiare gli enti della Chiesa attraverso i propri lasciti testamentari traspare in modo più o meno evidente<sup>80</sup>. Infatti, nonostante non manchino casi in cui l'esortazione a sovvenire alle necessità della Chiesa con opportuni ed adeguati lasciti non sia così marcata, in numerosi modelli di testamento, al contrario, il richiamo alla generosità del presbitero si palesa in forme davvero fin troppo accentuate<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Per approfondimenti si rinvia a FRANCESCO FALCHI, *Le pie volontà*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, cit., 1999, p. 169.

<sup>78</sup> L'Ordinario diocesano deve vigilare sull'adempimento degli oneri ma, qualora l'adempimento delle pie volontà risulti difficile, egli ha la potestà di ridurre, contenere o commutare le pie volontà, in presenza di una causa giusta e necessaria. Nessuna riduzione tuttavia è ammessa in presenza di un cc.dd. legato di Messa. Per tali ragioni il Vescovo dovrà essere tempestivamente informato dalla destinazione di beni immobili e mobili *ad causas pias*. Infatti, il can. 1267 § 3 *C.i.c.* stabilisce che le offerte destinate dal fedele ad un determinato fine «non possono che essere impiegate per quel fine», obbligando quindi l'autorità ecclesiastica ad adempiere con la massima scrupolosità (*diligentissime*) alle disposizioni per l'anima.

<sup>79</sup> Al riguardo, infatti, potrebbe invocarsi l'operatività dell'art. 648 c.c., il quale prevede che, in caso di inadempimento dell'onere, qualsiasi interessato possa chiedere all'autorità giudiziaria la risoluzione della disposizione testamentaria, e ciò quando tale possibilità sia stata prevista dallo stesso disponente e quando l'adempimento dell'onere abbia rappresentato l'unico motivo determinante della liberalità. Cfr. UGO CARNEVALI, *La donazione modale*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* (diretto da GIOVANNI BONILINI), vol. VI, *Le donazioni*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 845 ss. Sul punto mi sia consentito un ulteriore rinvio a FABIO BALSAMO, *Alienazione e acquisti immobiliari degli enti ecclesiastici*, nel Vol. FERNANDO BOCCHINI (a cura di), *La compravendita immobiliare*, cit., pp. 41-68, in particolare p. 65.

<sup>80</sup> In particolare, negli stessi è frequente, nell'ambito di un'espressa istituzione di erede, che siano designati come eredi la Parrocchia o un altro ente ecclesiastico (ad esempio il Seminario).

<sup>81</sup> A titolo esemplificativo si riportano alcune ipotesi di legato contenute nel modello di fac-simile

Ebbene, in tali casi, non sembra potersi negare che la presenza di simili disposizioni, all'interno dei modelli di testamento, possa, nel concreto, condizionare la libertà testamentaria del presbitero in modo eccessivo rispetto all'obiettivo di perseguire la pur legittima finalità di salvaguardia dell'integrità patrimoniale degli enti della Chiesa.

Sicché, lungi dal rappresentare dei semplici orientamenti con cui guidare il chierico alla stesura di un testamento olografo non affetto da nullità – e pertanto in grado di spiegare validamente i propri effetti – gli allegati alle norme diocesane finiscono piuttosto con il porsi come indicazioni vincolanti da cui, nella sostanza, pare ben difficile discostarsi.

---

predisposto per la Diocesi di Asti.

- 1) Lego alla Diocesi di Asti la somma di euro...per le Missioni (o per);
- 2) Lego alla Diocesi di Asti il 10% del denaro liquido (oppure la somma di euro...) per la celebrazione di S. Messe in mio suffragio e per i miei morti;
- 3) Lego alla Congregazione delle Suore di San...con sede legale in...un alloggio...;
- 4) Di tutto il resto, nulla escluso o ritenuto, nomino mio erede universale il signor...oppure la parrocchia...sita in...oppure il Seminario Vescovile di Asti...oppure....

In tale modello, inoltre, a differenza di altre circostanze, manca anche l'indicazione degli elementi essenziali che il testamento deve contenere.

# *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale*

VALENTINA BARELA

## *1. Centralità dell'interesse del minore nel diritto di famiglia*

La condizione di minore negli ultimi decenni ha assunto una forte centralità nei dibattiti politico-sociali-giuridici inerenti l'evoluzione degli istituti giuridici coinvolti, nonché nelle vicende processuali aventi ad oggetto situazioni che riguardino sia pur indirettamente il minore. Le patologie del matrimonio, l'adozione del minore, così come tutte le situazioni che ineriscono la vita privata e familiare del minore impongono il suo ascolto e l'assunzione di scelte che siano sottese al suo interesse.

L'interesse del minore è spesso elevato a criterio interpretativo, tuttavia non sussistono parametri predefiniti di valutazione e l'analisi della specifica situazione del minore, quale persona, inquadrato nell'ambito del suo contesto familiare esistente, qualora vi sia, rimane il percorso interpretativo più adeguato per cogliere concretamente il suo "interesse". Ciò nonostante si deve riscontrare che Carte internazionali e gruppi di studio europei<sup>1</sup> si muovono sempre più intensamente verso la condivisione di principi comuni in tema di diritto di famiglia<sup>2</sup>, storicamente ambito di competenza delle

---

<sup>1</sup> Il *Common Frame of Reference* testimonia la possibilità di un linguaggio comune, così come il ventennale progetto *The Common Core of European Private Law* che ha enucleato le significative convergenze anche nella materia del diritto di famiglia. Da ultimo, di grande rilievo sono i risultati della *Commission European of Family Law*, su cui si soffermerà nel testo.

<sup>2</sup> Non può negarsi che il «mercato» sia stato il dominus dei primi cinquanta anni delle Comunità e che gli individui e non le persone siano stati oggetto di interesse del diritto europeo, ma deve anche ammettersi che dall'intensificazione delle normative a tutela del consumatore un nuovo modo di operare ha visto la persona al centro di molte iniziative legislative. D'altronde l'etimologia della parola «persona» invoca la relazione con un'altra persona. Al riguardo, si veda l'analisi storica del linguaggio compiuta da LEA QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in una prospettiva europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 2, 2010, p. 450 ss.

I primi atti del Parlamento europeo sono in concomitanza con l'adozione della Convenzione Onu



legislazioni nazionali/locali. Invero, la condivisione dell'opportunità dell'individuazione di principi e valori comuni nell'ambito del diritto di famiglia, di recente, si rivela importante anche negli interventi legislativi comunitari, nonché in alcuni ordinamenti, notoriamente distanti da quelli della tradizione giuridica occidentale, come quello marocchino che ha fondamento nel diritto islamico<sup>3</sup>.

La prospettiva di una tutela del minore che non lo veda solo come destinatario passivo di decisioni prese autonomamente nel suo interesse è mutata in modo sensibile verso una visione che lo vede partecipe, in relazione alla sua capacità di discernimento, alle scelte espressive della propria personalità.

La dottrina *in primis* e la giurisprudenza poi hanno contribuito in modo

---

del 1989 e si rinviengono nella Direttiva del 1995, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro e nel Trattato di Amsterdam del 1997 in merito alla cooperazione di polizia e giudiziaria, in materia penale tra gli Stati membri, in ordine ai reati compiuti nei confronti dei minori. Invero, anche il Trattato di Lisbona fa riferimento alla tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi dell'Unione; tuttavia, questa proclamazione ha un valore prevalentemente declamatorio, considerando che gli aspetti sostanziali del diritto di famiglia sono prevalentemente rimandati alla competenza interna degli ordinamenti nazionali. Tuttavia alcuni ambiti penali e di diritto dell'immigrazione si prestano a fronteggiare energicamente i danni cagionati al minore, tutelando il suo "interesse": così la Direttiva del 2011 contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (Direttiva che impone agli Stati membri di nominare un tutore o un rappresentante del minore; o la Direttiva del 2011 sull'attribuzione della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati e sul contenuto della protezione riconosciuta.

<sup>3</sup> Si pensi alla recente revisione della Costituzione marocchina che segnala una considerevole evoluzione del diritto di famiglia, ed in particolare una democraticizzazione di principi e valori. Sull'argomento si v. CAMILLA CREAS, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 1, 2016, p. 246 ss.

Invece, un'ulteriore testimonianza dell'apertura dell'ordinamento italiano verso gli altri ordinamenti, quando occorre tutelare *the best interest of the child*, è data dall'ammissione nel nostro ordinamento della Kafala, istituto di diritto islamico che consente di affidare i minori che si trovino temporaneamente o stabilmente senza famiglia ad un soggetto che possa interessarsi alla loro cura, senza che ciò determini la nascita di alcun legame parentale. Si ponga mente che nei sistemi islamici l'adozione è talvolta sconosciuta se non vietata alla luce di un'espressa previsione canonica. Si v. ANNAMARIA GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo, commento a Tribunale per i minori di Trento, decreto 11 marzo 2002*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2004, p. 139; MAURIZIO ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2005, n. 2, p. 635 ss. Cfr. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, n. 7-8, 2015, p. 707, con commento di MAURIZIO DI MASI, *La Cassazione apre alla Kafalah negoziale per garantire in concreto best interests of the child*, p. 717. Per un approfondimento sul tema, che analizzi anche le possibili e talvolta difficili assimilazioni con gli istituti presenti nel nostro ordinamento si v. l'attenta analisi di ANTONIO FUCILLO, *Giustizia e religione*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 191 ss. L'A., anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza, ha evidenziato le analogie con l'affidamento familiare, con l'affidamento preadottivo, il cui esito positivo porterebbe all'adozione legittimante e di qui la necessità della ratifica della Convenzione de L'Aja; nonché l'A. prende anche in considerazione le similitudini con l'adozione nei casi particolari, ad ogni modo, rilevando come sia innegabile la condivisione della kafala con l'istituto dell'adozione, in ragione delle stesse finalità, responsabilità educative e di mantenimento economico.

determinante a sviluppare il tema dell'interesse del minore<sup>4</sup>, favorendo una maggiore compartecipazione verso la ricerca di soluzioni giuridiche in grado di tutelare il minore non più quale soggetto passivo, ma quale persona, e pertanto quale parte attiva e partecipe delle situazioni giuridiche che lo riguardano. Il suo interesse non deve essere inteso come superiore rispetto agli altri membri familiari, ma “dinanzi ad esigenze di concorso, quell'interesse deve essere oggetto di primaria considerazione”<sup>5</sup>.

Ciò che conta è l'attuazione dell'interesse del minore, in considerazione della sua vita privata e familiare, quale risultante di un equilibrio, non predefinito, ma ridisegnato di volta in volta attraverso un bilanciamento tra le due opposte esigenze, rigidità e flessibilità delle regole<sup>6</sup>, che talvolta si coniuga tra il dovere pedagogico dei genitori e il diritto di autodeterminazione dei minori.

Il tema giuridico dei *best interests of the child* mostra in modo evidente la necessità della interdisciplinarietà del diritto di famiglia, ossia di quanto preziosi possano essere i contributi di discipline anche non giuridiche per l'individuazione di regole o forme di tutela. Difatti, per tutte le problematiche giuridiche inerenti il minore gli studi pedagogici e sociologici hanno un ruolo rilevante.

Significativo contributo per la realizzazione dell'interesse del minore è stato reso dal legislatore italiano<sup>7</sup>, soprattutto con la parificazione dei figli

---

<sup>4</sup> Sulla nozione dell'interesse del minore la bibliografia è ampia. Tuttavia, è d'uopo fare riferimento all'autorevole dottrina che già nel lontano 75, sollecitava gli interpreti a riflettere sull'interesse del minore quale “soggetto debole”. Il riferimento è chiaramente rivolto a PASQUALE STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1975, *passim*; *Id.*, *La tutela dei soggetti “deboli”*, San Paolo Edizioni, Milano, 2004, p. 19 ss. Si v. anche ENRICO QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto*, n.1, 1999, p. 80; LEONARDO LENTI, *Best interest of child” on “best interest of the children?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2010, p. 157; ROSANNA DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2012, p. 473. Non sono mancate feroci critiche che attribuiscono a questa nozione il rischio di diventare vuota tautologia e mera occasione per ampliare la discrezionalità del giudice. Così, MASSIMO DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?*, nota a *Trib. Min. Torino*, 26 febbraio 1992, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 1992, p. 1093; si v. anche GIANFRANCO DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 4, 1995, p. 1604.

<sup>5</sup> LAURA PIRONE, *Osservazioni in tema di libertà religiosa nella realtà familiare*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1998, I, p. 679 ss.

<sup>6</sup> ELISABETTA LAMARQUE, *Prima i bambini*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 16.

<sup>7</sup> La legge n. 219 del 10 dicembre del 2012 ha compiuto una prima equiparazione tra figli naturali e figli legittimi e il decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 ha eliminato le residue discriminazioni tra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, introducendo il principio di unicità dello stato di figlio, anche adottivo, il principio per cui la filiazione fuori dal matrimonio produce effetti successori nei confronti di tutti i parenti e non solo dei genitori, ponendo al centro il concetto di responsabilità parentale.

naturali e dei figli legittimi, l'unicità di status, e con il nuovo dettato dell'art. 315 *bis* c.c. con il quale il legislatore ha inteso "inquadrare le prerogative che animano la potestà in termini di diritti spettanti al minore nei confronti dei genitori"<sup>8</sup>. Le recenti riforme sono in parte rappresentative del processo evolutivo che dal secondo dopo guerra si sta registrando – seppur con tempistiche diverse – in tutta Europa.

Il superamento di un unico modello familiare<sup>9</sup> e la forte sensibilizzazione giuridica verso una tutela dei diritti fondamentali e delle situazioni giuridiche esistenziali sono il focus del processo che ha investito il diritto di famiglia nell'attività ordinamentale non solo interna ma anche sovranazionale.

In tutta l'Europa continentale è possibile avvertire una sferzata positiva verso il pieno riconoscimento dei minori, quali titolari di diritti fondamentali, a cui si deve dare piena attuazione in ragione del dovuto rispetto della dignità umana. La dignità umana, elevata a parametro valutativo dell'interesse del minore, è un valore che però non è ancora ben condiviso nell'intero panorama internazionale, soprattutto ove l'attenzione sia riposta alle esperienze oltreoceano.

La Costituzione italiana oltre ad esaltare la dignità del minore nell'ambito del principio personalistico, pone una particolare attenzione al minore quale

---

<sup>8</sup> Testualmente VIRGILIO D'ANTONIO, *La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), p. 8. L'A. compie un'attenta e critica ricostruzione dell'istituto della potestà dei genitori, muovendo dal superamento della distinzione tra aspetto esterno ed interno dell'istituto, soffermandosi su "la stretta connessione tra patrimonialità e personalità" che "deve tradursi, in concreto, in una strumentalità, in una subordinazione della prima alla seconda", per poi soffermarsi sull'esercizio della potestà modulata alla luce della capacità di discernimento, dei diritti del minore inerenti la sfera personale, dei profili patrimoniali e dei conflitti con i genitori che possono determinare l'intervento del giudice e l'emanazione da parte dello stesso di provvedimenti limitativi della potestà e discrezionali a tutela del minore. Si v. anche *Id.*, *La potestà dei genitori* nel vol., *Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, vol. IV, diretto da Gabriella Autorino Stanzone, Giappichelli, Torino, 2011, II Ed., p. 491 ss.

<sup>9</sup> Sul superamento dell'unicità del modello familiare la bibliografia è ampissima, è d'uopo riferire di coloro che, anni orsono, hanno prefigurato la crisi della chiusura del tradizionale concetto di famiglia; si v. certamente PIETRO RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato. Vol. 3*, Cedam, Padova, 1999, *passim*; CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 9; PIETRO PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in vol., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 38 ss. Sul pluralismo familiare in Europa si v. VINCENZO SCALISI, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, Relazione presentata al Convegno, *Persona e comunità familiare*, Salerno 28-29 settembre 2012, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it/).

Per un'analisi sullo stravolgimento degli istituti giuridici del matrimonio e della filiazione, che prenda in considerazione le recenti pronunce giurisprudenziali, nonché interventi legislativi, anche nel panorama europeo si veda il denso contributo di MARIA GABRIELLA STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), ma anche *Id.*, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

persona in fase di crescita e pertanto a tutte le sfaccettature anche minacciose che le formazioni sociali possono rappresentare per il minore; il dettato dell'art. 2 Cost. è chiaro nel sancire l'importanza dell'armonico sviluppo della persona senza distinzioni d'età in ciascuna delle formazioni sociali in cui si spiega la propria personalità<sup>10</sup>.

L'attuazione del diritto del minore non è strumentale all'esplicazione del diritto genitoriale, ma è quest'ultima che deve essere piegata alla prima. A titolo esemplificativo, anche il diritto all'educazione del minore, una delle forme di realizzazione dell'interesse del minore muove dal superamento della dicotomia titolarità/esercizio della potestà genitoriale e da un nuovo rapporto di responsabilità genitoriale nel quale il minore svolge un ruolo attivo<sup>11</sup>, dinamico, interattivo con il genitore o i genitori, le cui modalità educative devono ispirarsi alle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore.

Come si approfondirà a breve, le scelte compiute nell'interesse del minore richiedono un suo coinvolgimento che, in ragione della misura della sua capacità di discernimento, può imporre la piena attuazione del diritto di autodeterminazione del minore e al contempo una restrizione della responsabilità dei genitori.

Questa maggiore sensibilità giuridica si percepisce in modo chiaro anche in ragione dell'intervento sia delle Corti europee che hanno coinvolto i legislatori e i giudici nazionali, sia delle Carte internazionali e Regolamenti europei che hanno modificato radicalmente l'approccio al tema, con le conseguenti ripercussioni sulle fonti del diritto.

## *2. Introduzione sulle fonti internazionali e nuova consapevolezza europea*

I primi approcci scientifici sul tema dell'interesse del minore si sono incentrati sul medesimo, quale persona bisognosa di tutela, ma oggi le più recenti ricerche anche dei gruppi di studio europei intendono la protezione del minore in una visione altamente rispettosa della sua autonomia e dignità.

Il primo tentativo di realizzazione di un statuto dei diritti del minore è stato compiuto dalla Società delle Nazioni Unite nel 1924, con l'approvazio-

---

<sup>10</sup> Si v. GABRIELLA AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 120-121.

<sup>11</sup> Come autorevole dottrina osserva, "il dovere di obbedienza diviene anche e soprattutto diritto di essere educato". Così, testualmente PASQUALE STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, Relazione al Convegno su *Diritto all'educazione della persona minore d'età e tutela giurisdizionale*, Lumsa, Roma, 18 febbraio 2011, in [www.comparazioneDirittocivile.it/](http://www.comparazioneDirittocivile.it/), p. 3.

ne di una Dichiarazione dei diritti del fanciullo<sup>12</sup>. Poi nel 1959 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha elaborato la nuova Dichiarazione dei diritti del fanciullo. Tuttavia, solo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 rappresenta il primo documento internazionale che ha dato rilevanza a tutte le decisioni relative ai fanciulli<sup>13</sup>.

L'art. 3 sancisce che «in tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, Tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i maggiori interessi dei bambini devono costituire oggetto di primaria considerazione»<sup>14</sup>.

Se la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, all'art. 3, par. 1, proclama il superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano, l'art. 24, paragrafo 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea stabilisce che “in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”<sup>15</sup>.

In nessun documento, dunque, è contenuta l'enucleazione del superiore interesse del minore ed è per questo che si deve considerare tutto l'impianto normativo dedicato al minore, ai suoi diritti e doveri, in stretta correlazione

---

<sup>12</sup> A dire il vero, sul piano internazionale la tutela del minore è stata affermata per la prima volta in riferimento al mondo del lavoro. Nel 1919 l'Organizzazione internazionale del lavoro, al momento della sua costituzione, con la convenzione n. 5, determinò l'età minima per l'ammissione al lavoro. Si v., per una ricostruzione storica, MARIA RITA SAULLE, *I diritti del minore nell'ordinamento internazionale* nel vol., *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, a cura di Maria Rita Saulle, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 11 ss.

<sup>13</sup> La Convenzione internazionale di New York sui diritti del fanciullo è stata ratificata in Italia con la legge n. 176/1991. In occasione dei lavori della commissione che diedero poi vita alla Convenzione ONU del 1989, il celebre pensiero del pedagogo Janusz Korczak influenzò molto il dibattito pubblico che oggi è alla base dell'evoluzione del diritto di famiglia, ossia l'idea guida del rispetto della dignità della persona del minore come origine e fondamento di ogni suo diritto. Sulle critiche mosse verso la Convenzione, soprattutto in merito alla scarsa sistematicità e alla aleatorietà dei presupposti si v. JOHN TOBIN, *Justifying Children's Rights*, in *International Journal of Children's Rights*, vol. 21, 2013, p. 395.

<sup>14</sup> I *best interests* del minore sono riconosciuti non solo come principi generali della Convenzione sui diritti dei fanciulli, ma anche quale criterio atto a determinare i diritti dei fanciulli.

<sup>15</sup> Forza autonoma e di portata ampissima è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che ripercorre e rinforza i diritti fondamentali della persona. L'art. 1, rubricato “dignità umana” enuncia che la dignità umana è inviolabile e che deve essere rispettata e tutelata. Il Capo II, dedicato alle libertà fondamentali, fortifica la necessità del rispetto di alcuni diritti non sempre riconosciuti al minore, ma a lui spettanti in quanto persona. Il Capo III, incentrato sull'attuazione del principio di uguaglianza e del principio di non discriminazione, si sofferma (all'art. 24) sui “diritti del bambino” e non solo sui diritti dei bambini alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, ma sulla necessità di assicurare loro, in funzione della loro età e della loro maturità, la libertà di esprimere la propria opinione, laddove debbano essere risolte questioni che li riguardano; inoltre, si sofferma sulla necessità che qualsiasi istituzione privata o autorità pubblica consideri preminente l'interesse superiore del bambino; infine, cristallizza il diritto del minore di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo che ciò si rilevi contrario al suo interesse.

con i diritti e i doveri dei genitori, in un contesto ove l'ascolto del minore<sup>16</sup> e la sua capacità di discernimento rappresentano gli strumenti di definizione del suo concreto interesse. A tal fine, opportuno è anche il ricorso a criteri interpretativi, indicati negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sui diritti dei Trattati, per cui sono, di ausilio, le consultazioni dei lavori preparatori, oltre all'analisi del disposto (alla luce del contesto in cui è inserito) e in considerazione della rilevanza della prassi applicativa<sup>17</sup>.

Le Carte internazionali si riferiscono al preminente interesse del minore che non deve essere inteso quale preferito o prevalente, bensì quale il più importante interesse nell'ambito di un più ampio bilanciamento tra i primari interessi della persona, considerati tali perché afferenti l'attuazione dei diritti fondamentali, espressivi della dignità umana. La tutela dell'interesse del minore non si deve manifestare quale espressione di una prevaricazione di un diritto su un altro, bensì quale effetto naturale di una valutazione che contempra i principi e i diritti fondamentali coinvolti nella specifica situazione<sup>18</sup>. Molto elevato è il rischio che dietro la *paramountcy* dell'interesse del minore si nascondano strumentalizzazioni finalizzate alla realizzazione di ben altri interessi.

Per tale motivo, si deve apprezzare la terminologia mutata nel corso degli anni successivi: se la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, datata 1959, nella versione inglese dichiara che «the best interests of the child shall be paramount consideration», diversamente e non casualmente la Convenzione sui diritti del bambino ha sostituito l'aggettivo *paramount* – foriero di prevaricazioni – con l'aggettivo *primary*, proprio al fine di evidenziare che la valutazione dell'interesse del minore debba essere compiuta considerando le diverse posizioni in gioco.

---

<sup>16</sup> RICCARDO PESCE, *Ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2015, pp.252-259; FERRUCCIO TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi di giustizia minorile*, in *Famiglia e diritto*, n. 6, 2011, p. 547.

<sup>17</sup> ROBERTO RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorie-giustizia*, n. 3, 2011, p. 15 ss., CARLO FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2010, p. 981 ss. Non può negarsi l'inadeguatezza del criterio della gerarchia delle fonti, lì ove vi sia un conflitto tra i diritti fondamentali. Occorre un bilanciamento che comporti un contemperamento, nonché un'armonizzazione tra i valori in conflitto che debbono essere primariamente individuati. Così ANTONIO GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei Diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 5, 2016, p. 1233 ss.

<sup>18</sup> Si v. VITTORIA BARSOTTI, PAOLO G. CAROZZA, MARTA CARTABIA e ANDREA SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, 2015, p. 77 e ss.; sulle criticità di valutazioni volte alla ricerca di un preordinato e preminente interesse si v. ANGELO COSTANZO, *Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 1995, p. 1129.

Nell'ambito del diritto europeo la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ha rappresentato il punto di partenza per un'uniformità in materia di diritto di famiglia che, invero, ha preso concretamente forma con il Regolamento comunitario 1347/2000, abrogato poi dal Regolamento CE 2201/2003 (il c.d. Bruxelles II *bis*) sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale. Questi regolamenti rappresentano i primi atti con i quali ufficialmente il diritto europeo entra nelle maglie del diritto di famiglia. Il Regolamento II *bis*, ancor prima del d.lgs. 154/2013, ha introdotto la nozione di responsabilità genitoriale, ove l'aspetto del dovere del genitore di curare la crescita e l'educazione dei figli, in considerazione della gradualità di sviluppo del minore, prevale sul potere di indirizzo e su quello correttivo, che affondavano le radici esclusivamente nel rapporto autorità-subordinazione<sup>19</sup>. E solo di recente, dopo quasi vent'anni d'attesa, con legge 18 giugno 2015, n. 101 è stata ratificata e data esecuzione in Italia alla Convenzione sulla competenza, sulla legge applicabile, sul riconoscimento, sull'esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di protezione dei minori, sottoscritta all'Aja il 19 ottobre 1996<sup>20</sup>.

Studi volti all'identificazione di principi comuni nel diritto di famiglia sovranazionale sono compiuti anche da gruppi non istituzionali, che il più delle volte sollecitano l'attenzione degli organi istituzionali, divenendo degli utili riferimenti. Così, la *Commission on European Family Law* (CEFL), che prima si è incentrata, sull'individuazione di principi comuni in tema di divorzio e mantenimento (2004), si è poi rivolta ai Principii Europei di diritti di famiglia in tema di responsabilità parentale (2007). Il principio 3:4 del testo, rubricato *Autonomy of the child*, in particolare enuncia con chiarezza che "the child's autonomy should be respected in accordance with the developing ability and need of the child to act independently". Si evince da

---

<sup>19</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 2 del Regolamento la responsabilità genitoriale è da intendersi in termini di complesso di «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge, di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore». Il Regolamento applica la responsabilità genitoriale, indipendentemente dal legame di sangue ed indipendentemente dal rapporto che intercorre tra i genitori medesimi, purché ricorrano gli estremi di un esercizio di funzione genitoriale. Su quest'ultimo aspetto si rinvia alle suggestive riflessioni di MIRZIA BIANCA, *Il diritto del minore all'«amore dei nonni»* nel vol., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 117 ss. Bisogna porre mente agli studi del Parlamento europeo, così come ai lavori della Conferenza di Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata.

<sup>20</sup> Bisogna porre mente agli studi del Parlamento europeo, così come ai lavori della Conferenza di Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata.

subito una nuova consapevolezza del minore inteso non *tout court* come persona debole, ma quale membro parte della comunità, al quale pertanto deve essere riconosciuta in concreto la pienezza dei diritti spettanti, in funzione delle sue capacità di sviluppo e della sua autonomia.

### 3. *Verso un'unificazione di status anche in ragione delle "rivelazioni" della scienza. Ordine pubblico ed unicità di status*

Si avverte un crescente comune sentire in tema di diritto del minore ed in materia di diritto di famiglia, che muove dall'esigenza di una omogeneità transnazionale degli *status* familiari validamente costituiti all'estero. L'esegesi in tale direzione trae linfa in primo luogo nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e nelle recenti interpretazioni delle decisioni della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>, e ha subito un'accelerazione a causa delle complesse situazioni giuridiche dei minori nati attraverso le tecniche di procreazione assistita eterologa e il ricorso alla maternità surrogata.

La circolazione degli *status* familiari e i diritti del minore costituiti all'estero sulla base di norme diverse dalle nostre (che devono passare al vaglio della clausola di ordine pubblico ex artt. 41, 64, 65 e 66 Legge 31 maggio 1995 n. 218), richiedono un bilanciamento tra il dogma della nazionalità del diritto di famiglia e la necessità del mutuo riconoscimento delle decisioni, anche in relazione al principio di libera circolazione dei cittadini.

I problemi di scollamento tra la genitorialità genetica e quella biologica, nonché quella sociale e lo scisma della sessualità dalla procreazione, determinano una maggiore complessità delle problematiche relative all'attribuzione dello *status filiationis*, aggravata dalle difficoltà di un riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero, in conformità di leggi locali, ma attraverso modalità negate o penalmente sanzionate negli ordinamenti<sup>22</sup> ove si chiede

---

<sup>21</sup> Sull'unicità dello *status filiationis* si v. MICHELE SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2013, p. 231. Ripercorre gli indirizzi della Corte di Strasburgo, in materia di diritto di famiglia e delle persone, GILDA FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Famiglia, persone e successioni*, n. 4, 2012, p. 282 ss.

<sup>22</sup> In riferimento agli Stati aderenti alla CEDU, la maternità surrogata è espressamente vietata in 15 Stati (Italia, Francia, Germania, Spagna, Islanda, Austria, Estonia, Finlandia, Montenegro, Moldavia, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera, Turchia). Si v. al riguardo MARTA GIACOMINI, *Il riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della Cour de Cassation*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*. Per approfondimenti è d'uopo rinviare a GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona* nel vol., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di Giovanni Comandè e Giulio Ponzanelli, Atti del XXVI Colloquio dell'Associazione Italiana di Di-



il riconoscimento (massima esemplificazione è resa dalla recente sentenza della Corte di cassazione, n. 19599 del 30 settembre 2016).

Il difficile e complesso tema dell'inseminazione eterologa e della maternità surrogata sfocia inevitabilmente in valutazioni bioetiche che riconducono il più delle volte le scelte a desideri narcisistico-egoistici. Non è questa l'occasione per discutere delle numerose questioni di carattere etico e giuridico che tali pratiche sollevano, ma non può negarsi che, al di là delle responsabilità penali e amministrative delle persone coinvolte, una cosa con la quale bisogna fare i conti, non risolvibile attraverso un mero rinvio ai divieti posti dall'ordinamento interno, è la posizione del minore di fronte a queste pratiche, rivelazioni della scienza. La nascita di un bambino comporta automaticamente il riconoscimento allo stesso del suo diritto alla vita familiare e alla vita privata, nonché il riconoscimento della tutela del suo interesse, che inevitabilmente implica – tra le altre cose – una unicità di status con valenza extraterritoriale<sup>23</sup>.

Il nostro ordinamento – ai fini di un tale riconoscimento – richiede la conformità con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 della normativa sullo stato civile del DPR n. 396/2000.

L'ordine pubblico, però, oggi ha acquisito una dimensione pienamente costituzionale, strumento per la tutela dei diritti fondamentali, tra i quali spicca il diritto alla vita familiare, per cui il mancato riconoscimento di un provvedimento straniero sulla base dell'ordine pubblico è ammissibile non solo se è sotteso al soddisfacimento dei bisogni sociali dello Stato e non è espressione di un'arbitraria applicazione da parte del giudice<sup>24</sup> ma anche quando sia strumentale alla tutela dei diritti fondamentali.

La recente sentenza della prima sezione della Corte di cassazione n. 19599 del 30 settembre 2016<sup>25</sup>, avente ad oggetto la questione relativa al riconoscimento dell'atto di nascita straniero, di un figlio di due madri, l'una donatrice dell'ovulo, l'altra gestante, con l'utilizzo di un gamete maschile

---

ritto Comparato, Giappichelli, Torino, 2004, p. 41 ss.; *Id.*, *Procreazione assistita*, a cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; LILIANA ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, n. 2, 2002, p. 402; GIUSEPPE CASSANO, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, p. 172; LUIGI LOMBARDI VALLAUTO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, n. 1, 1984, p. 1 ss.

<sup>23</sup> Cfr. HELEN STALFORD, *The Citizenship Status of Children in the European Union*, in *International Journal of Children's Rights*, vol. 8, 2000, p. 117.

<sup>24</sup> Così in Cedu, 3 maggio 2011, ricorso n. 56759, *Affaire Negrepointis –Giannisis c. Grèce*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2011, p. 699 ss.

<sup>25</sup> In [www.cortedicassazione.it/](http://www.cortedicassazione.it/). Cfr. GILDA FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 2017, p. 181.

di un terzo ignoto, ha stabilito la necessità del riconoscimento dello status riconosciuto all'estero e la sua conformità all'ordine pubblico. La Corte ha dichiarato che tale atto di nascita non può considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico solo perché la tecnica procreativa utilizzata non è riconosciuta dalla l. n. 40 del 2004 e ciò perché quest'ultima rappresenta solo una modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, che pur avendo una rilevanza costituzionale, non impone scelte legislative costituzionalmente obbligate. La Corte ha precisato che la regola secondo cui la madre è colei che ha partorito, enunciata dall'art. 269, comma 3, c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale e pertanto non può essere elevata a principio di ordine pubblico.

La compatibilità con l'ordine pubblico deve avere ad oggetto una valutazione che riguardi non la conformità a norme interne, ma il non contrasto con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si rinvia sostanzialmente al concetto di ordine pubblico internazionale, in una visione in cui l'ordinamento nazionale è inquadrato nell'ambito di una comunità sovranazionale, che poggia su principi condivisi che debbono essere necessariamente traslati in norme interne<sup>26</sup>. Priorità deve essere data al principio del superiore interesse del minore, di rilevanza costituzionale, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis* validamente acquistato all'estero. Al riguardo è molto rappresentativa la visione di chi discorre di ordine pubblico costituzionale<sup>27</sup>. Questa pronuncia invero ha fortificato quanto già enunciato dalla Corte d'Appello di Torino nel 2014 secondo cui, ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giudiziari stranieri, deve essere data priorità al superiore interesse del minore, ribadito in ambito comunitario con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere in materia di rapporti tra genitori e figli, così come stabilito dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003 per cui la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere compiuta in considerazione dell'interesse del minore. Si specifica inoltre che nel caso che si tratti di un minore nato all'estero, da una coppia omosessuale, attraverso la fecondazione medicalmente assistita eterologa, non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, bensì di assicurare una continuità, una co-

---

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 4 maggio 2007., n. 10215, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2008, p. 214.

<sup>27</sup> Di tale avviso è PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, in part. a p. 77.

pertura giuridica ad una situazione esistente, ove ciò che deve avere primaria valenza è il rapporto della coppia con il minore<sup>28</sup>. Il punto di snodo non è la natura e il rapporto di coppia dei genitori, bensì la relazione affettiva di questi ultimi con i minori.

Tuttavia ancora in piedi è un'interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico, per cui quest'ultimo rispecchia non solo "i valori condivisi dalla comunità internazionale", ma comprende anche "principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e perciò irrinunciabili" e su queste asserzioni il giudice di legittimità ha negato lo *status filiationis* del minore, lì ove non c'era alcun legame biologico con i genitori committenti<sup>29</sup>.

Invece, lì dove sia stato ravvisato anche un parziale legame biologico, la giurisprudenza non ha riscontrato la violazione dell'ordine pubblico e ha ordinato all'ufficiale di Stato Civile di provvedere alla trascrizione integrale degli atti di nascita di due gemelli nati negli USA, con due papà, grazie alla stipulazione di un contratto di *agreement for gestational carriers*<sup>30</sup>.

Il legame biologico, sia pure parziale perché esistente solo con un genitore della coppia, appare essere la condizione *sine qua non* affinché – in assenza di elementi che possano pregiudicare l'interesse del minore – il riconoscimento dello *status filiationis* possa essere compiuto.

A conferma della valenza del legame biologico e di quanto questi rappresentanti l'elemento che giustifichi l'ammissibilità di questi mezzi è la pronuncia della Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta della recente pronuncia con la quale la Grande Chambre, in seconda istanza,

---

<sup>28</sup> Si v. MARCO FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore, Famiglia e Diritto*, 2015, n. 8-9, p. 825.

<sup>29</sup> La vicenda ha origine in un ricorso promosso dal Pm presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia, che aveva segnalato l'esistenza di un procedimento penale a carico di una coppia in ragione della presentazione di un certificato ucraino di nascita falso, in base al quale venivano riconosciuti entrambi come genitori biologici del minore in questione (nonostante la donna avesse subito una isterectomia e il padre fosse affetto da oligospermia). La coppia, costituitasi, aveva ammesso di essere ricorsa alla surrogazione di maternità, pratica consentita in Ucraina ma, nel corso del giudizio, la CtU aveva confermato che nessuno dei due genitori era effettivamente genitore biologico del minore. Il giudice del merito, sia in primo che in secondo grado, aveva stabilito che il contratto di surrogazione era nullo, giacché *contra legem*, visto che la legge Ucraina, pur ammettendo questa pratica, richiedeva per la sua ammissibilità che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro appartenesse alla coppia committente. Inoltre, il certificato di nascita veniva dichiarato contrario al nostro "ordine pubblico", atteso il divieto posto dalla legge n. 40/2004. Ciò ha determinato l'allontanamento del minore dalla coppia di genitori "committenti", anche in ragione della condotta da loro tenuta, volontariamente elusiva della legge italiana, la perdita dello status di figlio legittimo da parte del minore, la dichiarazione del suo stato di "abbandono" e il conseguente stato di adottabilità. Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2015, p. 427 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Corte d'appello di Milano, sentenza del 28 ottobre 2016.

nel caso *Paradiso e Campanelli v. Italia*<sup>31</sup>, ha ribaltato la decisione precedente, escludendo la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Italia. A dispetto di quanto una veloce lettura potrebbe indurre, la pronuncia non prende le distanze dal nuovo e sostenuto orientamento giurisprudenziale che si focalizza sull'esistenza *de facto family life* e sull'opportunità di sostenere l'idea che coloro che perseguono un progetto di vita familiare e genitoriale esprimono un concetto di vita privata. Anzi, ribadisce la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alla registrazione dei certificati di nascita dei minori nati all'estero con ricorso alle tecniche di maternità surrogata, nonché richiama le sentenze *Mennesson e Lebassee*<sup>32</sup>, enucleando quanto sia centrale il problema del riconoscimento della relazione genitoriale tra coppia committente e i minori, chiarendo però che l'art. 8 non può essere strumentale per svuotare di valenza ed efficacia le misure adottate dalle autorità italiane che hanno agito in conformità della legge e per perseguire un interesse legittimo, individuato nella necessità di proteggere il minore.

Il dato determinante per la decisione della Grande Chambre è la falsità delle dichiarazioni degli aspiranti genitori, contenute nei registri di stato civile locali, visto che l'esame del DNA disposto dal Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva dimostrato che il bambino era stato concepito mediante una fecondazione con entrambi gameti provenienti dai donatori anonimi e che pertanto le dichiarazioni erano false.

##### *5. Declinazioni dell'interesse del minore sino al diritto di autodeterminazione*

L'interesse del minore ha molteplici declinazioni, tutte che devono tener conto sia della capacità di discernimento (in grado di sfociare nel diritto di autodeterminazione del minore), sia della piena e consapevole responsabilità genitoriale, intesa anche come impegno ad assumere una funzione genitoriale<sup>33</sup> nel rispetto della dignità della persona del minore.

---

<sup>31</sup> La vicenda riguardava il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita del figlio della coppia nato in Russia da madre surrogata e nella decisione delle autorità italiane di disporre il collocamento del minore presso una casa di accoglienza, in attesa di una sua successiva adozione.

<sup>32</sup> Si pensi anche ai casi *Lebassee v. Francia* e *Mennesson v. Francia* del 2014 ove la Corte europea si è servita dell'interesse del minore e congiuntamente del diritto all'identità personale e alla vita privata dei minori ricorrenti, per condannare la Francia per essersi rifiutata di trascrivere l'atto di nascita di minori nati all'estero a seguito di un contratto di maternità surrogata i cui padri biologici (che avevano stipulato il contratto di surrogazione) erano cittadini francesi.

<sup>33</sup> Responsabilità genitoriale significa anche negare l'azione di disconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o compagna, ed abbia voluto poi manifestare la volontà di revocare tale consenso, invocando l'assenza di discendenza generica. La nota sentenza

Ogni conflitto deve essere risolto ponendo mente all'interesse del minore non predeterminato ma differente a seconda delle circostanze e del contesto familiare e delle situazioni giuridiche soggettive palesate.

Indubbio è il diritto ad uno *status filiationis*, ad una verità giuridica, che esprima certezza del diritto, oggi minata da sovrapposizioni che rendono la scelta non più unica: a titolo esemplificativo, la bigenitorialità, sebbene sia notoriamente preferita, può essere respinta quando l'interesse del minore ne rimarchi la dannosità, così come i genitori "sociali" possono essere prescelti rispetto a quelli genetici. Non solo la fase fisiologica della vita familiare del minore, ma anche e soprattutto quella patologica, invita a riflettere su come l'interesse del minore e il diritto all'autodeterminazione dello stesso possano essere ostacolati, perché strumentalizzati dai genitori per soddisfare i propri ed individuali interessi. Ne consegue che talvolta l'insieme degli interessi del minore può abdicare il diritto alla bigenitorialità, quando nociva per il minore, lì dove una figura genitoriale si riveli particolarmente nociva per la crescita del minore<sup>34</sup>.

Sempre più diffuse e condivise sono le due fisionomie dell'interesse del minore: l'una, che lo ritrae quale limite al diritto convenzionale e di scelta degli adulti quando le esigenze del minore lo richiedono; l'altra, che lo associa al diritto dello stesso a godere della vita familiare con i propri genitori<sup>35</sup>.

---

della Cassazione civile, sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, ha enunciato a chiare lettere che l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità in questo contesto si tramuterebbe in un abuso del diritto. La sentenza per esteso è riportata in *Giustizia civile*, Tomo I, 1999, p. 1317 con nota di CESARE MASSIMO BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, p. 1324 ss.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corriere giuridico*, n. 11, 2004, p. 1528. L'impegno genitoriale deve essere mantenuto anche quando un soggetto abbia liberamente riconosciuto un figlio con la consapevolezza di non essere padre biologico; concedergli la legittimazione ad esercitare l'azione di disconoscimento della paternità significherebbe violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che parifica tutti i figli (siano o meno nati in costanza di matrimonio), il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., oltre che andare in contrasto con il principio di autoreponsabilità e tutela della buona fede. In tal senso si v. MARIA GABRIELLA STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it) e *Id.*, *Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento della compiacenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2013, p. 349 ove si analizza la sentenza del Trib. Roma, 17 ottobre 2012, p. 349 ss. che ha espressamente agganciato ai principi costituzionali la negazione dell'impugnazione del riconoscimento di paternità in suddette circostanze.

<sup>34</sup> D'altronde la monogenitorialità è sempre esistita e può dirsi che la scelta di far crescere il minore con le due figure "generanti" sia piuttosto moderna. Così, testualmente LORETTA MORAMARCO, *Omogenitorialità e interesse del minore nella second parent adoption*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, p. 1198. A questo tema, si intreccia anche quello – maggiormente complesso – della sottrazione internazionale, del quale emblematico è il caso di sottrazione del piccolo Noam Shuruk, su cui ha deciso la Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2010.

<sup>35</sup> Ed è proprio su quest'aspetto che subentra l'azione dello Stato, che deve garantire il diritto alla vita

Spesso poi la declinazione dell'interesse del minore ad avere relazioni personali e contatti diretti con i propri genitori si mostra più articolata quando si intreccia con il tema, alquanto complesso, della sottrazione internazionale dei minori<sup>36</sup>.

La complessità della scelta tra il genitore biologico e quello sociale, ovvero su quale sia la figura più idonea ad attuare il prevalente interesse del minore, è ben esemplificata dal caso *Mandet v. Francia* della Corte EDU (2016), emblematico delle insidie dell'identificazione del primario interesse del minore e della possibilità della coesistenza di entrambe le figure, proprio perché sottese al pieno sviluppo della sua personalità, indi al suo interesse. Il caso riguardava la storia di un minore, concepito in periodo di separazione della madre, ma tuttavia riconosciuto dal coniuge separato che, successivamente al riconoscimento, decide di sposarsi nuovamente con la madre per rendendolo figlio legittimo secondo le leggi francesi. Ciò non aveva scoraggiato il padre biologico che, dopo qualche anno, aveva adito l'autorità giudiziaria francese affinché fosse accertata la propria paternità, poi riconosciutagli. A seguire, dinanzi alla Corte di Strasburgo, i genitori sociali denunciarono la lesione del superiore interesse del minore che era quello di preservare il suo legame con l'uomo che lo aveva riconosciuto e trattato sin da sempre come figlio, legame interrotto o comunque oscurato e leso dall'avvenuto riconoscimento del genitore biologico.

In questo giudizio la Corte ha distinto il diritto alla vita familiare dal diritto alla vita privata, senza che l'uno comprometta l'altro, enucleando come il riconoscimento di limitati diritti di visita non sia sufficiente a concretizzare una violazione dei diritti alla vita privata e familiare dei coniugi e dei figli; per questo la Corte ha stabilito che le pretese di esclusività dei genitori

---

familiare; difatti la Corte di Strasburgo sollecita ripetutamente le autorità nazionali a fare il possibile per evitare la rottura con la famiglia di origine. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2010, *Raban c. Romania*, n. 25437/08 par. 28, V; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2010 *Van Den Berg e Sarri c. Olanda*, n. 7239/08 (dec.); Corte europea dei diritti dell'uomo 2011, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, n. 14737/09, par. 85; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2012, *B.c. Belgio*, n. 4320/11, par. 62; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2015, *G.S. c. Georgia*, n. 2361/13, par. 45; Corte europea dei diritti dell'uomo, 2015, *N.P. c. Moldavia*, n. 58455/13, par. 66.

<sup>36</sup> Si v. il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (ricorso n. 41615/07) in tema di sottrazione internazionale dei minori ove si ribadisce il diritto del minore alla vita familiare con i suoi genitori. In particolare, la CEDU ha deciso che pur esistendo un fondamento giuridico su cui l'autorità giudiziaria svizzera aveva fondato le proprie pronunce riguardo al ritorno del minore in Israele, non è stata adottata la soluzione migliore in considerazione degli interessi in gioco concorrenti, ossia quelli del minore, dei suoi genitori e dell'ordine pubblico. In particolare la CEDU ha evidenziato che la Convenzione dell'Aja è essenzialmente uno strumento procedurale e non un Trattato che protegge i diritti umani e pertanto può disporre il ritorno del minore purché quest'ultimo non si sia integrato nel nuovo ambiente, cosa invece avvenuta nel caso di specie.

sociali non possono essere assecondate, né quindi può essere sacrificato il diritto del genitore biologico, lì ove tale scelta restringa, mortifichi e danneggi l'interesse del minore (situazione che si sarebbe appunto verificata nel caso in decisione).

Il diritto del minore, pertanto, può esprimersi sia nella restrizione del diritto del genitore a condurre una vita familiare con il figlio quando ciò significhi mettere in pericolo lo sviluppo e la salute di quest'ultimo, sia nel rafforzamento del diritto dello stesso minore a preservare invece le sue relazioni personali con il genitore, allo scopo di ricostruire la famiglia d'origine, sempre che non ricorrano circostanze eccezionali che ne dimostrano la totale inadeguatezza.

Il giudice in una controversia può essere chiamato a decidere su questioni che vedono contrapposti gli interessi generali dei minori e l'interesse specifico del minore e in tal caso può/deve derogare alle regole pensate per la generalità dei minori qualora le stesse non siano anche in grado di garantire la scelta migliore per il singolo minore, di cui si sta analizzando la situazione giuridica soggettiva<sup>37</sup>. In questo conflitto riemerge il rapporto tra esigenze di rigidità ed esigenze di flessibilità. I termini dell'analisi devono essere la comparazione delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito delle quali si relaziona quella del minore e la capacità di discernimento di quest'ultimo<sup>38</sup>.

Il metro di valutazione deve essere individuato nell'esigenza di sviluppo della personalità del minore, possibile attraverso la ricerca di un equilibrio tra autonomia del minore e solidarietà familiare. La lettura combinata dell'art. 30 Cost. e dell'art. 147 c.c. enuncia l'ambizione di un rapporto tra

---

<sup>37</sup> Si v. CLARE MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, p. 387.

<sup>38</sup> Sulla capacità di discernimento intesa non come una nuova categoria dogmatica, bensì come riconoscimento al minore di una maturità di giudizio, compiuto con valutazione casistica della situazione globale dello stesso in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale che egli deve compiere, si v. il prezioso contributo di P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, 1983, p.1157, *Id.*, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Edizioni Scientifiche italiane, Camerino-Napoli, 1975, *passim*; e sulla visione del minore quale persona al pari dell'adulto, *ivi*, p. 333. Vi è chi arditamente ha riferito come "la dinamica evolutiva umana conduca a poter intendere l'uomo come una fattispecie a formazione giuridica progressiva (senza escludere che possa essere anche regressiva), sia biologicamente che giuridicamente. Così GIANNI BALLARANI, *La capacità di autodeterminazione del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 6. Questa locuzione da lungo tempo tratteggiata da autorevole dottrina per la prima volta appare sullo scenario legislativo italiano con la legge n. 149/2001 che introduce la nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Sull'incidenza della capacità di discernimento nel procedimento valutativo dell'opportunità dell'affidamento si v. VALENTINA BARELA, *L'affidamento del minore tra tutela giurisdizionale e intervento amministrativo* nel vol., *Le adozioni nella nuova disciplina*, a cura di Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone, Giuffrè, Milano, 2001, p. 84 ss.

genitori e figli ove questi devono essere i primi referenti delle scelte genitoriali e la novella n. 219/2012 ha rimarcato il rapporto di funzionalizzazione intercorrente tra doveri dei genitori e interesse del figlio che si legge dalla complementarità tra l'art. 147 c.c. e l'art. 315 *bis*: la componente autoritativa non rappresenta più il connotato primario del rapporto genitori-figli<sup>39</sup>.

Si avverte il mutamento della prospettiva di tutela del minore, non visto solo quale soggetto passivo o quale destinatario di un esercizio di potere del genitore, ma anche quale destinatario di attenzioni, nonché termine di riferimento per l'individuazione della responsabilità genitoriale. E' enfatizzato il link tra l'abilità di sviluppo del minore e il crescente bisogno di agire in modo indipendente, senza che sia fatto espresso riferimento alla sua maturità ed età.

La sua capacità ad agire in modo indipendente è strettamente legata alla sua capacità ad agire in modo responsabile, giudizio che coinvolge la responsabilità genitoriale, modulata anche in ragione del grado di autonomia del minore. Poi, nelle situazioni soggettive esistenziali, ove non è possibile scindere la titolarità dall'esercizio del diritto, il diritto di autodeterminazione si mostra ancora più nitido.

Tuttavia il giudice, pur avendo un potere ampiamente discrezionale, opera non più solo, ma in modo sinergico con tutti gli operatori del diritto, avvocati, sociologi, psicologi, assistenti sociali che consentono di rifuggire da parametri standardizzati o predefiniti

Poderoso è il contributo reso dalle Carte internazionali e dai legislatori nazionali che hanno favorito una maggiore sensibilizzazione alla valutazione positiva della capacità di discernimento del minore, quest'ultima tra l'altro di grande ausilio per compiere scelte volte a soddisfare l'interesse del minore e cogliere la sua capacità di autodeterminazione, nonché la necessità di un suo ascolto, il tutto in un contesto ove la dignità assurge a valore sulla base del quale si declinano i suoi interessi e diritti.

L'accentuazione dell'importanza del diritto di ascolto, in particolare, deve molto alla Convenzione di New York che, all'art. 12, ha riconosciuto al minore il diritto all'ascolto ed alla completa partecipazione nei processi che lo riguardano, a seconda della capacità di discernimento dello stesso<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> In tal senso e più ampiamente GABRIELLA AUTORINO, *Manuale di Diritto di famiglia*, III ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 207.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. n. 18538/2013 e Cass. n. 19327/2015 In quest'ultima pronuncia la S.C. ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice d'appello, confermando l'affidamento del minore ai servizi sociali, non aveva provveduto al suo ascolto, nonostante lo stesso minore, all'epoca dei fatti di anni dieci, ne avesse fatto richiesta e fosse da ritenersi capace di discernere, come da certificazione medica e relazione scolastica in atti.



La portata normativa dell'art. 12 della Convenzione è stata dichiarata immediatamente precettiva grazie alla sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 16 gennaio 2002, che ha influenzato le revisioni della normativa nazionale nelle procedure di adozione nazionale e internazionale, soprattutto alla luce del suo carattere *self-executing*, affermato dalla stessa sentenza, ed ha integrato, in via esegetica, la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c., nel senso di individuare il minore come parte sostanziale del procedimento azionato contro uno dei due genitori, per cui l'ascolto del minore, lasciato alla discrezionalità del giudice, diviene un dovere indipendentemente dalla capacità di discernimento accertata. Inoltre, anche in considerazione di un equo e giusto processo<sup>41</sup>, di cui all'art. 6 CEDU, l'interesse del minore può trovare una sua determinazione attraverso un adeguato procedimento che valuti l'opportunità di un ascolto del minore laddove, in considerazione dell'età, della sua maturità e delle sue inclinazioni emotive, l'ascolto possa determinare e sollecitare l'attuazione del suo interesse<sup>42</sup>.

#### 6. *Dimensione protezionistica e differenti approaches nelle esperienze americana ed inglese*

Questa impostazione è fortemente divergente da quella oltreoceano, ove i *best interests of the child* poggiano le basi su *children's rights* riconosciuti nella misura in cui il minore abbia una capacità di autodeterminazione e pertanto sia "entità che si autodetermina". Le difficoltà nel diritto angloamericano di riconoscere un diritto "autoreferenziato" del minore si evincono sin dalla Dichiarazione di Ginevra della Società delle Nazioni Unite del 1924 che muove però il discorso dalla visione degli adulti, nella quale il minore ha un mero ruolo passivo; di qui l'elencazione dei doveri degli adulti nei confronti dei minori.

Nel diritto anglo-americano, *the best interests doctrine* è letta, nella prospettiva recettiva del minore, ossia dei doveri morali da parte degli adulti e da parte dei poteri pubblici; l'obiettivo è il *well-being* del minore, sul presupposto che egli non sia in grado di provvedere al proprio interesse. Questa dimensione protezionistica dell'interesse del minore ha determinato la nascita di teorie patrocinatrici dei *children's rights*, sostenitrici dell'affermazione del

---

<sup>41</sup> Cfr. VALENTINA BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *La Nuova giurisprudenza civile e commentata*, n. 1, 2003, p. 138 ss.

<sup>42</sup> LEA QUERZOLA, *op. cit.*, p. 449. CLARE MCGLYNN, *Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, p. 387

minore quale titolare di *status* di diritti. Di recente il Comitato dei diritti dei bambini delle Nazioni Unite ha enunciato, seppur in una forma non vincolante, che il *rights-based approach* deve avere natura sostanziale e non meramente procedurale, per cui i *best interests* devono essere considerati quali *primary consideration*<sup>43</sup>, come enuncia l'art. 3 della Convenzione Onu<sup>44</sup>.

La logica di *best interests* muove dall'assunto che le scelte che riguardano il minore siano compiute non dallo stesso, ma da un altro soggetto che deve decidere per il suo interesse, e non per il proprio, verso la realizzazione di un *welfare* del bambino.

Il diritto statunitense discorre con difficoltà di diritto dei minori, perché ad esso ritiene di ricondurre *claims*, pretese di ogni sorta e per questo preferisce incentrarsi sugli obblighi di interventi sostitutivi, di sostegno, assistenza materiale e morale. Questa scelta potrebbe essere accolta anche favorevolmente qualora il metro dell'autodeterminazione fosse inteso nella sua massima e minima espansione, e pertanto sensibile a riconoscere al minore la capacità di discernimento – di volta in volta rilevata – strumentale, tra l'altro, alla legittimazione di numerosi diritti, come ad esempio il diritto di essere ascoltato nei procedimenti giudiziali. Negli Stati Uniti d'America si avverte invece una difficoltà ad ammettere la conciliazione e concomitanza dei *rights* e *best interests* del minore; la scelta di un approccio *self-determination* poggiato su istanze protezionistiche non è in grado di riconoscere solo i *best interests* dei minori<sup>45</sup>. Il riconoscimento di gran parte dei diritti è veicolato attraverso il diritto alla *privacy* e il diritto del *rights-bearer* che si rivela estremamente limitante lì dove non si ravvisi che la situazione che reclami protezione e riconoscimento non corrisponda anche ad una capacità di autodeterminazione.

---

<sup>43</sup> La *Committee on the Rights of the Children* ha adottato nel 2013 il *General Comment* No.14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* nel quale descrive il *substantive right*, quale “the right of the child to have his or her interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. L'art. 3, paragrafo 1, crea un obbligo reciproco tra gli Stati che è “self-executing” e può essere invocato dinanzi alla Corte.

<sup>44</sup> Si ricorda che nella precedente versione l'interesse del minore doveva essere *paramount*, ma questa accezione poteva essere troppo vincolante, in considerazione del fatto che i criteri debbono essere di volta in volta valutati alla luce delle peculiari circostanze in cui versa il minore.

<sup>45</sup> Sulla possibile coesistenza dei diritti di autonomia e diritti del *welfare* si v. le critiche verso la scarsa sistematicità della Convenzione Onu (che sembrerebbe porre i due approcci in termini alternativi) mosse da VALERIO POCAR e PAOLA RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Laterza, Bari, 2004, pp. 19-27, IRENE THÉRY, *La Convenzione Onu sui diritti del bambino: nascita di una nuova ideologia*, in *Politiche sociali per l'infanzia e l'adolescenza*, a cura del Ministero dell'interno, Direzione Generale di Servizi Civili, Unicopli, Milano, 1991, p. 90 ss.

In Inghilterra, invece, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998, sotto il monito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che attribuisce ai minori il diritto di ricorrere autonomamente alla Corte di Strasburgo, si avverte l'importanza di una valutazione dei *bests interests* quale proiezione dei diritti del minore ed è condivisa l'idea che i minori siano *rights holders*, oltre che "actors who need protection".

D'altronde, nello stesso anno della Convenzione di New York, veniva emanato in Inghilterra il *Children Act* (del 1989)<sup>46</sup>, riformato nel 2002, legge che ha riposto l'attenzione sull'interesse del minore nella risoluzione delle controversie tra genitori<sup>47</sup>. Tuttavia se in Inghilterra si discorre da molti anni di *responsability*, sia pur nella misura in cui si voglia evitare pregiudizi del minore in caso di disaccordo dei genitori, sussistono ancora delle idiosincrasie nell'ambito della *Family Law*<sup>48</sup>.

Al pari di quanto accade nel nostro ordinamento non sussiste in UK una definizione di interesse del minore e gli approcci interpretativi sono lasciati alla massima discrezione del giudice.

La dottrina ha delineato nel corso degli anni diversi approcci, usati in via alternativa, dai giudici quando, invece, il focus, ossia l'interesse del minore, solleciterebbe il contestuale utilizzo di più *approaches*<sup>49</sup>.

Un primo criterio è il c.d. *welfare approach* che richiede di risolvere la controversia in ragione dell'interesse del minore. Il cuore di questo approccio "is a desire to protect and nurture children safely through to adulthood" con l'obiettivo che la decisione deve massimizzare "the individual welfare of the child", per cui la corte deve decidere pensando cosa sia il meglio per il minore<sup>50</sup>. Un secondo approccio è definito il "parental rights approach" che

---

<sup>46</sup> Per un primo commento si v. JUDITH MASSON, *The Children Act 1989*, Sweet & Maxwell, London, 1990, *passim*, ed in part. pp. 41-91.

<sup>47</sup> Nell'intermezzo è stato redatto, lo *Human Rights Act*, 1998, entrato in vigore nel 2000.

<sup>48</sup> Ancora esiste la distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi, anche se gli svantaggi legati allo status di figlio illegittimo sono stati quasi del tutto rimossi dalla *Family Reform Act 1969*, dalla *Family Reform Act 1987* e dalla *Family Reform Act* del 1996. Sul punto si v. JANE FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, Butterworths, London, 1998, p. 13 ss.; cfr. *Landmark cases in Family Law*, edited by Stephen Gilmore, Jonathan Herring and Rebecca Probert, Oxford and Portland, Oregon, 2011, *passim*. Per altro verso, per opera del *Civil Partnership Act 2004*, del *Gender Recognition Act 2004* e del *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* si registra un adeguamento alle nuove manifestazioni delle situazioni giuridiche esistenziali.

<sup>49</sup> Per una disanima dalla prospettiva dell'ordinamento inglese si v. NIGEL LOWE e GILLIAN DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, X ed., 2007, Oxford University Press, p. 29 ss.

<sup>50</sup> Si veda l'attenta analisi di SONIA HARRIS-SHORT, JACK MILES, *Family Law*, Oxford University Press, 2007, p. 584.

enfattizza la responsabilità, il ruolo e il volere degli adulti<sup>51</sup>, come gli unici in grado di comprendere veramente le esigenze e i bisogni dei minori solo in ragione della loro genitorialità. Un terzo approccio è il c.d. *children's rights approach*, che per definizione soggettivizza il minore ma solo a livello concettuale, e si differenzia profondamente dal *welfare approach* perché mentre quest'ultimo si incentra sul minore in ragione della sua vulnerabilità, il *children's rights approach* enfattizza la capacità del minore di adottare decisioni e di agire in modo autonomo, con il rischio però che le voci dei *children's rights* non siano altro che la trasposizione degli interessi dei genitori.

Un ultimo criterio è il cd. "non-interventionist" *approach* che chiede al giudice di non intervenire a livello decisionale e affidare alla capacità di accordo dei genitori la risoluzione della controversia.

Il primo approccio è altamente rischioso perché dietro la vulnerabilità del minore, si potrebbe giustificare un abuso di potere del genitore che potrebbe mascherare la realizzazione di interessi personali dietro la proclamata necessità di protezione del minore. Il c.d. *children's rights approach*, diversamente, al di là dei buoni propositi che indica la stessa dicitura, è dai giudici poco modulato sull'interesse del minore, inteso nel suo significato più ampio e pertanto sensibile alla maturità del minore e alla sua capacità di discernimento, condizioni che consentono l'attuazione del diritto di autodeterminazione; e ciò perché, sebbene dall'entrata in vigore dello *Human Rights Act* nel 2000 si sia sviluppata in UK una forte "cultura dei diritti", nondimeno ancora oggi è diffusa una percezione di condizione inferiore dei minori ogni qualvolta si debba loro attribuire diritti<sup>52</sup>.

Si osserva così che il giurista inglese, a differenza di quello statunitense, sebbene sia più consapevole del diritto di autodeterminazione del minore, lì dove abbia mostrato una maturità e una capacità di discernimento in grado di consentirgli di compiere la scelta più consona per il suo interesse, non mostra ancora un'attitudine ed elasticità ad utilizzare strumenti interpretativi che siano comparativi, ossia in grado di confrontare le situazioni giuridiche esistenziali degli altri componenti della famiglia, in modo da poter eleggere

---

<sup>51</sup> Cfr. JONATHAN HERRING, *The Welfare Principle and the Rights of Parents* nel vol., *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, in a cura di Andrew Bainham, Shelley Day Sclater and Martin Richard (eds), Oxford: Hart Publishing, 1999b) p. 101.

<sup>52</sup> Non mancano manifestazioni scettiche circa l'attribuzione di diritti ai minori, attraverso la riduzione della loro dipendenza dagli adulti anche perché la loro non è una dipendenza artificiale e pertanto ridimensionabile ogni qual volta lo si desidera. Di tale avviso è ONORA O'NEIL, *Children's Rights and Children's Lives*, in *International Journal of Law and the family*, n. 6, 1992, p. 24. Contra, TOM CAMPBELL, *The rights of minor: as person, as child, as juvenile, as future adult*, in *International Journal of Law and the Family*, n. 6:1. Sulla nuova era dei diritti in UK si v. JANE FORTIN, *Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era?*, in *Modern Law Review*, n.3, 2006, p. 299.

la soluzione alla luce del contesto socio-ambientale, degli affetti familiari e sociali di cui il minore gode, se non anche dei comportamenti dannosi e pregiudizievole alla sua persona.

Pertanto, il *welfare principle* resta centrale e ricorrente in tutte le risoluzioni delle controversie aventi ad oggetto il minore, rimanendo ancora forte il principio contenuto nell'art. 1 del Children Act 1989<sup>53</sup>, a norma del quale *the child's welfare shall be the court's paramount consideration*, eleggendolo ancora, pertanto, a criterio dominante anche se non pienamente esplicito in tutte le sue massime potenzialità, tipiche di una clausola generale di cui avrebbe tutte le caratteristiche<sup>54</sup>.

## 6. Libertà di religione ed esercizio di responsabilità genitoriale

Libertà religiosa e diritto di autodeterminazione è un binomio vincente nella tutela dei diritti fondamentali che però deve essere bilanciato con il dovere dei genitori di educare la prole. La riforma del diritto di famiglia del 75 e quelle che si sono succedute negli anni non fanno alcun riferimento all'educazione religiosa ed è per questo che per colmare questa lacuna bisogna, soprattutto su questo tema, ricorrere al "sentire comune", al "costume sociale", alla Costituzione e alle Carte internazionali<sup>55</sup>.

Sul piano internazionale numerose sono le fonti della libertà di religione e pertanto di libertà di educazione religiosa: Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>57</sup>, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

---

<sup>53</sup> Testualmente: "When a court determines any question with respect to a) the upbringing of a child; or b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration". Invero, lo stesso principio è ripetuto nel *Adoption and Children Act 2002* ove si enuncia che ogni *court or adoption agency* deve avere quale *paramount consideration the child's welfare throughout his life*.

<sup>54</sup> Criticità sono evidenziate da ROBERT MNOOKIN, *Child-Custody Adjudication: judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 39, 1975, p. 226 ss. ed in part. pp. 258- 260 e da JOHN EEKELAAR, *Beyond the Welfare Principle*, in *Child and Family Law Quarterly*, n. 14, 2002, p. 242. Cfr. HELEN REECE, *The Paramountcy Principle. Consensus or Construct?*, in *Current Legal Problems*, n. 49, 1996, p. 267.

<sup>55</sup> Così, SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 1986, p. 409.

<sup>56</sup> L'art. 19 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo enuncia che ogni individuo ha diritto alla libertà di religione e alla libertà di cambiarla.

<sup>57</sup> Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, invece, all'art. 18 oltre ad affermare le statuizioni contenute nella Convenzione Europea e nella Dichiarazione Universale integra la disposizione stabilendo che gli stati si impegnano a rispettare la libertà dei genitori di far assicurare l'educazione religiosa dei figli conformemente alle proprie convinzioni.

fondamentali<sup>58</sup>, Convenzione dei diritti del Fanciullo<sup>59</sup>.

Ruolo importante è stato quello della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa che ha esaltato i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tra le quali si distingue la libertà di religione. Anche nell'ambito UE si consolida un grande interesse per il fenomeno religioso, sebbene non esista una competenza diretta dell'UE, ed anzi per quanto spesso sia proclamata la laicità del dell'Unione Europea<sup>60</sup>, tuttavia è inevitabile l'interconnessione tra processo di integrazione europea e singoli sviluppi nazionali della disciplina della libertà religiosa<sup>61</sup>, posto che anche la realizzazione del mercato unico si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali per i soggetti che vi operano. Ad ogni modo spazi di intervento dell'Unione Europea incidono sul fenomeno religioso soprattutto attraverso la tutela dei diritti della persona<sup>62</sup>. Inoltre, bisogna considerare il c.d. fenomeno multiculturale che si è sviluppato con intensità negli ultimi anni in Europa, con il radicamento di immigrati provenienti da paesi che, sia sotto il profilo culturale che religioso, sono distanti dalla tradizione europea<sup>63</sup>. Questo fenomeno ha determinato l'incremento di unioni matrimoniali (e non solo) tra persone con concezioni religiose, etiche e culturali diverse e ha comportato un'accentuazione delle problematiche inerenti le libertà confessionali. Ponendo mente al dogma per cui l'indirizzo religioso deve essere conforme al rispetto dei diritti fondamentali, la giurisprudenza ha censurato taluni comportamenti assunti da genitori appartenenti al movimento ultraortodosso (c.d. Movimento Lubavitch) nell'ambito del credo ebraico, giacché la rigida osservanza dei precetti dall'estremizzazione di questo credo, contravveniva “concretamente”

---

<sup>58</sup> L'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali specifica inoltre che la libertà di manifestare la propria religione può subire restrizioni solo ove la legge lo preveda in ragione di esigenze di sicurezza, ordine, salute pubblica e protezione dei diritti e delle libertà altrui.

<sup>59</sup> La lettura combinata degli artt. 12 e 14 sancisce la libertà e il diritto del minore di non essere discriminato per ragioni religiose e di compiere scelte di culto quando abbia una capacità di discernimento.

<sup>60</sup> MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritto, mercato e religione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 39

<sup>61</sup> Per approfondimenti si v. DAVID DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>62</sup> Il succitato Regolamento CE n. 2201/2003 offre un esempio sulla disciplina matrimoniale. Si v. DAVID DURISOTTO, *op. cit.*, p. 289 ss.

<sup>63</sup> Il fenomeno migratorio a cui stiamo assistendo determina sempre più la presenza nella società civile di movimenti culturali e religiosi estranei alle tradizioni stanziali. LIVIA SAPORITO, *Per un diritto europeo dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 89; PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale* nel vol., *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2008, p. 197 ss.; si v. anche *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Antonio Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*.

all'adempimento degli obblighi familiari, arrecando pregiudizio alla prole<sup>64</sup>.

Nel nostro ordinamento la fonte primaria è data dagli artt. 8 e 19 della Costituzione e la legge 18 giugno 1986, n. 281 che, all'art. 1, prevede che gli studenti della scuola secondaria superiore esercitino personalmente – al momento dell'atto di iscrizione e a richiesta dell'autorità ecclesiastica – il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica, nonché il diritto di scelta in materia di insegnamento religioso in relazione a quando previsto da eventuali intese con altre confessioni, ribadendo che le scelte in ordine agli insegnamenti opzionali ed ogni altra attività culturale e formativa sono effettuate personalmente dallo studente. Ad ogni modo, il giudice spesso compie una lettura combinata degli artt. 3, 8, 19, 21 e 30 della Costituzione: l'art. 3 sancisce l'uguaglianza di tutti dinanzi alla legge senza distinzione di credo religioso; l'art. 8 riconosce tutte le confessioni religiose; l'art. 19 stabilisce la libertà per chiunque di professare il proprio credo religioso; l'art. 21 garantisce la libertà di manifestare il proprio pensiero e infine l'art. 30 demanda ai genitori il compito di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione della prole. Bisogna anche porre mente alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione con la quale il Ministero dell'interno, il 23 aprile 2007, ha ulteriormente sancito «il rispetto della libertà e identità religiosa e culturale di ciascuno, in un quadro di diritti umani riconosciuti in misura uguale a tutti».

Soffermandosi sulla normativa codicistica, si constata che la libertà religiosa trova collocazione nell'ambito di quella libertà di educazione che si esprime nell'alveo dei diritti umani fondamentali che riflettono massimamente qualcosa di profondamente intimo, del rapporto con il trascendente e con la coscienza, categorie del diritto che più delle altre richiedono il contributo di altri ambiti, come quelli filosofici ed etici<sup>65</sup>. Innegabile è l'incidenza che la religione ha all'interno delle dinamiche educative, particolarmente idonea a determinare “scelte comportamentali con importanti risvolti nella predisposizione delle condotte educative all'interno delle famiglie”<sup>66</sup>. Il diritto e dovere dei genitori di educare si inserisce nello sviluppo della piena responsabilità del minore. Come si è già detto, le recenti importanti riforme<sup>67</sup> e i progetti europei che mirano all'individuazione di principi comuni

---

<sup>64</sup> Così Trib. Bologna, 5 febbraio 1997; per un commento si v. SILVI MALTESE, *Libertà religiosa, separazione personale ed interesse della prole*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 1999, p. 158.

<sup>65</sup> In tal senso si v. ELISA MATTU, *Libertà religiosa e diritto di famiglia: una sintetica rassegna di giurisprudenza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 1998, p. 431. Si v. anche MICHELE RIONDINO, *The right to education: a fundamental and universal right*, in *Jus Rivista di Scienze giuridiche*, n. 3, 2016, p. 287.

<sup>66</sup> Testualmente, ANTONIO FUCILLO, *Giustizia e religione*, cit., p. 170.

<sup>67</sup> Di non poca rilevanza è il nuovo nome del titolo IX del codice civile “Della responsabilità dei

in tema di famiglia, hanno centralizzato la responsabilità genitoriale<sup>68</sup>, la cui analisi fisiologicamente richiede un'analisi che coinvolge il minore, in una dimensione dinamica, che implichi una valutazione della sua capacità di discernimento e il grado di responsabilizzazione dello stesso.

Il diritto e dovere del genitore di educare il figlio si inserisce nello sviluppo della responsabilizzazione del minore inversamente proporzionata a quella che investe la figura genitoriale. Il rapporto educativo non deve essere finalizzato alla sedimentazione di valori ed ideologie che possano sfociare in coercizioni<sup>69</sup>, ma in una logica di sviluppo della piena responsabilità del minore, considerato quale persona, sostenuto in una crescita serena e sana, ove l'educazione secondo una dato orientamento religioso deve tradursi in un mero avviamento all'indirizzo religioso.

Non può negarsi che le convinzioni di fede dei genitori possano compromettere un'educazione del minore, improntata alla libertà religiosa. Nei primi anni di vita del figlio la scelta da parte dei genitori della religione del figlio non desta perplessità; diverso è quando si avverte una capacità di discernimento e di autodeterminazione; in tal caso l'esercizio concreto della sua libertà di credo può essere espressione dell'attuazione dell'interesse del minore<sup>70</sup> e questi giammai può essere considerato quale il "fine passivo di una funzione esercitata da altri per lui"<sup>71</sup>.

E' evidente che la valutazione del grado di responsabilità genitoriale, intesa quale diritto e dovere di guida ed indirizzo del minore, è inversamente proporzionata al grado di autonomia decisionale del minore, determinata dal suo giudizio e dal suo grado di consapevolezza. Anche i gruppi di studio europei sentono l'esigenza di promuovere un'uniformità in tema di diritto di

---

genitori e dei diritti e dei doveri del figlio" che è andato a sostituire il precedente che si riferiva alla potestà genitoriale anziché alla responsabilità dei genitori. Si parla ufficialmente del diritto del figlio ad essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", diritti sino a quel momento solo indirettamente individuati in correlazione ai doveri dei genitori (147 c.c.), in un sistema ove la responsabilità genitoriale era soggiogata dall'art. 147 c.c. ossia allo stretto riferimento dei doveri nascenti dal matrimonio, non più unico modello a cui ispirarsi per delineare i rapporti tra genitori e figli. Dalla lettura combinata degli artt. 315 c.c. e 315bis c.c. si evince come quest'ultimo dia sostanza al primo.

<sup>68</sup> Sia consentito il rinvio a VALENTINA BARELA, *Responsabilità dei genitori e dell'insegnante* nel vol., *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Pasquale Stanzone, vol. II, 2012, Cedam, Padova, p. 619 ss.

<sup>69</sup> Si v. LAURA PIRONE, *op.cit.*, p. 668 ss.

<sup>70</sup> Cfr. le dense pagine di PASQUALE STANZIONE, *Interesse del minore e «statuto» dei suoi diritti* nel vol., *Scintillae Iuris Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 1766 ss.

<sup>71</sup> Così SILVESTRO LANDOLFI, *Educazione familiare e libertà religiosa del minore*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1961, p. 126 ss.



autodeterminazione del minore in scelte religiose e proprio su questo aspetto, il primo punto, contenuto nel principio 3: 19, redatto dalla *Commission of European Family Law* sancisce che “the holders of parental responsibilities should provide the child with care, protection and education in accordance with the child’s distinctive character and development needs”<sup>72</sup>.

Alcuni ordinamenti europei nelle loro costituzioni stabiliscono che ai minori deve essere assicurata un’educazione religiosa conforme alle convinzioni di coloro che detengono la responsabilità genitoriale. In alcuni ordinamenti (Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Finlandia e Russia) la libertà di religione è regolata in una legislazione separata che riguarda la posizione delle varie religioni. Diversi percorsi interpretativi possono essere compiuti a seconda che l’educazione religiosa sia considerata parte dei diritti e dei doveri dei genitori, dei loro diritti “to care for the child” (Belgio, Germania e Grecia) o tra i diritti di educare (Austria, Italia, Portogallo, Russia e Spagna).

Bisogna purtroppo constatare che una verifica del rispetto della libertà religiosa è il più delle volte possibile solo nella fase patologica del rapporto familiare ed in particolare solo in costanza di separazione dei genitori nell’ambito di un più ampio giudizio, ove il giudice valuta la capacità di discernimento, la volontà e consapevolezza religiosa del minore sino a potergli riconoscere il diritto all’autodeterminazione nella scelta religiosa<sup>73</sup>. Cosa certa è che il minore non può essere diviso tra i suoi parenti in ragione del mutamento del credo religioso da parte di un genitore dopo la separazione. In caso di disaccordo tra i genitori, sarà l’autorità giudiziaria a decidere<sup>74</sup>. Il caso Hoffmann. C. Austria (1993), avente ad oggetto l’affidamento dei figli in ambito della separazione, ha posto la questione religiosa al centro del dibattito, causa di *discrimen* ai fini decisionali dell’affidamento dei figli. La Corte europea ha condannato l’Austria in ragione della posizione adottata dalla Corte suprema austriaca che aveva deciso di affidare i minori al padre, invece che alla madre, in ragione del suo mutamento del credo religioso,

<sup>72</sup> Si v. KATHARINA BOELE-WOEWLKI, FRÉDÉRIQUE FERRAND, CRISTINA GONZALEZ BEILFUSS, MAARIT JÄNTERÄ- JAREBORG, NIGEL LOWE, DIETER MARTINY, WALTER PINTENS, *Principles of European Family Law - Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Oxford, 2007, p. 119 ss.

<sup>73</sup> Con l’entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54 recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, anche attraverso il nuovo dettato dell’art. 155 c.c. sono frequenti clausole di accordo di separazione che contengono l’obbligo dei genitori ad educare il figlio in una specifica fede religiosa, talvolta anche con il divieto di istruirlo o metterlo in contatto con persone seguaci di altre fedi religiose, impegno la cui violazione comporta il mutamento dell’affido. Così, ANTONIO FUCCILLO, *Giustizia e religione*, cit., p. 173.

<sup>74</sup> Tuttavia, ciò non è possibile in tutti gli ordinamenti europei. Si pensi all’Ungheria, ove la Costituzione vieta espressamente allo Stato, e pertanto anche alle autorità giudiziarie, di intervenire in qualsiasi forma in merito all’esercizio dell’educazione religiosa.

da cattolica a testimone di Geova, considerato questo quale elemento che avrebbe sfavorito l'interesse dei minori<sup>75</sup>.

Analogamente la giurisprudenza italiana, con una pronuncia della Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 14728 del 19/07/2016, ha stabilito che la scelta spirituale di uno dei genitori di aderire ad una confessione religiosa diversa rispetto a quella cattolica, nel caso particolare a quella dei Testimoni di Geova, non costituisce ragione sufficiente per giustificare l'affidamento esclusivo dei minori all'altro genitore, lì dove ci sono emergenze probatorie che mostrino che entrambi i coniugi risultino legati ai figli e capaci di accudirli nella quotidianità<sup>76</sup>.

Nessuna valutazione deve essere aprioristica e l'esercizio della libertà religiosa deve essere valutata sempre in considerazione dell'interesse del minore, alla luce delle circostanze e relazioni strettamente associate a questa scelta, costruttive e definitorie della sua personalità. Difatti, la stessa Corte, in una pronuncia del 2012 in tema di separazione giudiziale dei coniugi, aveva disposto che l'affido condiviso dei figli minori può anche prevedere – nell'interesse di questi – specifiche prescrizioni e divieti a carico del genitore “collocatario”, come il divieto di coinvolgimento del figlio nella propria e mutata scelta religiosa, qualora si sia palesata dannosa per l'equilibrio e la salute psichica del bambino e pertanto contraria al suo interesse<sup>77</sup>. L'ago della bilancia è costituito dalla necessità di garantire un regolare sviluppo del minore che si realizza anche favorendo un processo di socializzazione, necessario per “l'acquisizione delle certezze indispensabili per una crescita equilibrata”.

Ed è per questo che il giudice non incorre in una censura in sede di legittimità purché “la motivazione non sia viziata sul piano logico”<sup>78</sup> quando non consente al minore di praticare una scelta religiosa autonoma rispetto a quella dei genitori, lì ove ritenga che questa scelta non sia supportata da una necessaria maturità e pertanto possa pregiudicare lo sviluppo armonico della sua personalità.

---

<sup>75</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa nell'affare Hoffmann c. Austria, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu); TULLIO SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 1994, p. 719 ss.

<sup>76</sup> Cfr. anche Corte di Cassazione, sentenza 27 ottobre 1999, n. 12077.

<sup>77</sup> Talvolta, l'affidamento della prole può essere precluso qualora il genitore abbia delle turbe psichiche e delle instabilità caratteriali che si riversano sul minore, provocando degli irreparabili pregiudizi proprio perché compromettenti l'equilibrio e la serenità della vita del minore. Per un'analisi approfondita di questi aspetti si v. GIACOMO OBERTO, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2010, p. 516.

<sup>78</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. I, del 4 novembre 2013, n. 24683. Si v. MASSIMO DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 336 ss.

# La nuova normativa sul servizio civile universale

MARCO CANONICO

## 1. Il quadro normativo di riferimento

Con decreto legislativo 6 marzo 2017 n. 40, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 3 aprile 2017 n. 78, è stato istituito e disciplinato il servizio civile universale<sup>1</sup>. Il provvedimento normativo è stato emanato in attuazione della

---

<sup>1</sup> In dottrina, sui vari aspetti concernenti il servizio civile, MICHELE AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 903; MIMMA AMOROSO – EUGENIO SACCHETTINI, *Misure urgenti per garantire la sicurezza dei cittadini, per assicurare la funzionalità del corpo nazionale dei vigili del fuoco e di altre strutture dell'amministrazione dell'interno, nonché in materia di fondo nazionale per il servizio civile (commento al d.l. 20 giugno 2012 n. 79)*, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 29, p. 95; DANIELE ARRU, *Giurisprudenza della corte di cassazione in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Dir. eccl.*, 2012, p. 629; GIANLUCA BASCHERINI, *Il servizio civile tra Stato e Regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*, nota a Corte cost. 17 dicembre 2013 n. 309, in *Giur. cost.*, 2014, p. 534; ALESSANDRO BELLAVISTA, *Il rapporto di servizio civile*, in *Vita not.*, 2006, p. 582; FRANCESCO BOCCHINI, *Contributo allo studio della difesa civile della patria*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 759; RICCARDO BONANNI, *Vissuto, opinioni e atteggiamenti degli obiettori di coscienza in servizio civile all'estero: indagine su questionario e confronto con il personale militare*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2003, fasc. 4, p. 35; CHIARA CALDERONI – ELVIRA SESSA, *«Lavoratore» volontario in servizio civile e requisito della cittadinanza*, nota a T. Milano 9 gennaio 2012, in *Riv. crit. dir. lav. priv. e pubbl.*, 2011, p. 891; CARLO CARDIA, *L'obiezione di coscienza (seminario «archivio giuridico» - 15 ottobre 2013)*, in *Arch. giur.*, 2013, p. 391; VINCENZO CASAMASSIMA, *La sentenza n. 228 del 2004: il servizio civile nazionale resta statale*, nota a Corte cost. 16 luglio 2004 n. 228, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2418; ANDRÈ CASTELLI, *Questioni vecchie e nuove in tema di servizio sostitutivo civile*, nota a P. Cagliari 13 marzo 1991, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 439; FRANCESCA COMANUCCI, *Il servizio civile volontario e il requisito di cittadinanza*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, p. 427; PIERLUIGI CONSORTI, *Il servizio civile volontario come forma di difesa della patria - Fra stato e regioni*, in *Regioni*, 2005, p. 549; ID., *Obiezione di coscienza al servizio militare e servizio civile*, in *Dir. eccl.*, 1986, I, p. 393; ID., *Obiezione di coscienza e servizio civile dopo la l. 230/1998*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 841; ID., *Verso una modifica della gerarchia delle fonti - Moduli normativi e procedurali della pubblica amministrazione: convenzioni e circolari (in particolare sull'obiezione di coscienza e il servizio civile)*, in *Nomos*, 1988, fasc. 4, p. 7; FRANCESCO DAL CANTO, *Il cammino del sacro dovere di difesa della patria, dalla guerra contro l'aggressore alla solidarietà sociale*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 263; ID., *Il cammino del servizio civile in Italia (dalla prospettiva dell'obiezione di coscienza a quella della solidarietà)*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 846; ID., *Il servizio civile nazionale e gli stranieri, tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione*,

delega conferita dall'art. 1 della legge 6 giugno 2016 n. 106 (*Delega al Go-*

nota a Cons. Stato sez. II 9 ottobre 2014 n. 1091/14 (parere), in *Foro it.*, 2014, III, c. 707; ID., *Il servizio civile volontario come difesa della patria*, nota a Corte cost. 16 luglio 2004 n. 228, *ivi*, 2004, I, c. 2959; ID., *La disciplina del «servizio civile nazionale» ancora dinanzi alla corte costituzionale: le regioni concorrono in una «logica attuativa»*, nota a Corte cost. 2 dicembre 2005 n. 431, *ivi*, 2006, I, c. 333; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, in *Iustitia*, 2009, p. 267; OTTAVIO DE BERTOLIS, *L'obiezione di coscienza*, in *Civiltà catt.*, 2005, vol. IV, p. 139; SARAH GARABELLO, *La revoca dello status di obiettore di coscienza tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, nota a T.a.r. Liguria sez. II 11 ottobre 2007 n. 1746, in *Nuova giur. ligure*, 2007, p. 271; NICOLETTA GIULIANELLI, *La gestione del servizio civile volontario: un'ipotesi organizzativa*, in *Azienditalia - Il personale*, 2005, p. 277; LUCA GORI, *Il servizio civile, i giudici comuni e l'interpretazione costituzionalmente conforme*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 481; MARCO GRECO, *Prime note sulla l. 130/2007 e sulle modifiche in materia di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2008, p. 469; MONICA MC BRITTON, *L'accesso di extracomunitari al lavoro pubblico e al servizio civile*, nota a Cass. civ. sez. lav. 2 settembre 2014 n. 18523, Cass. civ. sez. un. 1 ottobre 2014 n. 20661 (ord.) e Corte cost. 25 giugno 2015 n. 119, in *Diritti lavori mercati*, 2015, p. 391; ENRICO MAGGIORA, *Il servizio civile universale*, in *Stato civile it.*, 2016, fasc. 10, p. 63; ID., *Il servizio nazionale civile*, *ivi*, 2011, fasc. 2, p. 50; DOMENICA MORENA MASSAINI, *Pensioni obbligatorie, assegno sociale e riscatto servizio civile*, *Dir. e pratica lav.*, 2009, p. 333; MARCO MAZZARELLA, *La discriminatoria esclusione degli stranieri dal servizio civile nazionale: una disinvolta interpretazione «costituzionalmente orientata»*, nota a T. Milano 12 gennaio 2012, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, p. 760; RINO MESSINA, *Gli obiettori di coscienza ammessi al servizio civile sostitutivo: una nuova voce nell'elenco degli estranei alle forze armate*, nota a Corte cost. 24 aprile 1986 n. 113, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1489; ALDO NOCELLA – MARZIO CIMMINO, *Le leggi sul servizio militare di leva e sul servizio civile sostitutivo*, Apollonio & Ica, Brescia, 1991; FRANCESCO OCCHETTA, *Verso una nuova riforma del servizio civile*, in *Civiltà catt.*, 2009, vol. II, p. 498; SIMONE PENASA, *Verso una «cittadinanza costituzionale»? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, fasc. 4; LUCA PETRONI, *Servizio militare, servizio sostitutivo su obiezione, servizio civile: da obbligatorio ad alternativo a volontario - L'esperienza formativa di Arpat (agenzia regionale per la protezione ambientale della Toscana) per i giovani*, in *Nuova rass.*, 2003, p. 214; ANDREA PUGIOTTO, *Davvero pari la durata tra servizio civile e servizio militare?*, nota a Corte cost. 31 luglio 1989 n. 470, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 2197; ID., *Durata del servizio civile e principio costituzionale di eguaglianza*, nota a T. Cagliari 20 gennaio 1988, *ivi*, 1988, II, p. 1049; ALESSIO RAUTI, *Il diritto di avere doveri - Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, fasc. 4; GIAMPIETRO RICHIELLO, *Obiezione di coscienza e rifiuto del servizio civile sostitutivo*, nota a Corte cost. 24 aprile 1986 n. 113, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1718; ROBERTO RIVELLO, *Modifiche alla l. 8 luglio 1998 n. 230, in materia di obiezione di coscienza. Commento alla l. 2 agosto 2007 n. 130*, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 37, p. 26; MAURO ROSELLA, *Autoriduzione del servizio civile sostitutivo e problemi costituzionali*, nota a T. Cagliari 20 gennaio 1988, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 537; EMANUELE ROSSI, *Il servizio civile tra stato e regioni: un difficile equilibrio da provare a prendere sul serio nella logica della leale collaborazione*, nota a Corte cost. 2 dicembre 2005 n. 431, in *Regioni*, 2005, p. 502; ILENIA RUGGIU, *Servizio civile «atto terzo»: l'intesa raggiunta è irreversibile... anche se le ragioni per disattenderla possono essere valide*, nota a Corte cost. 2 marzo 2007 n. 58, *ivi*, 2007, p. 630; VINCENZO SANTORO, *Commento alla l. 6 marzo 2001 n. 64, istituzione del servizio civile nazionale*, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 22, p. 24; LUIGI SCOTTI, *Il servizio civile rimane in lista d'attesa*, nota a Corte cost. 24 maggio 1985 n. 164, in *Corriere giur.*, 1985, p. 815; GIUSEPPE SORGE, *Obiezione di coscienza: il servizio sostitutivo civile presso gli enti locali*, in *Nuova rass.*, 1987, p. 648; CARMEN SPINELLI, *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego e al servizio civile nazionale, tra norme e giurisprudenza*, nota a Cass. civ. sez. un. 1 ottobre 2014 n. 20661 (ord.); Cass. civ. sez. lav. 2 settembre 2014 n. 18523 e T. Firenze 23 gennaio 2014, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 60; VINCENZO TURCHI, *Obiezione di coscienza [aggiornamento-2003]*, in *Digesto disc. priv.*, *Aggiornamento*, vol. II, tomo II, Utet, Torino, 2003, p. 944; ID., *Obiezione di coscienza: a trent'anni dalla prima legge - Bilancio di un'esperienza e problematiche*

verno per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale), che demandava al Governo di adottare la riforma del cosiddetto terzo settore<sup>2</sup> provvedendo in particolare “a) alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute; b) al riordino e alla revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore... compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito codice del Terzo settore, secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni; c) alla revisione della disciplina in materia di impresa sociale; d) alla revisione della disciplina in materia di servizio civile nazionale” (art. 1.2 legge cit.).

Al di là dei criteri generali ispiratori della riforma<sup>3</sup>, la legge delega stabiliva specifici principi e criteri direttivi per la revisione della disciplina in mate-

---

emergenti, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, p. 77; RODOLFO VENDITTI, *Incostituzionalità della misura della pena edittale prevista per il reato di rifiuto del servizio civile*, nota a Corte cost. 11 dicembre 1997 n. 382, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3679; Id., *Valutazione dei motivi dell'obiettore e reiezione della domanda di ammissione al servizio civile*, nota a C. Stato ad plen. 25 maggio 1985 n. 16, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, p. 391; ANGELO VICARI, *Obiezione di coscienza e diritto al lavoro dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 141/2006*, in *Nuova rass.*, 2008, p. 483; Id., *Obiezione di coscienza e diritto al lavoro dopo la sentenza della corte costituzionale su materiali esplosivi e loro uso a fini civili*, in *Riv. polizia*, 2007, p. 408.

<sup>2</sup> L'art. 1.1 della legge 106/16 prevede che “al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo settore. Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi”.

<sup>3</sup> L'art. 2 della legge 106/16 prescrive al riguardo di “a) riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione; b) riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali; c) assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti; d) semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica”.

ria di servizio civile<sup>4</sup>, da attuare mediante l’emanazione di decreti legislativi “*adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, con il Ministro dell’interno, con il Ministro della difesa e con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata*” (art. 1.4 legge delega)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> L’art. 8 della legge 106/16 prevede che la riforma della disciplina in materia di servizio civile debba essere operata “*nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) istituzione del servizio civile universale finalizzato, ai sensi degli articoli 52, primo comma, e 11 della Costituzione, alla difesa non armata della patria e alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, anche con riferimento agli articoli 2 e 4, secondo comma, della Costituzione; b) previsione di un meccanismo di programmazione, di norma triennale, dei contingenti di giovani italiani e stranieri regolarmente soggiornanti, di età compresa tra 18 e 28 anni, che possono essere ammessi al servizio civile universale tramite bando pubblico e di procedure di selezione e avvio dei giovani improntate a principi di semplificazione, trasparenza e non discriminazione; c) definizione dello status giuridico dei giovani ammessi al servizio civile universale, prevedendo l’instaurazione, fra i medesimi giovani e lo Stato, di uno specifico rapporto di servizio civile non assimilabile al rapporto di lavoro, con previsione dell’esclusione di tale prestazione da ogni imposizione tributaria; d) attribuzione allo Stato delle funzioni di programmazione, organizzazione, accreditamento e controllo del servizio civile universale; realizzazione, con il coinvolgimento delle regioni, dei programmi da parte di enti locali, altri enti pubblici territoriali ed enti del Terzo settore; possibilità per le regioni, gli enti locali, gli altri enti pubblici territoriali e gli enti del Terzo settore di attivare autonomamente progetti di servizio civile con risorse proprie, da realizzare presso soggetti accreditati; e) previsione di criteri e modalità di accreditamento degli enti di servizio civile universale, tenendo conto di quanto previsto dall’articolo 3 della legge 6 marzo 2001, n. 64, nell’ottica della semplificazione e della trasparenza; f) previsione di criteri e modalità di semplificazione e di trasparenza delle procedure di gestione e di valutazione dell’attività svolta dagli enti di servizio civile universale, anche con riferimento ai contributi finanziari erogati dalle competenti strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri in relazione all’attuazione dei progetti di servizio civile universale, a carico del Fondo nazionale per il servizio civile; g) previsione di un limite di durata del servizio civile universale, non inferiore a otto mesi complessivi e, comunque, non superiore a un anno, che conteneri le finalità del servizio con le esigenze di vita e di lavoro dei giovani coinvolti, e della possibilità che il servizio sia prestato, in parte, in uno degli Stati membri dell’Unione europea nonché, per iniziative riconducibili alla promozione della pace e della nonviolenza e alla cooperazione allo sviluppo, anche nei Paesi al di fuori dell’Unione europea; h) riconoscimento e valorizzazione delle competenze acquisite durante l’espletamento del servizio civile universale in funzione del loro utilizzo nei percorsi di istruzione e in ambito lavorativo; i) riordino e revisione della Consulta nazionale per il servizio civile, quale organismo di consultazione, riferimento e confronto per l’amministrazione, sulla base del principio di rappresentatività di tutti gli enti accreditati, anche con riferimento alla territorialità e alla rilevanza per ciascun settore di intervento*”. Il medesimo art. 8 stabilisce altresì che la riforma della disciplina del servizio civile debba avvenire “*tenuto conto di quanto previsto dall’articolo 1 della legge 6 marzo 2001, n. 64*”, che elenca le seguenti finalità di tale servizio: “*a) concorrere, in alternativa al servizio militare obbligatorio, alla difesa della Patria con mezzi ed attività non militari; b) favorire la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale; c) promuovere la solidarietà e la cooperazione, a livello nazionale ed internazionale, con particolare riguardo alla tutela dei diritti sociali, ai servizi alla persona ed alla educazione alla pace fra i popoli; d) partecipare alla salvaguardia e tutela del patrimonio della Nazione, con particolare riguardo ai settori ambientale, anche sotto l’aspetto dell’agricoltura in zona di montagna, forestale, storico-artistico, culturale e della protezione civile; e) contribuire alla formazione civica, sociale, culturale e professionale dei giovani mediante attività svolte anche in enti ed amministrazioni operanti all’estero*”.

<sup>5</sup> L’art. 1.5 della legge delega specifica altresì che “*gli schemi dei decreti legislativi di cui al comma 1,*

Il decreto legislativo interviene in una materia precedentemente regolata dalla legge 6 marzo 2001 n. 64, che aveva istituito il servizio civile nazionale, quale servizio “*prestato su base esclusivamente volontaria*” (art. 2.1 legge cit.) cui potevano essere ammessi, oltre agli obiettori di coscienza ai sensi della legge 8 luglio 1998 n. 230<sup>6</sup>, “*i cittadini, abili al servizio militare di leva, che dichiarino la loro preferenza a prestare il servizio civile piuttosto che il servizio militare, purché non risultino necessari al soddisfacimento delle esigenze qualitative e quantitative delle Forze armate*” (art. 5.1 legge 64/01), nonché “*a) le cittadine italiane che ne fanno richiesta e che al momento di presentare la domanda hanno compiuto il diciottesimo anno di età e non superato il ventiseiesimo; b) i cittadini riformati per inabilità al servizio militare, anche successivamente alla chiamata alle armi o in posizione di congedo illimitato provvisorio, se non hanno superato il ventiseiesimo anno d’età*” (art. 5.4 legge 64/01). In virtù della delega contenuta nell’art. 2.2 della medesima legge 64/01 era stato successivamente emanato, per disciplinare la materia, il decreto legislativo 5 aprile 2002 n. 77, ora abrogato (art. 26.5 D. Lgs. 40/17). Non risulta invece abrogata la legge 64/01, che viene anzi più volte espressamente richiamata nel decreto legislativo oggetto di considerazione in questa sede<sup>7</sup>.

---

*corredati della relazione tecnica di cui all’articolo 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, sono trasmessi al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati entro il quarantacinquesimo giorno antecedente il termine per l’esercizio della delega, perché su di essi siano espressi, entro trenta giorni dalla data di trasmissione, i pareri delle rispettive commissioni competenti per materia e per i profili finanziari. Decorso il termine previsto per l’espressione dei pareri, i decreti possono essere comunque adottati”. Il successivo comma settimo prevede peraltro che “entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può adottare, attraverso la medesima procedura di cui al presente articolo, disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi, tenuto conto delle evidenze attuative nel frattempo emerse”.*

<sup>6</sup> Si tenga presente che la legge 8 luglio 1998 n. 230 (*Nuove norme in materia di obiezione di coscienza*) è stata nel frattempo abrogata dall’art. 2268, primo comma, n. 951, del decreto legislativo 15 marzo 2010 n. 66 (*Codice dell’ordinamento militare*), con esclusione degli articoli 8 (concernente l’istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, dell’Ufficio nazionale per il servizio civile), 10 (relativo all’istituzione, presso l’Ufficio nazionale per il servizio civile, dell’albo degli enti e delle organizzazioni convenzionati e della Consulta nazionale per il servizio civile), 19 (avente ad oggetto l’istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, del Fondo nazionale per il servizio civile degli obiettori di coscienza) e 20 (sull’obbligo del Presidente del Consiglio dei ministri di presentare annualmente al Parlamento una relazione sull’organizzazione, la gestione e lo svolgimento del servizio civile). Per una disamina delle problematiche in tema di obiezione di coscienza e relativa bibliografia, nonché un’analisi della disciplina introdotta dalla legge n. 230 del 1998, si rinvia a MARCO CANONICO, *Osservazioni sulle nuove norme in materia di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Dir. famiglia*, 2000, p. 363.

<sup>7</sup> Oltre che nel preambolo, il decreto legislativo 40/17 richiama la legge istitutiva del servizio civile nazionale per la definizione del Fondo nazionale per il servizio civile (art. 1.2, lett. *m*), per indicare i requisiti necessari per l’iscrizione di enti privati all’albo degli enti di servizio civile universale (art. 11.2), stabilire i livelli minimi di capacità organizzativa richiesti agli enti di servizio civile universale

## 2. I contenuti della nuova normativa

Nel provvedimento normativo in esame viene istituito il servizio civile universale “*finalizzato, ai sensi degli articoli 52, primo comma e 11 della Costituzione, alla difesa non armata e nonviolenta della Patria, all’educazione, alla pace tra i popoli, nonché alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, anche con riferimento agli articoli 2 e 4, secondo comma, della Costituzione*” (art. 2). Si parla di servizio universale anziché nazionale in quanto secondo la nuova normativa il servizio può essere espletato non solo in Italia ma anche all’estero<sup>8</sup>, con possibilità in tale ipotesi di “*effettuare un periodo di servizio, fino a tre mesi, in uno dei Paesi membri dell’Unione europea*” (art. 12.1), o in Paesi al di fuori dell’Unione europea (art. 13.1).

I settori di intervento individuati dal legislatore nei quali possono realizzarsi le finalità proprie del servizio civile sono, ai sensi dell’art. 3, l’assistenza, la protezione civile, il patrimonio ambientale e la riqualificazione urbana, il patrimonio storico, artistico e culturale, l’educazione e la promozione culturale e dello sport, l’agricoltura in zona di montagna, l’agricoltura sociale e la biodiversità, la promozione della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata, la promozione e la tutela dei diritti umani, la cooperazione allo sviluppo, la promozione della cultura italiana all’estero ed il sostegno alle comunità di italiani all’estero. In questi ambiti potrà dunque espletarsi concretamente l’attività di servizio civile, sulla base di una programmazione che prevede l’adozione di un Piano triennale, “*modulato per Piani annuali ed attuato mediante programmi di intervento, proposti dagli enti di servizio civile universale nell’ambito di uno o più settori*” (art. 4.1). I Piani, annuali e triennali, predisposti dalla Presidenza del Consiglio dei ministri sentite le amministrazioni competenti per i vari settori interessati e le Regioni, ed approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri “*previo parere*

---

(art. 11.3 e 11.4), prevedere che non possono partecipare ad ulteriori selezioni coloro che abbiano già espletato il servizio civile (art. 16.8), confermare l’applicabilità delle precedenti previsioni normative in tema di riconoscimento di crediti formativi universitari (art. 18.1) e di regime delle sanzioni amministrative (art. 22.2), individuare le risorse afferenti al Fondo nazionale per il servizio civile (art. 24.1) e relativa ripartizione di spesa (art. 24.3), precisare l’ambito di applicabilità dei trattamenti sanzionatori (art. 26.3).

<sup>8</sup> In realtà già la legge 64/01, pur parlando di servizio civile nazionale, ammetteva all’art. 9.1 la possibilità che detto servizio potesse “*essere svolto all’estero presso sedi ove sono realizzati progetti di servizio civile da parte di amministrazioni ed enti, di cui all’articolo 7, comma 2, nell’ambito di iniziative assunte dall’Unione europea in materia di servizio civile, nonché in strutture per interventi di pacificazione e cooperazione fra i popoli, istituite dalla stessa Unione europea o da organismi internazionali operanti con le medesime finalità ai quali l’Italia partecipa...*”. In tale ipotesi si prevedeva che fosse la Presidenza del Consiglio dei ministri a dover stabilire le modalità di espletamento del servizio (art. 9, secondo comma, legge cit.).



*della Consulta nazionale per il servizio civile universale e della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano*” (art. 4.4), devono tenere conto “*del contesto nazionale e internazionale e delle specifiche aree geografiche, ivi comprese quelle estere, nonché delle risorse del bilancio dello Stato, di quelle comunitarie e di altre risorse destinate al servizio civile universale, rese disponibili da soggetti pubblici o privati*” (art. 4.2), e contenere, per il periodo considerato, “*a) la definizione degli obiettivi e degli indirizzi generali in materia di servizio civile universale, anche al fine di favorire la partecipazione dei giovani con minori opportunità; b) la programmazione degli interventi in materia di servizio civile universale, per l’Italia e per l’estero, anche a carattere sperimentale, e l’individuazione di quelli ritenuti prioritari; c) l’individuazione degli standard qualitativi degli interventi*” (art. 4.3).

Sulla base delle previsioni contenute nei Piani annuali e triennali i soggetti iscritti all’albo degli enti di servizio civile universale possono presentare specifici programmi di intervento articolati in progetti indicanti le azioni, gli ambiti territoriali, le sedi di attuazione<sup>9</sup>, il numero di operatori volontari interessati e la loro distribuzione, il personale dell’ente coinvolto (art. 5.2). La valutazione dei programmi d’intervento compete alla Presidenza del Consiglio, cui spetta la relativa approvazione, sentite le Regioni interessate (art. 5, commi 5-7), nel rispetto delle risorse economiche disponibili sulla base del documento annuale di programmazione finanziaria per l’utilizzo del Fondo nazionale per il servizio civile di cui all’art. 24. Viene tuttavia fatta salva la possibilità, per amministrazioni pubbliche, enti locali, altri enti pubblici territoriali ed enti del terzo settore, di realizzare programmi di intervento di servizio civile universale al di fuori della programmazione finanziaria adottata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, mediante l’impiego di risorse proprie. Tali programmi di intervento, benché proposti, realizzati e finanziati dalle amministrazioni locali, necessitano comunque anch’essi dell’approvazione da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 5.9).

Nella materia considerata si prevede che competano allo Stato, ed in particolare alla Presidenza del Consiglio dei ministri, la programmazione, l’organizzazione e l’attuazione del servizio civile universale, nonché l’accreditamento degli enti e le attività di controllo (art. 6). Alla Presidenza del Consiglio spetta altresì il controllo sulla gestione delle attività svolte dagli enti del servizio civile universale (art. 20), la valutazione dei risultati dei pro-

---

<sup>9</sup> Al riguardo si specifica che “*le sedi di attuazione devono essere rispondenti ai requisiti di sicurezza, ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni, nonché funzionali all’attuazione del progetto, dotate dei servizi essenziali e di adeguate risorse tecnologiche e strumentali*” (art. 5.3).

grammi di intervento (art. 21), le verifiche ispettive sulle attività svolte dagli enti del servizio civile universale (art. 22). Si prevede inoltre che il Presidente del Consiglio dei ministri presenti ogni anno al Parlamento, entro il 30 giugno, “una relazione sull’organizzazione, sulla gestione e sullo svolgimento del servizio civile universale” (art. 23).

Le Regioni e le Province autonome, al di là del necessario coinvolgimento nella valutazione dei programmi di intervento e del parere sul documento di programmazione finanziaria, previa approvazione della Presidenza del Consiglio dei ministri possono attuare programmi di servizio civile con risorse proprie (art. 7.1, lett. d), nonché provvedere alla formazione del personale degli enti di servizio civile universale, al controllo sulla gestione delle attività svolte dagli enti di servizio civile universale nel territorio di propria competenza, alla valutazione dei risultati relativi agli interventi svolti dagli enti di servizio civile universale, alle ispezioni presso gli enti di servizio civile universale che operano unicamente negli ambiti territoriali delle Regioni e delle Province autonome (art. 7.2). Si prevede inoltre, per Regioni e Province autonome, la possibilità di “istituire, nella loro autonomia, un servizio civile regionale con finalità proprie e non assimilabile al servizio civile universale” (art. 7.4).

Gli enti di servizio civile universale che risultino iscritti nell’apposito albo presso la Presidenza del Consiglio dei ministri<sup>10</sup> sono abilitati a presentare programmi di intervento e curarne la realizzazione; provvedere alla selezione, gestione amministrativa e formazione degli operatori volontari impegnati nel servizio civile universale, cioè dei soggetti ammessi a svolgere il servizio civile universale; attuare la formazione di coloro che devono a loro volta formare gli operatori ammessi al servizio civile; svolgere le attività di comu-

---

<sup>10</sup> L’art. 11.2 stabilisce che “all’albo degli enti di servizio civile universale possono iscriversi amministrazioni pubbliche e, previo accertamento del rispetto della normativa antimafia di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, enti privati, in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 3 della legge 6 marzo 2001, n. 64”. Si dispone inoltre che “al fine di assicurare la qualità, l’efficienza e l’efficacia del servizio civile universale, le amministrazioni pubbliche e gli enti privati devono possedere i seguenti livelli minimi di capacità organizzativa di cui alla lettera b) dell’articolo 3 della legge n. 64 del 2001: a) un’articolazione organizzativa di cento sedi di attuazione, aventi i requisiti di cui all’articolo 5, comma 3, ivi incluse eventuali sedi all’estero e sedi di altri enti pubblici o privati legati da specifici accordi all’ente di servizio civile universale; b) una dotazione di personale qualificato in possesso di idonei titoli di studio, o di esperienza biennale nelle relative funzioni, ovvero che abbia svolto specifici corsi di formazione e costituita da: un coordinatore responsabile del servizio civile universale; un responsabile della sicurezza ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni; un responsabile dell’attività di formazione degli operatori volontari e dei relativi formatori, ivi inclusa la valorizzazione delle competenze; un responsabile della gestione degli operatori volontari; un responsabile dell’attività informatica; un responsabile delle attività di controllo, verifica e valutazione del servizio civile universale” (art. 11.3).

nicazione e propedeutiche per il riconoscimento e la valorizzazione delle competenze acquisite dagli operatori volontari durante lo svolgimento del servizio civile universale (art. 8.1). Gli enti di servizio civile universale partecipano inoltre con propria rappresentanza alla Consulta nazionale per il servizio civile universale, “*organismo di consultazione, riferimento e confronto in ordine alle questioni concernenti il servizio civile universale*” (art. 10.1)<sup>11</sup>.

Per quanto concerne i soggetti che possono beneficiare delle previsioni normative in questione, l’art. 14.1 prevede che “*sono ammessi a svolgere il servizio civile universale, su base volontaria, senza distinzioni di sesso, i cittadini italiani, i cittadini di Paesi appartenenti all’Unione europea e gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia che, alla data di presentazione della domanda, abbiano compiuto il diciottesimo e non superato il ventottesimo anno di età*”<sup>12</sup>, ad eccezione di quanti appartengano ai Corpi militari ed alle Forze di polizia (art. 14.3) e di coloro che abbiano riportato “*condanna, in Italia o all’estero, anche non definitiva alla pena della reclusione superiore ad un anno per delitto non colposo ovvero ad una pena anche di entità inferiore per un delitto contro la persona o concernente detenzione, uso, porto, trasporto, importazione o esportazione illecita di armi o materie esplodenti ovvero per delitti riguardanti l’appartenenza o il favoreggiamento a gruppi eversivi, terroristici, o di criminalità organizzata*” (art. 14.4). Viene inoltre prescritto che non possono presentare domanda quanti abbiano già svolto il servizio civile, nazionale o universale (art. 16.8).

È prevista una procedura di selezione degli aspiranti operatori, da indire con bando pubblico ed affidata agli enti di servizio civile universale iscritti all’albo, da effettuare “*nel rispetto dei principi di trasparenza, semplificazione, pubblicità, parità di trattamento e divieto di discriminazione, in modo da garantire la riduzione dei tempi della procedura e la pubblicità delle modalità di attribuzione dei punteggi nonché degli esiti delle valutazioni*” (art. 15.1).

A seguito del buon esito della selezione, il soggetto ammesso è tenuto a sottoscrivere un contratto in virtù del quale tra il medesimo e la Presidenza del Consiglio dei ministri si instaura il rapporto di servizio civile, che per

---

<sup>11</sup> L’art. 10.2 specifica che “*la Consulta nazionale per il servizio civile universale è composta da non più di quindici membri, nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di cui sette scelti tra gli enti iscritti all’albo di cui all’articolo 11 e le reti di enti maggiormente rappresentative con riferimento a ciascun settore individuato all’articolo 3; due scelti nell’ambito dei coordinamenti tra enti; uno designato dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome, uno designato dall’Associazione nazionale comuni italiani; quattro eletti in seno alla rappresentanza nazionale di cui all’articolo 9, comma 3*”.

<sup>12</sup> L’art. 14.2 ha cura di precisare che “*l’ammissione al servizio civile universale non costituisce in alcun caso, per il cittadino straniero, presupposto per il prolungamento della durata del permesso di soggiorno*”.

espressa disposizione normativa “*non è assimilabile ad alcuna forma di rapporto di lavoro di natura subordinata o parasubordinata e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità*” (art. 16.1). Il contratto deve indicare la data di inizio del servizio, attestata dal responsabile dell’ente accreditante, e prevedere le norme di comportamento alle quali l’operatore volontario dovrà attenersi e le relative sanzioni, nonché il trattamento giuridico ed economico (art. 16.2). Agli operatori compete infatti un assegno mensile per il servizio effettuato, incrementato da eventuali indennità in caso di servizio civile svolto all’estero, nella misura annualmente stabilita dal Documento di programmazione finanziaria (art. 17.1)<sup>13</sup>. Al riguardo si precisa che “*gli assegni attribuiti agli operatori in servizio civile universale, inquadrati nei redditi derivanti dalle assunzioni di obblighi di fare, non fare o permettere, sono esenti da imposizioni tributarie e non sono imponibili ai fini previdenziali*” (art. 16.3). I periodi di svolgimento del servizio civile sono riscattabili, ove non coperti da altra contribuzione, ai fini previdenziali (art. 17.4), con relativi oneri che possono essere versati in unica soluzione ovvero in centoventi rate mensili senza interessi (art. 17.5). Agli operatori del servizio civile viene altresì assicurata l’assistenza sanitaria tramite il Servizio sanitario nazionale ovvero, per i periodi di svolgimento del servizio civile universale in Paesi al di fuori dell’Unione europea, mediante polizze assicurative stipulate dagli enti che realizzano i programmi di intervento (art. 17.6). Si applicano inoltre le norme in materia di tutela e sostegno della maternità, disponendosi che dalla data di sospensione del servizio a quella della sua ripresa viene comunque corrisposto l’assegno, ridotto di un terzo, a carico del Fondo nazionale per il servizio civile (art. 17.7). È previsto che la Presidenza del Consiglio dei ministri disponga in merito alle condizioni generali di assicurazione per i rischi connessi allo svolgimento del servizio civile universale, previo parere dell’Istituto per la vigilanza delle assicurazioni (art. 17.3).

Gli operatori hanno diritto ad una formazione “*di durata complessiva non inferiore a ottanta ore, articolata in formazione generale, di durata minima di trenta ore, e in formazione specifica, di durata minima di cinquanta ore e commisurata alla durata e alla tipologia del programma di intervento*” (art. 16.6).

Il servizio deve avere una durata compresa fra otto e dodici mesi (art. 16.4) con impegno settimanale complessivo di venticinque ore<sup>14</sup> e, come so-

---

<sup>13</sup> Si puntualizza che l’assegno mensile “*viene corrisposto nel rispetto dei criteri di effettività del servizio svolto, tracciabilità, pubblicità delle somme erogate e semplificazione degli adempimenti amministrativi mediante il ricorso a procedure informatiche*” (art. 17.2).

<sup>14</sup> L’art. 16.7 stabilisce che “*l’orario di svolgimento del servizio da parte dell’operatore volontario si*

pra accennato, può essere svolto sia in Italia<sup>15</sup> che all'estero<sup>16</sup>.

Nell'esecuzione del servizio civile gli operatori “sono tenuti a realizzare le attività previste dal progetto, nel rispetto di quanto stabilito nel contratto... e non possono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, se incompatibile con il corretto espletamento del servizio civile universale” (art. 16.5). Dal tenore letterale della norma sembra che non venga stabilita una generale incompatibilità del servizio civile con altre forme di impiego o lavoro, dovendosi piuttosto valutare nei casi concreti se gli eventuali ulteriori impegni del soggetto interessano siano o meno conciliabili con la regolare prestazione del servizio civile.

L'art. 9.2 contempla una forma di rappresentanza degli operatori volontari, articolata a livello nazionale ed a livello regionale, per “garantire il costante confronto degli operatori volontari del servizio civile universale con la Presidenza del Consiglio dei ministri”<sup>17</sup>.

Si dispone, analogamente a quanto già previsto nella normativa preceden-

---

*articola in un impegno settimanale complessivo di venticinque ore, ovvero di un monte ore annuo per i dodici mesi corrispondente a 1145 ore e per otto mesi corrispondente a 765 ore”.*

<sup>15</sup> L'art 12.1 prevede che in ogni caso “i soggetti ammessi a svolgere il servizio civile universale in Italia, nella percentuale individuata nel Documento di programmazione finanziaria... , possono effettuare un periodo di servizio, fino a tre mesi, in uno dei Paesi membri dell'Unione europea, ovvero usufruire per il medesimo periodo di un tutoraggio finalizzato alla facilitazione dell'accesso al mercato del lavoro, secondo le modalità dei programmi di intervento annuali”. In tale ipotesi, per il periodo di servizio civile svolto in uno dei Paesi dell'Unione europea, agli operatori viene erogato il trattamento economico previsto in caso di servizio all'estero (art. 12.4).

<sup>16</sup> Si stabilisce al riguardo che “i soggetti ammessi a svolgere il servizio civile universale all'estero, nella percentuale individuata nel documento di programmazione finanziaria, possono svolgere il servizio civile universale anche nei Paesi al di fuori dell'Unione europea, per un periodo non inferiore a sei mesi... per iniziative riconducibili alla promozione della pace e della nonviolenza nonché alla cooperazione allo sviluppo” (art. 13.1). Nel caso di programmi di intervento all'estero, la Presidenza del Consiglio dei ministri eroga contributi finanziari agli enti “a parziale copertura delle spese sostenute per le attività di gestione degli operatori volontari, ivi compresa la fornitura del vitto e dell'alloggio in relazione all'area geografica, nonché per le attività di formazione generale e di gestione degli interventi e per la polizza assicurativa sanitaria” (art. 13.2). Da parte loro, gli enti che realizzano programmi di intervento all'estero sono tenuti a garantire lo svolgimento delle iniziative in condizioni di sicurezza adeguate ai rischi connessi alla realizzazione dei medesimi programmi (art. 13.4).

<sup>17</sup> L'art. 9.3 specifica in proposito che “la rappresentanza nazionale è composta da quattro membri che durano in carica due anni, di cui tre eletti dai delegati degli operatori volontari delle regioni e delle province autonome e uno eletto dai delegati degli operatori volontari in servizio all'estero. I delegati delle regioni, delle province autonome e degli operatori volontari in servizio all'estero sono eletti con modalità on line da tutti gli operatori volontari in servizio, in proporzione al numero dei giovani impegnati in ciascuna regione e provincia autonoma e all'estero per la realizzazione dei programmi di intervento di servizio civile universale. La rappresentanza regionale è composta da 22 membri, di cui 19 in rappresentanza degli operatori volontari in servizio nei territori regionali, 2 in rappresentanza degli operatori volontari in servizio nelle Province autonome di Trento e di Bolzano e 1 in rappresentanza degli operatori volontari in servizio all'estero, che durano in carica due anni e sono eletti dai delegati delle regioni, delle province autonome e dai rappresentanti degli operatori volontari in servizio all'estero”.

te<sup>18</sup>, che “*le università degli studi ai fini del conseguimento di titoli di studio possono riconoscere, nei limiti previsti dalla normativa vigente, crediti formativi a favore degli operatori volontari che hanno svolto attività di servizio civile universale rilevanti per la crescita professionale e per il curriculum degli studi...*” (art. 18.1). E con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome devono essere definiti “*i criteri per il riconoscimento e la valorizzazione delle competenze acquisite dagli operatori volontari durante lo svolgimento del servizio civile universale, in funzione del loro utilizzo nei percorsi di istruzione e in ambito lavorativo*” (art. 18.2), mentre i predetti soggetti hanno la facoltà di “*stipulare convenzioni con associazioni di imprese private, con associazioni di rappresentanza delle cooperative e con altri enti senza finalità di lucro, al fine di favorire il collocamento nel mercato del lavoro dei giovani che hanno svolto il servizio civile universale*” (art. 18.3). Il periodo di servizio civile universale effettivamente prestato deve inoltre essere valutato nei pubblici concorsi con le stesse modalità e lo stesso valore del servizio prestato presso amministrazioni pubbliche (art. 18.4) e lo svolgimento del servizio civile universale completato senza demerito può essere considerato titolo di preferenza nelle graduatorie di merito dei concorsi pubblici per l’accesso alle carriere iniziali (art. 18.5)<sup>19</sup>. A tale scopo si prevede che la Presidenza del Consiglio dei ministri rilasci agli operatori, al termine della prestazione compiuta senza demerito, un attestato del servizio effettuato con indicazione delle attività effettivamente svolte (art. 19).

### 3. Considerazioni conclusive

Con il decreto legislativo oggetto di considerazione il Governo, in attuazione della delega ricevuta, ha cercato di offrire una disciplina definitiva ad

---

<sup>18</sup> L’articolo 10.2 della legge 6 marzo 2001 n. 64 già stabiliva che “*con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro della pubblica istruzione sono determinati i crediti formativi, per i cittadini che prestano il servizio civile o il servizio militare di leva, rilevanti, nell’ambito dell’istruzione o della formazione professionale, ai fini del compimento di periodi obbligatori di pratica professionale o di specializzazione, previsti per l’acquisizione dei titoli necessari all’esercizio di specifiche professioni o mestieri*”. Il comma successivo del medesimo articolo aggiungeva: “*Le Università degli studi possono riconoscere crediti formativi, ai fini del conseguimento di titoli di studio da esse rilasciati, per attività formative prestate nel corso del servizio civile o militare di leva rilevanti per il curriculum degli studi*”.

<sup>19</sup> L’art. 18.6 stabilisce che costituisce motivo di decadenza dai benefici indicati la cessazione anticipata del rapporto di servizio civile universale, a meno che l’interruzione del rapporto avvenga per documentati motivi di salute, per causa di servizio o di forza maggiore ed il periodo di servizio prestato sia pari ad almeno sei mesi.

un settore che nel corso degli ultimi decenni ha subito numerosi interventi dapprima da parte del Giudice delle leggi, costretto più volte ad intervenire sulle disposizioni relative all'obiezione di coscienza contrastanti con i precetti costituzionali, e successivamente ad opera del legislatore, costretto a rivedere normative di volta in volta superate, oltre che sulla base delle indicazioni della Corte Costituzionale, anche in relazione alle esigenze derivanti dagli impegni e dalle indicazioni delle istanze sovranazionali. Il tentativo di razionalizzazione già effettuato con la legge n. 64 del 2001 e relativo decreto legislativo n. 77 del 2002 aveva lasciato ancora dei punti meritevoli di una normativa più adeguata.

Si nota in primo luogo come, a fronte di una visione tradizionale del servizio civile come finalizzato a “*a) concorrere, in alternativa al servizio militare obbligatorio, alla difesa della Patria con mezzi ed attività non militari; b) favorire la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale; c) promuovere la solidarietà e la cooperazione, a livello nazionale ed internazionale, con particolare riguardo alla tutela dei diritti sociali, ai servizi alla persona ed alla educazione alla pace fra i popoli; d) partecipare alla salvaguardia e tutela del patrimonio della Nazione, con particolare riguardo ai settori ambientale, anche sotto l'aspetto dell'agricoltura in zona di montagna, forestale, storico-artistico, culturale e della protezione civile; e) contribuire alla formazione civica, sociale, culturale e professionale dei giovani mediante attività svolte anche in enti ed amministrazioni operanti all'estero*” (art. 1 della legge n. 64 del 2001), nella nuova normativa, secondo una prospettiva di più ampio respiro, si parla del servizio civile come istituto volto, “*ai sensi degli articoli 52, primo comma, e 11 della Costituzione, alla difesa non armata della patria e alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, anche con riferimento agli articoli 2 e 4, secondo comma, della Costituzione*” (art. 8, lett. a, legge n. 106 del 2016), ovvero diretto, “*ai sensi degli articoli 52, primo comma e 11 della Costituzione, alla difesa non armata e nonviolenta della Patria, all'educazione, alla pace tra i popoli, nonché alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, anche con riferimento agli articoli 2 e 4, secondo comma, della Costituzione*” (art. 2 del decreto legislativo n. 40 del 2017). Si parla ora di promozione dei valori fondativi della Repubblica, senza le descrizioni e specificazioni precedenti che rischiavano in quanto tali di limitare l'ambito di possibile operatività dell'istituto considerato.

Inoltre si passa da una concezione territorialmente circoscritta del servizio ad una prospettiva che intende eliminare confini di natura territoriale per l'esercizio delle attività considerate, con il cambiamento anche della denominazione che da servizio civile nazionale evolve in servizio civile universale. Anche se, come sopra sottolineato, a dire il vero anche nel vigore della

disciplina precedente era comunque possibile l'espletamento del servizio in Paesi stranieri, sebbene subordinatamente a quanto al riguardo stabilito dal Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro degli affari esteri (art. 12.1 del decreto legislativo n. 77 del 2002). Resta il fatto che, nell'attuale assetto normativo, la prestazione del servizio civile all'estero è comunque condizionata dai limiti percentuali stabiliti dal documento di programmazione finanziaria (artt. 12.1 e 13.1 del decreto legislativo n. 40 del 2017) oltre che dalla disponibilità delle risorse destinate a tal fine (artt. 11.4 e 13.2 decreto legislativo cit.). Del resto la stessa programmazione generale del servizio civile, attraverso l'adozione dei piani triennali ed annuali, risulta espressamente vincolata alla concreta disponibilità delle risorse (art. 4.2 decreto legislativo cit.), che condiziona dunque non solo la possibilità di svolgimento della prestazione all'estero ma, più in generale, la quantità dei progetti effettivamente suscettibili di approvazione e di conseguenza il numero complessivo dei soggetti che di anno in anno potranno essere ammessi a prestare il servizio civile. In buona sostanza, l'entità delle risorse economiche inciderà sulla quantità dei soggetti che potranno effettivamente esercitare il diritto di prestare servizio civile. È questo probabilmente l'unico aspetto criticabile di una disciplina che per il resto sembra realizzare in maniera adeguata gli obiettivi posti dalla legge delega.



# *La libertà religiosa nella giurisprudenza della Cassazione civile francese*

MARIA D'ARIENZO

## 1. *Diritto e religione nella legislazione francese. Questioni terminologiche*

La prospettiva prescelta per l'analisi della dimensione giuridica della religione nel diritto giurisprudenziale francese è stata quella della Cassazione civile. Tale scelta è stata determinata indubbiamente dalla maggiore varietà di profili del contenzioso civile rispetto all'ambito penale. Pluralità di profili che consentono un'analisi più articolata del metodo interpretativo con il quale il giudice, nell'individuare i criteri in funzione dei quali applicare le norme giuridiche, determina l'ermeneutica giurisprudenziale di ciò che contraddistingue l'ampiezza, e conseguentemente i limiti, del diritto di libertà in materia religiosa, tenendo conto del bilanciamento dei diritti, nelle concrete fattispecie processuali.

Tale operazione di qualifica giuridica dei «fatti religiosi», per usare la terminologia dei sociologi<sup>1</sup>, incontra, come in tutte le operazioni di interpretazione, dei limiti consistenti già nella indeterminatezza e finanche nella diversità terminologica utilizzata nei testi normativi<sup>2</sup>.

Nella legge di separazione tra Stato e Chiese del 1905 sono fissati i principali vincoli che delimitano il metodo di analisi giuridica: il rispetto del principio di libertà di coscienza (art. 1)<sup>3</sup> e il principio di neutralità dello

---

<sup>1</sup> ÉMILE DURKHEIM, *Per una definizione dei fenomeni religiosi*, traduzione italiana di ENZO PACE, Armando editore, Roma, 2006, p. 37 ss. (ed. or. *De la définition des phénomènes religieux*, in *L'année sociologique*, 1898, pp. 1-28).

<sup>2</sup> In merito alla difficoltà di una definizione giuridica di religione a partire già dalla diversità terminologica presente nei testi normativi francesi, cfr. FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRY PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Litec, Paris, II ed., 2013<sup>2</sup>, p. 33 ss.

<sup>3</sup> *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, in *Journal Officiel du 11 décembre 1905*, p. 7205, art. 1: «La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public».

Stato (art. 2)<sup>4</sup>. Nel preambolo della Costituzione della Repubblica francese del 1946 viene sancito inoltre il principio di non discriminazione per motivi di origine, sesso, religione<sup>5</sup>. Tale principio è confermato all'art. 1 della Costituzione del 1958 che stabilisce l'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge e il rispetto di tutte le credenze<sup>6</sup>.

Il termine religione lo si ritrova nella Costituzione, dunque, per indicare la cifra che contraddistingue l'identità di ciascuno. La duplicità di profili di cui si compone la nozione giuridica di religione è specificata nel periodo successivo della disposizione costituzionale nel quale è sancito che tutte le credenze, e dunque le convinzioni di coscienza, sono egualmente rispettate dall'ordinamento. Da un lato abbiamo un criterio di appartenenza alla sfera di valori, pratiche e riti propri di una comunità religiosa, dall'altro la prevalenza è data alla convinzione, ossia alla credenza, o meglio al credo non necessariamente religioso, su cui si struttura la coscienza di ciascun individuo<sup>7</sup>.

Ed è proprio la dimensione individuale delle opzioni di valore che consente di indicare un primo aspetto derivante dalla qualifica giuridica data alla nozione di religione. Ciò che è rilevante per il diritto francese non è la sua essenza normativa e comunitaria. Non si considera il suo significato

---

<sup>4</sup> *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, cit., art. 2: «La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte».

<sup>5</sup> «... le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», *Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946*, in *Journal officiel* du 27 octobre 1946, p. 9166.

<sup>6</sup> *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*, art. 1: «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances». La libertà di tutti i cittadini dinanzi alla legge senza distinzione di [...] religione e il rispetto di tutte le convinzioni consente di specificare il concetto di laicità come neutralità-separazione e divieto di discriminazione per motivi di religione, ma anche come tutela della libertà di coscienza non limitata tuttavia soltanto alle convinzioni religiose o di culto. Sul punto, cfr. Cfr. GENEVIEVE KOUBI, *La laïcité dans le texte de la Constitution*, in *Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 5, 1997, pp. 1301-1321, ma specificamente p. 1309. In altri termini, a differenza di quella del 1946, nella Costituzione del 1958 compare la parola "religione" con riferimento al divieto di discriminazione, tuttavia la tutela di ogni convinzione senza alcuna specificazione precisa che le scelte religiose sono poste sullo stesso piano di quelle agnostiche, areligiose o anche meramente filosofiche. Sul punto, sia permesso il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *La religione della laicità nella Costituzione francese*, nel vol. PAOLO BECCHI, VINCENZO PACILLO (a cura di), *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013, p. 143.

<sup>7</sup> Sulla distinzione tra le dichiarazioni di «credenza» da quelle di «opinione» e di «pensiero» in materia di religione», resta ancora attuale l'analisi di CESARE MAGNI, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione. Possibilità operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative*, Cedam, Padova, 1959, p. 88 ss.

più ampio e complesso, ma la religione rileva in quanto fede o credo che si distingue dalle altre convinzioni o credo di natura filosofica e dalle opinioni quali manifestazioni della libertà di pensiero<sup>8</sup>.

La dimensione soggettiva prevale pertanto nelle garanzie giuridiche rispetto a quella oggettiva derivante dalla dimensione collettiva.

Tale concettualizzazione riverbera nell'uso molto più frequente del termine «culto» che, sebbene utilizzato in senso tecnico-giuridico sovente quale sinonimo di religione, sovrapponendone dunque i contenuti<sup>9</sup>, tradisce in realtà una ideologia di fondo non innocente in quanto evidenzia che la religione è considerata solo nella sua dimensione culturale e rituale, dunque per le manifestazioni esteriori che incidono nella sfera sociale, sancendo la distinzione e la separazione tra la sfera privata dell'appartenenza religiosa rispetto alla sfera pubblica<sup>10</sup>.

La terminologia di «culto» e di «associazione culturale» la si rinviene proprio nelle disposizioni della legge di separazione del 1905 lì dove si afferma che «la Repubblica non riconosce sovvenzioni e finanziamenti ad alcun culto»<sup>11</sup>. Il termine è pertanto utilizzato per qualificare giuridicamente le forme organizzative istituzionali e comunitarie delle religioni<sup>12</sup>. Più spesso

---

<sup>8</sup> Sull'assenza di una distinzione chiara nel diritto francese tra opinione, convinzione di coscienza e fede religiosa, FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRY PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING, *op. cit.*, p. 40 ss.

<sup>9</sup> In merito all'affermazione del termine «culto» nel diritto francese, cfr. FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRY PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING, *op. cit.*, p. 6 ss. La semplificazione del vocabolario giuridico attuata attraverso il superamento della distinzione tra Chiese e altre forme organizzative delle religioni mediante l'unica denominazione giuridica di «culto» è sancita nella legge dell'8 aprile 1802 relativa all'«organizzazione dei culti», *ivi*, p. 7. Sull'uso del termine nella dottrina francese del XIX° secolo, cfr. la prima edizione di FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRY PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING, *Traité de droit français des religions* Litec, Paris, 2003, p. 7 ss.

<sup>10</sup> Cfr. XAVIER DELSOL, ALAIN GARAY, EMMANUEL TAWIL (eds.), *Droit des cultes*, Dalloz, Paris, 2005, p. 25.

<sup>11</sup> *Loi du 9 décembre 1905*, art. 2. Una prima formula di separazione tra Stato e confessioni religiose sarà sancita dalla Convenzione termidoriana con la Costituzione dell'anno III (1795) che all'art. 354 stabilisce: «nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun». Sulla legge del 1905, cfr. JEAN BAUBEROT, JEAN-PAUL SCOT, CHRISTIAN DELACAMPAGNE, HENRI PEÑA-RUIZ, RENÉ RÉMOND, *Faut-il réviser la loi de 1905 ?*, Puf, Paris, 2005; ÉMILE POULAT, MAURICE GELBARD, *Scruter la loi de 1905: la République française et la religion*, Fayard, Paris, 2010. cfr. Sulla distinzione tra l'idea di non sovvenzionamento di alcun culto e quella di laicità cfr., invece, GENEVIÈVE KOUBI, *Les voiles de la laïcité ou la laïcité sans le voile*, in *Les Petites Affiches*, n. 145, 1989, pp. 4-9, ma specialmente pp. 5-6.

<sup>12</sup> Cfr. FRANCIS MESSNER, PIERRE-HENRY PRÉLOT, JEAN-MARIE WOEHRLING (2003), *op. ult. cit.*, dove si specifica che benché «Le mot culte reste associé à l'idée de contrôle et de régulation publique» – e dunque conserva una connotazione più restrittiva di quella di religione – «au plan des textes juridiques internes il existe une certaine équivalence entre les termes de religion et de culte», p. 23. Cfr., inoltre, PATRICE ROLLAND, *Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République?*, in *Archives*

invece è utilizzato quale specificazione del diritto di libertà religiosa<sup>13</sup>.

La equivalenza che viene data ai termini «culto» e «religione» trova molto probabilmente la sua radice nella normativa anteriore alla legge del 1905 che prevedeva solo quattro culti riconosciuti mentre gli altri restavano privi di una regolamentazione giuridica specifica<sup>14</sup>. Di conseguenza è il termine culto ad essere utilizzato come qualifica normativa della religione intesa in senso più ampio e globale.

Del resto, il silenzio normativo sul significato di religione e di culto trova una sua eco nel principio di separazione inteso come neutralità, quale accezione costitutiva, anche se non esaustiva, della laicità francese<sup>15</sup>. Anche il termine laicità non ha una sua definizione normativa ed è utilizzato nei testi giuridici spesso in forma aggettivale, in riferimento ad esempio alla «Repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale» (art. 1 della Cost. 58) o in riferimento all'insegnamento nella scuola pubblica, gratuito e laico (Cost. 46)<sup>16</sup>.

---

*de sciences sociales des religions*, 129, 2005, pp. 51-63; ID., *La religion, objet de l'analyse juridique*, consultabile all'indirizzo: <https://balsbs.archives-ouvertes.fr/balsbs-00872395>, p. 3 ss.

<sup>13</sup> CHRISTELLE LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2007, p. 255; LOUIS-PHILIPPE RAYNAULT-OLLU, GIACOMO ZUCCHI, *Droit et religion. Concepts de religion dans le droit. Étude éclectique des approches juridiques à la définition et au droit à la liberté de religion*, in *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 46, 2013, pp. 649-477.

<sup>14</sup> La legge del 9 dicembre 1905 attraverso il principio di non riconoscimento di alcun culto mette fine alla distinzione preesistente tra i quattro culti riconosciuti – cattolico, riformato, luterano ed israelita – che godevano di uno specifico regime giuridico, e culti non riconosciuti a livello pubblicistico.

<sup>15</sup> Cfr. ALAIN BOYER, *Comment l'État laïque connaît-il les religions?*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 129, 2005, pp. 37-49; DAVID KOUSSENS, *L'État français et l'expression des confessions religieuses: entre neutralité confessionnelle et neutralité référentielle*, in *Politique et sociétés*, 3, 2010, pp. 39-60; ID., *La religion «saisie» par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France?*, in *Recherches sociographiques*, 523, 2011, pp. 811-832. Sulla laicità francese, *ex plurimis*, CLAUDE DURAND-PRINBORGNE, *La laïcité*, Dalloz, Paris, 2004; GUY HAARSCHER, *La laïcité*, Presses universitaires de France, Paris, 2017 (I ed. 1996); RÉMY SCHWARTZ, *Un siècle de laïcité*, Berger-Levrault, Paris, 2007; JEAN BAUBEROT, *Histoire de la laïcité en France*, Presses universitaires de France, Paris, 2010; ID., *Les sept laïcités françaises. Le modèle français de laïcité n'existe pas*, Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015.

<sup>16</sup> «L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État», *Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946*. Sul principio costituzionale di laicità della Repubblica, cfr. ÉMILE POULAT, *Notre laïcité publique. «La France est une République laïque» (Constitutions de 1946 e 1958)*, Berg, Paris, 2003.

Sulla storia della laicità della scuola in Francia, cfr. PIERRE CHEVALLIER, *La séparation de l'Église et de l'école. Jules Ferry et Léon XIII*, Fayard, Paris, 1981; DOMINIQUE GROS, *La séparation de l'Église et de l'École (1878-1886). Principes juridiques fondateurs de la laïcité scolaire*, nel vol. JEAN BAUDOIN e PHILIPPE PORTIER, *La Laïcité. Une valeur d'aujourd'hui? Contestations et renégociations du modèle français*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2001, pp. 51-63; LYDIE GARREAU, *L'École, la religion et la politique de Condorcet à Ferry*, L'Harmattan, Paris, 2006; BRIGITTE BASDEVANT GAUDEMET, *École publique, école privée. L'épiscopat devant le Conseil d'État en 1883*, in *Revue d'Histoire de l'Église de France*, LXXIV, 1988, pp. 245-259; ID., *L'épiscopat français et le centenaire de la Révolution*, nel

L'accezione giuridica di laicità – quale metodo per regolare la separazione tra sfera pubblica, improntata a valori condivisi e condivisibili da tutti, e sfera privata nella quale si esprimono i valori legati ad un'appartenenza e dunque di parte<sup>17</sup> – in quanto principio di organizzazione dei poteri e servizi pubblici consente di regolamentare la coesistenza tra le libertà soggettive<sup>18</sup>.

Questi tre aspetti: neutralità intesa come aconfessionalità e separazione tra diritto e religione, libertà di coscienza individuale, e il principio di non discriminazione sulla base delle convinzioni sia religiose sia di altra natura<sup>19</sup> costituiscono i tre filoni con cui inquadrare, quale prospettiva di indagine sulla dimensione giuridica della religione in Francia, il diritto giurisprudenziale prodotto dalla Cassazione in merito alla dialettica tra diritto di libertà religiosa, diritto di uguaglianza e laicità.

---

vol. *Les catholiques français et l'héritage de 1789. D'un centenaire à l'autre*, Actes du colloque de l'Institut Catholique de Paris, Paris, 9-11 mars 1989. Textes réunis sous la direction de PIERRE COLIN, Paris, 1989, pp. 29-44; PATRICK VALDRINI, *Evoluzione dei rapporti tra Chiesa cattolica e Stato nelle scuole cattoliche francesi*, nel vol. *Quaderni della scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 7, *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Jovene, Napoli, 2002, pp. 65-77; ALESSANDRO FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Giappichelli, Torino, 2002. Sul rapporto tra protestantismo liberale e scuola laica in Francia, cfr. FERDINAND BUISSON, *Éducation et République*. Introduction, présentation et notes de PIERRE HAYAT, Kimé, Paris, 2003; PIERRE OGNIER, JEAN BAUBÉROT, *Une école sans Dieu?: 1880-1895. L'invention d'une morale laïque sous la III<sup>e</sup> République*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 2008.

<sup>17</sup> JACQUELINE LALOUETTE, *La séparation des Églises et de l'État : genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Éd. du Seuil, Paris, 2005. Sulla evoluzione del concetto di laicità-separazione quale modello istituzionale di relazione tra sfera pubblica e sfera privata, sia permesso il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *La laicità secondo Nicolas Sarkozy*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2008, p. 259 ss. e alla bibliografia *ivi* citata; EAD., *La laicità francese: "aperta", "positiva", o "impositiva"?*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2011, p. 355; PATRICE ROLLAND, *La Séparation comme forme de régulation de la pluralité religieuse*, in *Annuaire Droit et Religions 2010-2011*, vol. 5, 2010, pp. 167-181.

<sup>18</sup> Cfr. CATHERINE KINTZLER, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Vrin, Paris, 2014. Sul rapporto tra laicità e cittadinanza, cfr. le interessanti riflessioni di CHRISTOPHE BERTOSSI, *La citoyenneté à la française. Valeurs et réalités*. CNRS éditions, Paris, 2016.

<sup>19</sup> JEAN BAUBÉROT, MICHELINE MILOT, *Laïcités sans frontières*, ed. Seuil, Paris, 2011; JOSÉ WOHR-LING, *Quelle place pour la religion dans les institutions publiques?*, in JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le Droit, la religion, le «raisonnable». Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éd. Thémis, Montréal, 2009, pp. 115-168; JEAN-MARIE WOHR-LING, *Réflexions sur le principe de la neutralité de l'Etat en matière religieuse et sa mise en oeuvre en droit français/ Reflections Concerning the Principle of Religious neutrality of the State and its Implementation in French Law*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 101, 1998, pp. 31-52; ID., *Le principe de neutralité confessionnelle de l'État*, in *Société, droit et religion*, 1, 2011, pp. 63-85; CAROLINE FOUREST, *Génie de la laïcité*, Grasset, Paris, 2016.

## 2. Irrilevanza civile delle normative statutarie confessionali

Riguardo al primo filone, ossia alla interpretazione della neutralità intesa come separazione, acquistano rilevante interesse le sentenze della Seconda sezione della Cassazione civile, pronunciate nel 2012<sup>20</sup> nei confronti della CAVIMAC, la Cassa pensionistica e previdenziale dei Culti<sup>21</sup>, nelle quali si rimarca che le regole propriamente religiose che stabiliscono la qualità di membro di una struttura comunitaria o di una congregazione non assumono alcuna rilevanza ai fini degli effetti civili, e dunque non è operato alcun rinvio né formale, né materiale alle normative statutarie confessionali per ciò che concerne la data di inizio del calcolo del trattamento pensionistico. Nei casi di specie si trattava degli anni trascorsi in seminario e degli anni di postulato e noviziato. Il Regolamento interno della Cavimac assimilava le regole religiose per le quali si diventa membro delle congregazioni e comunità territoriali a partire dalla pronuncia dei primi voti o dalla prima tonsura ad un regolamento amministrativo e di conseguenza computava l'apertura del diritto alla pensione solo a partire dal compimento di questi atti. La Cassazione francese ha invece stabilito che la qualifica di membro non è determinata in base ai criteri di natura confessionale, che hanno valore solo nell'ordine proprio di ciascun diritto religioso<sup>22</sup>, ma esclusivamente dalla legge, in base al vaglio delle circostanze oggettive che contraddistinguono la vita in comunità. Allorché un seminarista, un postulante o un novizio svolgono quotidianamente una vita in comunità con obblighi di obbedienza, e dunque di dipendenza da un'autorità superiore, e «attività a servizio della religione» sono considerati a tutti gli effetti civilistici membri delle congregazioni e collettività religiose, che è la qualifica stabilita per tutte le istituzioni e comunità confessionali dalla legge del 1978, in base ad un contratto civile tacito, ai sensi degli artt. 1101 e 1102 del *Code civil* e dell'art. L.

---

<sup>20</sup> COUR DE CASSATION, Deuxième Chambre civile, *Arrêt* n° 97, 20 janvier 2012, *pourvois* nn. 10-24.603 et 10-24.615; *Arrêt* n° 101, 20 janvier 2012, *pourvois* nn. 10-26.845 et 10-26.873; *Arrêt* n. 882, 31 mai 2012, *pourvois* nn. 11-15294 et 11-15426; *Arrêt* n° 1074, 21 juin 2012, *pourvoi* n. 11-18782; *Arrêt* n° 1045, 21 juin 2012, *pourvois* 11-18801 et 11-19079; *Arrêt* n° 1620, 11 octobre 2012, *pourvoi* n. 11-20775.

<sup>21</sup> La *Caisse Assurance, Vieillesse, Invalidité et Maladie des cultes* (CAVIMAC) è un organismo nazionale di *Sécurité sociale* istituito con la l. 78/4 del luglio 1999 che gestisce il servizio pubblico di previdenza sociale per tutti i ministri di culto e membri di congregazioni e comunità religiose che non dipendono da un diverso regime obbligatorio di protezione sociale previsto da eventuali altre attività lavorative svolte. Cfr. il sito: [www.cavimac.fr](http://www.cavimac.fr).

<sup>22</sup> Sul riconoscimento legale dello stato di vita consacrata nella legislazione e nella giurisprudenza francese, cfr. CÉDRIC BURGUN, *La vie consacrée en droit canonique et en droit publique français*, ed. Artège Lethellier, Paris, 2016.

382-15 del *Codice della Sicurezza Sociale*<sup>23</sup>. La giurisprudenza della Cassazione del 2012 ribadisce l'orientamento già affermato nel 2009<sup>24</sup> che verrà ripreso anche nel 2015<sup>25</sup>. In altri termini, viene sovrapposta una qualificazione giuridica civile al periodo di preparazione spirituale precedente alla pronuncia dei voti – che potrebbe essere assimilato ad un periodo di prova dal momento che per il diritto religioso non si è membri effettivi – ponendo in tal modo a carico delle associazioni diocesane e congregazioni o collettività religiose gli obblighi di contribuzione a partire già dall'entrata in comunità del seminarista, postulante o novizio<sup>26</sup>. È interessante notare che nella sentenza si fa riferimento alle attività a servizio della «religione», intendendo con tale termine la forma organizzativa nella quale si esercita la professione di fede in sostituzione del vocabolo «culto», a conferma della sovrapponibilità concettuale dei termini «culto» e «religione».

Come appare evidente, il principio di neutralità non si esplicita non in una mera separazione degli ambiti tra il diritto dello Stato e quello religioso,

---

<sup>23</sup> La Cassazione, rigetta il ricorso proposto dall'*Association diocésaine de Dijon*, affermando che: «...la cour d'appel, sans méconnaître les dispositions des articles 1er de la loi du 9 décembre 1905 ni les stipulations de l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni le principe de la contradiction, et en appréciant souverainement la valeur et la portée des preuves qui caractérisent l'engagement religieux de l'intéressé manifesté, notamment, par un mode de vie en communauté et par une activité essentiellement exercée au service de sa religion, a pu déduire de ces constatations et énonciations que celui-ci devait être considéré, dès son entrée au grand séminaire, comme membre d'une congrégation ou collectivité religieuse au sens de l'article L. 721-1, devenu l'article L. 382-15 du code de la sécurité sociale, de sorte que la période litigieuse devait être prise en compte dans le calcul de ses droits à pension», COUR DE CASSATION, Deuxième Chambre civile, Arrêt n° 882, 31 mai 2012, pourvois nn. 11-15294 e 11-15426, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025961379>.

<sup>24</sup> La Cassazione ribadisce con giurisprudenza costante, a partire dalla sentenza n. 1607 del 2009, che i postulanti, i novizi e i seminaristi sono in ragione del loro impegno religioso « ministri di culto, membri delle congregazioni e delle collettività religiose » ai sensi dell'art. L. 382-15 del *Code de la sécurité sociale*. Cfr. COUR DE CASSATION, Deuxième Chambre civile, Arrêt n°1607, 22 octobre 2009, pourvoi 08-13656, consultabile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000021194385>.

<sup>25</sup> COUR DE CASSATION, Deuxième Chambre civile, 8 octobre 2015, pourvoi n. 14-25097, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031296585>.

<sup>26</sup> «Attendu...que l'admission au noviciat résulte d'une demande de la postulante soumise à l'approbation de l'autorité religieuse, commence par une prise d'habit qui sera porté tout au long de la période du noviciat, cette période étant consacrée à la formation spirituelle, à la connaissance de la règle, à la pratique des exercices communs de la congrégation; qu'il résulte des constatations ci-dessus que tant la période du postulat que celle du noviciat peuvent être considérées comme analogues à une période d'essai au sein de la congrégation, résiliable librement et sans condition par l'une ou l'autre des parties à tout moment, la postulante et, plus encore, la novice, exerçant de fait, au sein de la congrégation, des activités de la nature de celles des membres de celle-ci», COUR DE CASSATION, Deuxième Chambre civile, Arrêt n° 101, 20 janvier 2012, pourvois nn. 10-26845 et 10-26873, consultabile al sito: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/101\\_20\\_22057.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/101_20_22057.html).

ma in una «indifferenza» che potremmo definire «attiva», ovvero tesa ad affermare la supremazia del diritto francese, e di conseguenza la irrilevanza giuridica delle norme di natura religiosa, al fine di tutelare i diritti individuali anche all'interno delle collettività religiose.

### *3. La libertà religiosa nei rapporti contrattuali*

Un secondo filone può essere rappresentato dai limiti evidenziati dalla giurisprudenza all'esercizio delle pratiche religiose o di culto nei rapporti contrattuali. La Cassazione con giurisprudenza costante afferma la prevalenza della forza obbligatoria dei contratti rispetto alla libertà religiosa.

Ha stabilito infatti nella sentenza del 30 settembre 2015 la legittimità della revoca di comodato d'uso da parte del proprietario di un locale adibito sin dal 1971 da una comunità musulmana affittuaria a sala polivalente e di fatto anche sala di preghiera. La violazione della libertà di esercitare le pratiche di culto con la chiusura dell'unica sala di riunione per i musulmani residenti nella zona, invocata dai ricorrenti, non è stata ravvisata dalla Corte. Ha difatti stabilito che non spetta alla società proprietaria garantire la possibilità materiale di esercitare il culto ai residenti. La messa a disposizione dei locali ne ha solo facilitato l'esercizio, che non è, tuttavia, oggetto specifico del contratto tra le parti, per cui la chiusura del locale non costituisce una limitazione ad una libertà fondamentale, né discriminazione per motivi religiosi, dal momento che i residenti possono praticare la loro «religione» senza utilizzare la sala di preghiera o recandosi ad una moschea distante a meno di due km<sup>27</sup>.

In un'altra sentenza sempre del settembre 2015 ha interdetto all'*Associazione concistoriale israelita di Parigi* lo svolgimento di attività culturali e cerimonie nei locali di sua proprietà situati in un parco condominiale in quanto la trasformazione in centro comunitario di un lotto destinato originariamente ad abitazione o ad attività commerciale è contrario alla destinazione d'uso dell'immobile ai sensi del regolamento di condominio. In realtà, come viene specificato, data la delicatezza della questione, non sono le pratiche del culto in quanto tali a contravvenire al regolamento condominiale, ma il loro carattere eccessivamente rumoroso dato dall'affluenza di numerosi fedeli, dallo svolgimento di canti religiosi di mattina e di sera e di riunioni anche nelle parti comuni, che turbano la tranquillità degli altri abitanti dell'immobile<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> COUR DE CASSATION, Première Chambre civile, 30 septembre 2015, 14-25709, consultabile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031264149>.

<sup>28</sup> «La pratique d'un culte ne saurait être interdite en tant que telle par un règlement de copropriété».



Tale decisione conferma l'orientamento già espresso nel 2006 a proposito della rimozione ingiunta ad una coppia di religione ebraica della capanna costruita sul balcone in occasione della festa del *Succoth*, quale simbolo della erranza degli ebrei nel deserto dopo la fuga dall'Egitto, in quanto in contrasto con i limiti urbanistici imposti dal regolamento condominiale. Nella decisione si afferma che «la libertà religiosa sebbene diritto fondamentale, non può avere come effetto la violazione delle disposizioni di un regolamento di proprietà»<sup>29</sup>.

Già nel 2002, in merito alla richiesta di installazione di un sistema di chiusura meccanica del cancello di ingresso aggiuntivo a quello elettronico, ai fini di consentire l'ingresso agli inquilini di religione ebraica ai quali è interdetto l'uso di ogni fonte di energia il giorno dello *Shabbat*, la Cassazione aveva sostenuto che «le pratiche dettate dalle convinzioni religiose dei locatari non comportano, salvo un'espressa convenzione, alcun obbligo specifico a carico del locatore»<sup>30</sup>.

Alla luce di tali decisioni è possibile affermare che nella tensione tra il diritto di libertà religiosa e la laicità contrattuale prevale il rispetto della laicità che può essere individuato come fondamento delle soluzioni giurisprudenziali adottate. Il diritto di libertà religiosa, come tutti i diritti di libertà fondamentali, non è assoluto, ma può essere limitato proporzionalmente agli eguali diritti di libertà altrui. Tale interpretazione evidenzia tuttavia il significato non includente e non pluralista della laicità francese, ponendosi quale limite all'espressione della libertà religiosa nella regolamentazione giuridica delle libertà individuali.

---

*Mais si son exercice régulier, dans une boutique au rez-de-chaussée, entraîne des nuisances excessives pour les habitants de l'immeuble, la copropriété peut exiger qu'il y soit mis fin*», COUR DE CASSATION, troisième Chambre civile, 16 septembre 2015, 14-13518. Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031188958&fastReqId=1669067054&fastPos=1>.

<sup>29</sup> COUR DE CASSATION, Troisième Chambre civile, 3, 8 juin 2006, 05-14774: « *Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble, la Cour d'Appel, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions* ». Il testo integrale della sentenza è reperibile in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052832&fastReqId=1290909951&fastPos=1>.

<sup>30</sup> « *...les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifiques* », COUR DE CASSATION, Troisième Chambre civile, 18 décembre 2002, pourvoi n. 01-00.519, consultabile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046554>.

Nondimeno è interessante sottolineare l'uso della terminologia utilizzata nelle sentenze in relazione alla espressione della identità religiosa. Mentre nella decisione del 2002 si fa riferimento alle «pratiche dettate dalle convinzioni religiose», nel 2006 la Cassazione fa riferimento alla «libertà religiosa», quale diritto fondamentale. Nella sentenza del 2015 tuttavia la locuzione utilizzata è la «pratica della propria religione». Appare possibile registrare nel diritto giurisprudenziale della Cassazione civile francese in primo luogo un uso meno frequente del termine «culto», anche nella sua forma aggettivale, per qualificare le manifestazioni esteriori della appartenenza religiosa. Ma soprattutto non sembra privo di rilievo il riferimento esplicito alla religione non più intesa esclusivamente quale termine sovrapponibile e dunque interscambiabile con quello di culto. La semantica giuridica, in altri termini, appare meno impregnata di un'ideologia laicista, e più sensibile alla qualificazione delle fenomenologie religiose quali sistemi ordinamentali che strutturano l'agire dei credenti. Le pratiche non sono considerate solo quali espressioni delle convinzioni religiose, e dunque qualificate in quanto frutto di una scelta meramente individuale, ma rinviano ad un criterio di appartenenza ad una comunità religiosa dotata di una propria specifica normatività, e dunque alla qualificazione della religione considerata nel suo aspetto globale, e non più esclusivamente individuale.

#### *4. La manifestazione delle proprie convinzioni religiose nei rapporti di lavoro*

Diversa è invece la posizione assunta dalla giurisprudenza in materia di libertà di espressione religiosa nei rapporti di lavoro. E questo è il terzo filone. Emblematiche sono due sentenze pronunciate dalla *Chambre sociale* della Cassazione in materia di licenziamento per il porto del velo islamico. Nella sentenza n. 537 del 19 marzo 2013 la Corte ha confermato il licenziamento di una dipendente della CPAM (*Caisse primaire d'assurance maladie*) che aveva rifiutato di togliere il velo estendendo per la prima volta “i principi di neutralità e di laicità del servizio pubblico, e pertanto l'obbligo di non manifestare la propria appartenenza religiosa con segni visibili nello svolgimento delle proprie funzioni, anche agli organismi di diritto privato in quanto partecipi di una missione di servizio pubblico e soggetti alle disposizioni del Codice del lavoro”<sup>31</sup>. Nel caso della puericultrice dipendente dell'asilo *Baby-Loup*, con la sentenza n. 536 anch'essa del 19 marzo 2013, al

---

<sup>31</sup> COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 19 mars 2013, *arrêt* n° 537, *pourvoi* n. 11-690, reperibile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027209800>.

contrario, la Cassazione ha dichiarato il licenziamento per il porto del velo illegittimo, in quanto lesivo della libertà religiosa, e discriminatorio<sup>32</sup>. La diversità di soluzione giuridica deriva dalla natura delle funzioni che nel primo caso sono considerate di servizio pubblico, nel secondo esclusivamente di diritto privato.

Tale decisione costituisce senz'altro un segnale di un nuovo orientamento giurisprudenziale da parte della Cassazione proprio nella dialettica tra laicità, eguale trattamento di tutte le convinzioni, sia religiose sia di altra natura, e tutela della piena libertà di coscienza individuale. Segna una battuta d'arresto nella estensione della neutralità e a quella interpretazione di laicità quasi totalizzante e limitativa delle identità specifiche favorendone al contrario una visione inclusiva e pluralistica.

Del resto, il diverso orientamento giurisprudenziale tendente a garantire la coscienza religiosa individuale rispetto alla laicità delle istituzioni è registrabile anche in una recente interessante sentenza del 1 febbraio 2017 relativa al licenziamento di una dipendente della Ratp, l'Ente autonomo dei trasporti parigini<sup>33</sup>, che si è rifiutata di prestare il giuramento previsto dalla legge del 15 luglio 1845 per il personale di polizia ferroviaria<sup>34</sup> al fine dell'assunzione definitiva dopo il periodo di prova e dell'esercizio delle proprie funzioni di controllore. La dipendente ha difatti eccepito che la propria religione cristiana le impedisce di pronunciare la formula «io giuro di» prevista dalla legge, in base al divieto evangelico di giuramento prescritto in Matteo 5, 34 e nella lettera di San Giacomo 5, 12. Propone peraltro al Presidente del Tribunale di Grande Istanza di Parigi una formula alternativa nella quale sostanzialmente è riprodotto lo spirito di impegno solenne previsto dalla legge, sulla base della giurisprudenza europea e dei principi generali del diritto, formula alternativa che viene tuttavia rifiutata dal Presidente del Tribunale di Grande Istanza<sup>35</sup>. La Cassazione ha annullato la decisione della

---

<sup>32</sup> COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 19 mars 2013, *arrêt* n° 536, *pourvoi* n. 11-28845, *ivi*.

<sup>33</sup> RATP è l'acronimo della società pubblica denominata *Régie Autonome des Transports Parisiens*, fondata nel 1948 con la fusione della *Compagnie du Chemin de Fer Métropolitain de Paris* e la *Société des Transports en Commun de la Région Parisienne*. Cfr il sito: <https://www.ratp.fr/lignesdbistoires>.

<sup>34</sup> L'art. 23 della *Loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer*, stabilisce: «*Au moyen du serment prêté devant le tribunal de grande instance de leur domicile, les agents de surveillance de l'administration et des concessionnaires ou fermiers pourront verbaliser sur toute la ligne du chemin de fer auquel ils seront attachés*». Il testo è reperibile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006878630&cidTexte=LEGITEXT000006074965&dateTexte=20090725>.

<sup>35</sup> In realtà, il licenziamento per colpa grave è stato conseguente alla verbalizzazione del mancato giuramento della lavoratrice da parte del presidente del Tribunale di grande istanza. La discriminazione per motivi religiosi insita nel rifiuto di accettare una formula di giuramento rispettosa delle convinzioni religiose della lavoratrice, in alternativa a quella predeterminata in base ad una

Corte d'appello ritenendo che l'art. 23 della legge di polizia ferroviaria, dal momento che non impone alcuna formula predeterminata, non vieta che il giuramento del personale di sorveglianza possa essere ricevuto nelle forme previste dalla propria «religione»<sup>36</sup>, e che pertanto il licenziamento pronunciato in ragione delle convinzioni religiose del lavoratore è nullo in quanto discriminatorio.

In conclusione, rispetto alla imposizione di un'uniformità che sancisce la cristallizzazione di un giuramento laico, la cui natura originaria è però religiosa<sup>37</sup>, la Cassazione interpreta la normativa in maniera maggiormente conforme all'espressione delle specifiche identità. La neutralità appare pertanto concettualizzata non più come sacralizzazione di una laicità omologante ed escludente le opzioni religiose dallo spazio pubblico, ma in modo sempre più aperto, nel senso di una neutralità assiologica e in quanto tale pluralista.

---

consuetudine, non sembra, pertanto, imputabile al datore di lavoro, ma al giudice.

<sup>36</sup> La COUR DE CASSATION, Chambre sociale, 1 février 2017, *pourvoi* n. 16-10459 ha stabilito: «*qu'il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion*»; e ne ha dedotto «*que la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une telle formule et que le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul*». La sentenza è consultabile al sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000034003117>. Appare evidente che la *Chambre sociale* abbia interpretato l'art. 23 della L. 15 luglio 1845 alla luce dell'art. 9 della Cedu.

<sup>37</sup> Sul fondamento religioso del giuramento cfr. ÉMILE BENVENISTE, *Vocabolario delle lingue indoeuropee*, II, Einaudi, Torino, 2001, pp. 406 ss. e 442-443; GIORGIO AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Laterza, Bari, 2008. Sulla funzione sacrale del giuramento, cfr. ANDRÉ MAGDELAIN, *La sponsio internazionale*, Bibl. Cujas, Paris, 1943, p. 163.; PIERRE NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, Sirey, 1949, p. 275 ss. Sul processo di laicizzazione del *sacramentum*, cfr. RAYMOND VERDIER (ed.), *Le serment*, I-II, CNRS Éditions, Paris, 1991; MICHEL HUMBERT, *Droit et religion dans la Rome antique*, in JOHAN ALBERT ANKUM et alii (eds), *Mélanges Félix Wubbe*, Editions universitaires, Fribourg, 1993, p. 191 ss.; MASSIMO JASONNI, *Il giuramento. Profili di uno studio sul processo di secolarizzazione dell'istituto in diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1999; PHILIPPE CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Dalloz, Paris, 2006, p. 209 ss. Sul giuramento come sacramento del potere politico, cfr. PAOLO PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992; MASSIMO JASONNI, *Il giuramento politico nella grecità*, nel vol. ID., *La lealtà indivisa. Autonomia soggettiva e sacralità della legge alle origini e nella tradizione d'Occidente*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 31 ss.; CARLO BORGHERO, *Il giuramento dell'infedele: stato di diritto, tolleranza e obbligazione politica*, in *I castelli di Yale. Quaderni di filosofia*, 7, 2004, pp. 9-29; NICOLAS BANNEUX, *D'une formule unificatrice aux fondements d'une déontologie contemporaine: étude de droit constitutionnel sur le serment des magistrats judiciaires*, in *Revue belge de Droit constitutionnel*, n. 2, 2008, pp. 81-116; ID., *Brèves observations sur le caractère religieux du serment au XIX<sup>e</sup> siècle à travers l'affaire «Michel»*, nel vol. DIRK HEIRBAUT, XAVIER ROUSSEAU, ALAIN WIJFFELS, *Histoire du droit et de la justice/Justitie - en rechts - Geschiedenis*, Presses Universitaires de Louvain, Louvain, 2010, pp. 499-509.

# *Integrazione, scuola e libertà religiosa*

CATERINA GAGLIARDI

## 1. *Premessa*

Libertà *della* scuola e libertà *nella* scuola sono stati per lungo tempo i principi cardine che hanno ispirato gli studi della dottrina ecclesiasticistica. Con particolare rigore, in riferimento alla interazione del fattore religioso con il mondo della scuola pubblica, si sono poste principalmente le questioni connesse all'insegnamento della religione cattolica ed all'inquadramento dei relativi docenti, oltre che alla previsione come facoltativa di altra materia per i non avvalentisi.

Con l'avvento di una società multiculturale e multireligiosa, anche la scuola è divenuta uno degli spazi pubblici in cui le rivendicazioni identitarie delle diverse appartenenze si manifestano ed innestano nuove dinamiche del complesso rapporto tra la libertà di educazione e la libertà di religione. A tale proposito, in un inevitabile processo di trasformazione dell'istruzione erogata dalla scuola pubblica, emblematiche sono da ritenersi la questione dei simboli religiosi affissi nelle aule scolastiche o indossati dal personale docente, l'organizzazione degli orari scolastici nonché la predisposizione del servizio mensa. A siffatte attuali problematiche di tutela della libertà religiosa e di coscienza, rese evidenti dal pluralismo di valori che connota le singole identità in un quadro educativo neutrale, sembrano potersi associare anche quelle poste dalla previsione di un corso obbligatorio di educazione fisica. Ciò sul presupposto che il programma di tale insegnamento, seppur finalizzato alla crescita ed alla formazione dell'allievo in una prospettiva educativa oltre che di integrazione sociale, potrebbe non rispondere alle esigenze dettate dalle differenze culturali, etniche e religiose che connotano l'attuale sistema della scuola.

La tutela della libertà di religione in ambito scolastico, inteso quale spazio pubblico particolarmente sensibile nei rapporti tra Stato e confessioni religiose, pone dunque diversi problemi pratici, connessi tanto alla libertà

di coscienza ed alla neutralità religiosa di cui l'istituzione dovrebbe essere espressione quanto alle diverse modalità attraverso cui il fenomeno religioso è preso in considerazione dalle scuole statali.

## 2. Il recente caso *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera*

I giudici europei si sono occupati in diverse occasioni delle nuove problematiche di tutela dell'identità religiosa nella scuola<sup>1</sup>. Di recente la Corte di Strasburgo si è pronunciata in merito ad un interessante caso in cui l'ora di educazione fisica – consistente in un corso obbligatorio di nuoto misto, previsto dalla legislazione del cantone di *Bâle-Ville* nell'ambito dell'insegnamento primario – è stata ritenuta lesiva della libertà di religione, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione<sup>2</sup>. Nel caso di specie i ricorrenti lamentano che l'obbligo di frequenza ai corsi di nuoto misto da parte delle loro figlie, senza che sia stata concessa alcuna dispensa da parte delle autorità scolastiche, sia contrario ai precetti prescritti dal credo islamico professato, pur non avendo ancora le stesse allieve raggiunto l'età della pubertà<sup>3</sup>. Ritengono, inoltre, che la sanzione pecuniaria loro irrogata dal *Dipartimento di Istruzione Pubblica* manchi di una base giuridica<sup>4</sup>, oltre a non perseguire alcuno scopo legittimo ed essere sproporzionata.

---

<sup>1</sup> In specie, la Corte di Strasburgo si è pronunciata in merito a talune vertenze in cui ad essere discussa è stata l'obbligatorietà di alcuni insegnamenti. Tra tutte, nel caso *Kjeldsen e altri c. Danimarca*, in merito all'obbligatorietà delle lezioni di educazione sessuale integrata, la Corte ha ritenuto che l'art. 2 del Protocollo addizionale non impedisce allo Stato di impartire insegnamenti aventi o meno carattere religioso o filosofico. A parere dei giudici europei la stessa disposizione normativa non autorizza i genitori ad opporsi alla previsione del corso di educazione sessuale, potendo una tale ipotesi implicare il rischio di rendere impraticabile qualsivoglia insegnamento. La sentenza è reperibile in <http://www.echr.coe.int/echr>.

I giudici europei si sono espressi anche in relazione all'uso dei segni di appartenenza confessionale da parte degli studenti. Nel caso *Leyla Sabin c. Turchia*, la Corte si è pronunciata in ordine alla questione di legittimità del divieto nelle Università turche di indossare il *foulard* da parte delle studentesse musulmane durante i corsi di insegnamento. In particolare, ha stabilito che trattandosi di un segno esteriore forte lo Stato può vietarne l'uso in «contesti particolarmente sensibili alle esigenze della laicità delle istituzioni pubbliche».

<sup>2</sup> Corte EDU, *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera*, dec. 10 gennaio 2017, in <http://www.echr.coe.int/echr>.

<sup>3</sup> I genitori delle educande rilevano che il loro credo vieta di far partecipare le proprie figlie ai corsi di nuoto misto, aggiungendo che, anche se il Corano non prescrive di coprire il corpo se non a partire dall'età della pubertà, la fede professata impone comunque di prepararle all'osservanza di quei precetti cui saranno tenute da quel momento in poi.

<sup>4</sup> I ricorrenti ritengono che la direttiva “*Note sur le traitement à réserver aux questions religieuses à l'école*” del dipartimento di istruzione pubblica, portata a loro conoscenza l'11 agosto 2008, non possa nemmeno considerarsi un semplice regolamento del diritto svizzero.

Dal canto suo, l'adito Tribunale federale, nel richiamare la legge sulla scuola del cantone di *Bâle-Ville*<sup>5</sup>, il piano di studi deliberato dal *Consiglio dell'educazione* e approvato dal *Consiglio di Stato* e la direttiva "*Note sur le traitement à réserver aux questions religieuses à l'école*" del *Dipartimento di Istruzione Pubblica* quali componenti di una base giuridica sufficiente, ritiene primordiale rispetto all'osservanza dei precetti religiosi l'integrazione sociale degli educandi. Nel contempo, l'organo giudicante rileva come l'ingerenza debba considerarsi delimitata, oltre che dalla prevista possibilità di indossare il *burkini*, anche dalla circostanza che i corsi di nuoto misto siano previsti come obbligatori soltanto sino all'età della pubertà. In questa medesima direzione definisce la propria posizione il Governo svizzero il quale, non negando la configurabilità di una effettiva interferenza nella tutela di un diritto fondamentale, tende tuttavia a limitarla al solo obbligo di frequenza del corso di nuoto, senza mettere in questione il credo religioso dei ricorrenti e la loro scelta di educare le proprie figlie secondo i precetti islamici.

Alla luce delle differenti posizioni delle parti, appare di notevole interesse analizzare le motivazioni addotte nella decisione adottata dalla Corte di Strasburgo la quale, in ossequio al disposto normativo dell'art. 9, comma 2, della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, struttura il contenuto del giudizio sui tre livelli del fondamento giuridico, dello scopo legittimo e della necessità della misura adottata in una società democratica.

È all'art. 15 della Costituzione federale che l'ordinamento giuridico elvetico garantisce la libertà di coscienza<sup>6</sup>, sancendo espressamente che ogni persona ha il diritto di scegliere liberamente la propria religione, di manifestare le rispettive convinzioni filosofiche e di professarle in forma individuale o associata. Tuttavia, la libertà in questione non viene proclamata in termini assoluti, poiché all'art. 36 del testo costituzionale se ne può individuare un limite al rispettivo esercizio laddove viene disposto che ogni diritto fondamentale può patire una restrizione nell'ipotesi in cui occorra salvaguardare

---

<sup>5</sup> In particolare, la legge al paragrafo n. 22 contempla la ginnastica tra i corsi obbligatori della scuola primaria, mentre al paragrafo n. 91 elenca gli obblighi gravanti sui genitori, tra cui quello di far rispettare ai propri figli le regole e le direttive della scuola. Nel caso in cui si contravvenga più volte alle obbligazioni previste, la direzione della scuola può decidere di comminare una ammenda.

<sup>6</sup> Costituzione federale, art. 15: «1. La libertà di coscienza e di credo è garantita. 2. Ogni persona ha il diritto di scegliere liberamente la sua religione così come di formare le sue convinzioni filosofiche e di professarle individualmente o in comunità. 3. Ogni persona ha il diritto di aderire ad una comunità religiosa o di appartenervi e di seguire un insegnamento religioso. 4. Nulla può imporre di aderire ad una comunità religiosa o di appartenere ad essa, di compiere un atto religioso o di seguire un insegnamento religioso».

un interesse pubblico ovvero un diritto fondamentale altrui<sup>7</sup>.

Oltre alle richiamate disposizioni normative, il caso *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* coinvolge indubbiamente anche i diritti ed i doveri dei genitori nei confronti dei figli, contemplati agli artt. 301 e ss. del Codice civile svizzero. È, in particolare, l'art. 303 c.c.<sup>8</sup>, espressamente richiamato dalla Corte di Strasburgo, a sancire che i genitori dispongano dell'educazione religiosa dei loro figli fino al compimento del sedicesimo anno di età. Tuttavia, per come emerge dal caso giurisprudenziale, anche la tutela di tale diritto pare rinvenire limitazioni nell'applicazione di altre fonti normative del diritto elvetico, tese piuttosto a legittimare una lesione della garantita libertà educativa.

Ed, infatti, muovendo dal presupposto che il credo professato vieta ai ricorrenti di lasciare partecipare le figlie ai corsi di nuoto misto al fine di prepararle all'osservanza dei precetti islamici, i giudici europei rilevano come il rifiuto di concedere una dispensa dall'obbligo di frequenza dell'ora di educazione fisica configuri una effettiva ingerenza nella libera espressione della identità religiosa di appartenenza. Ciò nonostante, ne viene ravvisato un fondamento giustificativo nelle disposizioni del piano di studi, ove al punto n. 9.2.4 si statuisce che il nuoto fa parte dell'insegnamento obbligatorio della ginnastica e dello sport, e nelle previsioni normative di cui alla legge sulla scuola del cantone di *Bâle-Ville*, più specificamente nel paragrafo n. 91, comma 9, ove si prevede l'irrogazione, su richiesta della direzione scolastica, di una ammenda nel caso di ripetuta violazione degli obblighi genitoriali contemplati dal paragrafo n. 24 del medesimo testo legislativo.

La Corte Edu non nega che nella fattispecie debba ravvisarsi una lesione dell'art. 9 della Convenzione europea, ma ne rinviene una giustificazione nell'esigenza di tutelare un interesse pubblico: nel caso *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* l'obbligo di frequenza, previsto dalle fonti normative del diritto cantonale, è destinato a prevalere rispetto alla tutela del diritto di libertà religiosa, oltre che del diritto dei genitori di educare i figli secondo i propri convincimenti personali.

---

<sup>7</sup> Costituzione federale, art. 36: «1. Ogni restrizione di un diritto fondamentale deve essere fondata su una base legale. Le restrizioni gravi devono essere previste da una legge. I casi di pericolo serio, diretto e imminente sono riservati. 2. Ogni restrizione di un diritto fondamentale deve essere giustificata da un interesse pubblico o dalla protezione di un diritto fondamentale altrui. 3. Ogni restrizione di un diritto fondamentale deve essere proporzionata allo scopo perseguito. 4. L'essenza dei diritti fondamentali è inviolabile». Sulla dinamica tra libertà religiosa, uguaglianza delle confessioni e dignità umana nella Costituzione federale elvetica, cfr. VINCENZO PACILLO, *Stato e Chiesa Cattolica nella Repubblica e Cantone Ticino. Profili giuridici comparati*, Eupress FTL, Lugano, 2009, pp. 13 ss.

<sup>8</sup> Il codice civile svizzero prevede all'art. 303: «Il padre e la madre dispongono dell'educazione religiosa del figlio. Sono nulle tutte le convenzioni che limiteranno la loro libertà a riguardo. Il figlio di 16 anni ha il diritto di scegliere lui stesso la sua confessione».



L'importanza che le leggi svizzere attribuiscono all'adempimento dei doveri scolastici emerge anche da un'ulteriore vicenda: ad essere coinvolte sono state due studentesse musulmane le quali, a seguito dell'espresso rifiuto di prendere parte ai corsi di nuoto obbligatori, si sono viste addirittura negare la richiesta cittadinanza<sup>9</sup>.

Il mandato educativo della scuola pare prevalere rispetto all'esigenza di tutela dei diritti personali dell'educando. La necessità di ricercare un equilibrio tra i diversi interessi coinvolti si pone soprattutto rispetto a talune delle identità religiose islamiche, aderenti a determinate scuole giuridiche islamiche e legate appunto ad una rigorosa osservanza dei precetti. Per come riportato dalla *Carta dei Musulmani d'Europa*<sup>10</sup>, gli appartenenti a tale confessione religiosa rispettano le leggi del Paese in cui risiedono<sup>11</sup>, ma ciò non esclude che essi possano difendere i loro diritti ed esprimere la propria opinione sulla base delle esigenze della comunità religiosa o dei singoli cittadini che ne fanno parte. Proprio nell'intento di ovviare ai problemi pratici, come la questione del velo in classe, la separazione tra ragazzi e ragazze e l'esenzione dai corsi di nuoto, il *Conseil Central Islamique Suisse* proponeva l'istituzione di scuole private connotate da un quadro morale islamico, riconosciute ma non sovvenzionate dallo Stato<sup>12</sup>.

## 2.1 *Il principio dell'integrazione sociale quale limite al diritto di libertà religiosa*

Nella vicenda *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* è il principio dell'integrazione sociale a giustificare la lamentata lesione. A tal proposito, è bene rilevare come tale principio viene ad essere configurato dalla giurisprudenza federale quale regola giuridica, implicante nei confronti degli studenti stranieri una restrizione delle rispettive convinzioni religiose, solo successivamente al registrarsi di una rilevante presenza della popolazione musulmana.

In una prima pronuncia giurisdizionale del 1993 il Tribunale federale, chiamato a decidere in merito ad una istanza di dispensa dal corso di nuoto

---

<sup>9</sup> ROBERT FAVAZZOLI, *Rifutano le lezioni di nuoto. La Svizzera nega la nazionalità a ragazzine islamiche*, in *il Giornale.it*, 01.07.2016.

<sup>10</sup> Il testo italiano della *Carta dei Musulmani d'Europa* è reperibile al sito: [www.islamonline.it](http://www.islamonline.it).

<sup>11</sup> Cfr. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La Carta dei musulmani in Europa (2008): spunti per una lettura*, in EAD. (a cura di), *Identità religiosa e integrazione dei musulmani in Italia e in Europa. Omaggio alla memoria di Francesco Castro*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 163 ss.

<sup>12</sup> DAVIDE VIGNATI, «Troppi i pregiudizi sull'islam». Parla Nicolas Blancho, del Consiglio centrale islamico svizzero, in *Corriere del Ticino*, 4 maggio 2010.

previsto in una scuola primaria per motivi religiosi, reputava preminente rispetto all'obbligatorietà dell'ora di educazione fisica la garanzia di una educazione dei figli conforme alle convinzioni religiose dei propri genitori. A parere dell'organo giudicante, sulla base dei principali criteri dell'interesse pubblico, della proporzionalità e dell'interesse del minore in relazione ai contenuti didattici, «la limitazione della convinzione religiosa è giudicata sproporzionata»<sup>13</sup>; se è vero che gli studenti stranieri sono tenuti al rispetto delle leggi svizzere, altrettanto vero è che non esiste alcun dovere in forza del quale l'allievo è tenuto ad adattare i propri costumi e le relative convinzioni religiose e culturali alle pratiche locali. Inoltre, la concessione di una dispensa individuale dal corso di nuoto non poteva ritenersi in grado di alterare la missione formativa del percorso scolastico.

Eppure con l'intensificarsi, nell'arco di un quindicennio, della presenza islamica nel territorio svizzero, la giurisprudenza federale intraprende una inversione di tendenza sul presupposto che il principio dell'integrazione sociale e del rispetto dei valori culturali locali, in una prospettiva di socializzazione e sicurezza degli studenti oltre che di parità di *chances*, rappresentino il fondamento giustificativo legittimante la mancata concessione di una dispensa dal corso di nuoto. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale, l'interesse pubblico alla formazione scolastica "integrale" di tutti gli studenti, quale che sia la religione di appartenenza, emerge rispetto all'interesse personale dell'educando<sup>14</sup>. Concedere una dispensa generale, oltre a non favorire l'integrazione, impedirebbe agli allievi di abituarsi alla convivenza con l'altro sesso nella società locale<sup>15</sup>. Soltanto laddove sussistano circostanze particolari, è possibile prevederne la concessione, previa valutazione del caso specifico.

È bene, tuttavia, rilevare che, a parere della giurisprudenza federale, l'obbligo di osservare i precetti religiosi non può ritenersi una circostanza particolare che legittimi la dispensa da una materia scolastica obbligatoria<sup>16</sup>. Ne consegue che il diritto fondamentale dell'uguaglianza giuridica di cui

---

<sup>13</sup> Tribunale federale, 18 giugno 1993, 119 Ia 178, in *educa.ch*.

<sup>14</sup> Tribunale federale, 11 aprile 2013, 2C\_1079/2012, in *educa.ch*.

<sup>15</sup> Con riferimento alle domande di dispensa, la Commissione federale per le questioni femminili CFQF, nel suo documento *Parità dei sessi e pratiche culturali/religiose*, auspica un atteggiamento più restrittivo da parte dei Cantoni. Ciò sul presupposto che «lo Stato, dal canto, suo è tenuto (...) a imporre il proprio mandato educativo e il diritto degli allievi a un'istruzione di base uguale per tutti anche contro le rivendicazioni religiose o morali eccessive dei genitori e segnatamente quelle di genere, riguardanti cioè le ragazze in quanto tali».

<sup>16</sup> Tribunale federale, 7 marzo 2012, 2C\_666/2011, in *educa.ch*.

all'art. 8 della Costituzione elvetica<sup>17</sup> tende a prevalere rispetto alla libertà di religione, ragion per cui l'obbligo di seguire l'ora di educazione fisica non può considerarsi una ingerenza inammissibile<sup>18</sup>.

Il crescente pluralismo religioso e culturale della comunità scolastica ha peraltro portato, oltre che alla previsione di specifiche disposizioni in seno alle diverse leggi cantonali sulla scuola, anche alla formulazione di linee direttive ben definite da parte dei cantoni elvetici, destinate alle autorità scolastiche ed alle famiglie e finalizzate a favorire la convivenza delle diversità<sup>19</sup>. In questa prospettiva, a titolo esemplificativo, si collocano quelle del cantone di Friburgo<sup>20</sup>, le quali annoverano la regola cardine per cui l'autorità scolastica non accorda in linea di principio alcuna dispensa da un determinato corso o da una specifica attività, richiesta per motivi religiosi o culturali. Ciò vale anche con più specifico riferimento ai corsi di sport e di nuoto, a meno che non ricorra una dispensa medica nel caso di specie. Si aggiunge inoltre che le eventuali reticenze da parte dei genitori, ben informati delle modalità con cui viene praticato il corso di educazione fisica, risultano di poco rilievo se si considerano le misure complementari espressamente previste. Tra queste ultime, infatti, si contempla l'opportunità di indossare una tenuta sportiva che ricopra il corpo intero, pur specificandosi che un tale abbigliamento non debba costituire una fonte di pericolo; la possibilità di fruire di cabine e docce separate e, infine, la dispensa da alcuni esercizi sportivi per gli educandi che osservano il digiuno del *Ramadan*<sup>21</sup>. Con riferimento ai simboli religiosi, relativamente ai corsi di sport, è possibile chiedere allo studente o alla studentessa di evitarne l'uso per ragioni di sicurezza qualora ne risulti coperto il capo.

Anche le raccomandazioni relative alle pratiche in materia di libertà religiosa nella scuola pubblica del cantone di *Vaud* contemplano una sezione

---

<sup>17</sup> Costituzione federale, art. 8: «Nessuno può essere discriminato, in particolare a causa dell'origine, della razza, del sesso, dell'età, della lingua, della posizione sociale, del modo di vita, delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche e di menomazioni fisiche, mentali o psichiche».

<sup>18</sup> Tribunale federale, 24 ottobre 2008, 135 I 79, in *educa.ch*.

<sup>19</sup> Sono cinque i parametri di riferimento delle linee direttive preposte a soddisfare le esigenze dettate dalle pratiche religiose: 1. Riti, pratiche, celebrazioni e preghiere; 2. Abbigliamento, copricapo e simboli; 3. Prescrizioni alimentari; 4. Rapporto tra uomo e donna; 5. Protezione della sfera intima. La maggior parte delle linee direttive può essere visionata in *enseignement.educa.ch/fr/lignes-directrices-cantons*.

<sup>20</sup> È possibile consultare le linee direttive del Cantone di Friburgo in *enbiro.ch*.

<sup>21</sup> In particolare, al punto n. 5.7 delle linee direttive si specifica che la pratica del digiuno non impedisce affatto ad uno studente di andare in piscina. Sul presupposto che l'individuo non beve per soddisfare la sua sete, la disposizione prescrive che: «*Boire une tasse*» par inadvertance ou avoir les oreilles remplies d'eau n'est donc pas problématique en soi».

specifica dedicata alle attività sportive ed alle dispense per motivi religiosi<sup>22</sup>. La legge sulla scuola del cantone di *Vaud* non contempla disposizioni che tengano conto delle diversità religiose e che permettano agli studenti appartenenti ad una religione diversa da quella cristiana di ottenere delle dispense per esercitare le loro attività religiose. Pur tuttavia, proprio con riferimento ai corsi di nuoto, viene messa in evidenza l'esigenza di verificare se la scuola possa regolare, invocando l'art. 15 della Costituzione federale, le problematiche del caso mediante apposite misure organizzative. Se così non è, occorre avere riguardo, al fine di effettuarne un congruo bilanciamento, agli interessi dell'allievo, dei genitori ed a quelli dell'educazione scolastica perché possa ritenersi ammissibile una dispensa dal corso di nuoto<sup>23</sup>. Nella medesima direzione si collocano le direttive del *Dipartimento di Istruzione Pubblica* del cantone di *Berne*<sup>24</sup> e del *Dipartimento della Formazione, della Cultura e degli Sport* del cantone di *Jura*<sup>25</sup>, dalle quali emerge l'obbligo per gli studenti di seguire tutti i corsi di insegnamento secondo le norme e le disposizioni attuative legislativamente stabilite, ma anche la previsione di talune eccezioni alla regola generale dal momento che si contempla anche la possibilità che le autorità scolastiche possano, di caso in caso, concedere a favore delle allieve una dispensa dall'ora di educazione fisica e più specificamente in ordine all'obbligo di frequenza del corso di nuoto.

Così come i cantoni di *Argovie*, *Appenzell Rhodes-Extérieure*, *Bâle-Campagne*, il cantone di *Bâle-Ville*, nel contemplare il principio generale dell'obbligo di frequenza del corso di nuoto misto sino all'età della pubertà, prevede in caso di violazione l'irrogazione di una ammenda<sup>26</sup>.

Per quanto i ricorrenti sostengano l'illegittimità di una tale misura sanzionatoria sul presupposto che una eventuale dispensa non possa compromettere la formazione scolastica sino ad incidere sul principio delle eguali opportunità e, quindi, sul conseguimento del diploma e delle altre *chances*

<sup>22</sup> Le linee direttive del Cantone di *Vaud* sono consultabili in *edudoc.ch*.

<sup>23</sup> In tal senso, si ritiene altresì che non sussista alcun fondamento giuridico per obbligare lo studente a provvedere alla doccia successivamente all'ora di educazione fisica, potendosi conseguentemente concedere la dispensa per motivi religiosi.

<sup>24</sup> Le direttive del Cantone di *Berne* sono consultabili in *erz.be.ch*.

<sup>25</sup> È possibile consultare le direttive del Cantone di *Jura* in *jura.ch/ded*.

<sup>26</sup> È bene comunque rilevare che una direttiva del *Dipartimento di Istruzione Pubblica* precisa che, a decorrere dal sesto anno, l'insegnamento dell'educazione fisica e del nuoto viene impartito comunque separatamente per le allieve e per gli allievi. A ciò si aggiunga che, nell'intento di rispondere alle esigenze dettate dal credo islamico, le studentesse debbono avere la possibilità di coprire il corpo se i genitori lo richiedono, di disporre di spogliatoi e cabine-docce separati e di ricevere, laddove possibile, l'insegnamento da professori del medesimo sesso.

professionali, né implicare alcuna marginalizzazione delle figlie, la Corte di Strasburgo condivide appieno la tesi delle istituzioni elvetiche. Ritenendo che la scuola ricopra un ruolo fondamentale nel processo educativo, i giudici europei sostengono l'importanza dell'insegnamento obbligatorio ai fini dello sviluppo formativo degli studenti, ragion per cui la dispensa da alcuni corsi non può che essere concessa in via del tutto eccezionale, sulla base di condizioni ben definite e nel rispetto della parità di trattamento di tutti i gruppi religiosi.

Secondo una tale impostazione, l'interesse degli educandi ad un percorso scolastico che permetta una integrazione sociale secondo gli usi e i costumi locali non può che imporsi sul desiderio dei genitori di vedere le loro figlie esentate dal corso di nuoto misto per motivi religiosi. Né può ritenersi sufficiente, ai fini del perseguimento del medesimo obiettivo, la circostanza che le allieve di religione musulmana frequentino un corso privato di nuoto riservato al solo genere femminile. Ciò sul presupposto che l'importanza dell'insegnamento dello sport non si limita all'apprendimento ed all'esercizio di una attività fisica, ma si rinviene piuttosto nella pratica in comune di una disciplina sportiva, senza che operi alcun riferimento alle origini degli allievi o alle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori.

Nel caso *Osmanoğlu e Kocabay c. Svizzera* la statuizione giurisprudenziale, deliberando la non sussistenza di alcuna violazione dell'art. 9 della Convenzione europea, sembra preservare una evidente propensione verso la tutela di un esercizio neutrale della disciplina sportiva del nuoto. Tuttavia, nel caso di specie, tale garanzia ammette talune riserve.

Difatti nella vicenda *de quo* a rilevare non è tanto l'obiezione alla pratica del nuoto, la cui importanza risulta peraltro ben compresa dai ricorrenti, quanto piuttosto la conclamata esigenza che lo sport in questione venga praticato secondo modalità che consentano l'osservanza rigorosa dei precetti prescritti dalla religione professata. E proprio con riferimento a tale ultimo profilo, desta qualche perplessità la circostanza che l'autorità scolastica interessata non si è manifestata del tutto indifferente alle istanze dettate dall'identità religiosa familiare. Posta, infatti, l'obbligatorietà di frequentare il corso di nuoto misto almeno sino all'età della pubertà, al pari di ogni altro insegnamento previsto dal percorso scolastico, è bene comunque evidenziare che l'istituto ha predisposto delle misure organizzative tese a contemperare in qualche misura gli interessi contrapposti delle parti coinvolte, vale a dire l'opportunità per le allieve di coprire il corpo indossando un *burkini* e la possibilità di fruire di cabine e locali-doccia separati. La previsione di tali accorgimenti didattici non ha però reso meno gravoso l'impatto della partecipazione ai corsi di nuoto misto sulle convinzioni religiose dei genitori, i

quali hanno finito per sostenere che: «*Les mesures d'accompagnement offertes n'étaient suffisantes au regard de l'éducation à la pudeur des musulmans de croyance stricte, qui exigerait que les enfants ne soient pas amenés à voir leur corps non couverts ou peu couverts de personnes de l'autre sexe*»<sup>27</sup>.

### 3. Libertà educativa e libertà di religione nelle precedenti decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Sulle problematiche che l'ora di educazione fisica pone rispetto al pieno esercizio del diritto di libertà religiosa dell'educando, la Corte di Strasburgo si era già pronunciata nelle decisioni *Dogru c. Francia* e *Kervanci c. Francia*<sup>28</sup>, entrambe vertenti sulla compatibilità dell'uso del velo islamico con la pratica dello sport contemplata dal programma scolastico.

Rispetto al caso svizzero, tuttavia, in tali precedenti decisioni pare emergere una diversa interpretazione di quel principio di ordine pubblico che funge da limite all'esercizio della libertà di religione. Piuttosto che in una difesa del principio di integrazione sociale che possa prevenire ogni fenomeno di esclusione e di discriminazione, è nella tutela del principio di laicità dello spazio scolastico pubblico che la libera espressione dell'appartenenza religiosa rinviene limiti ben precisi.

Le vicende hanno riguardato due studentesse di religione musulmana le quali, frequentanti un collegio pubblico della città di *Flers*, prendono parte al corso di educazione sportiva con il viso coperto nonostante il disaccordo dell'insegnante, che si fonda principalmente su esigenze di sicurezza e di igiene legate alla pratica sportiva. Innanzi alla condotta delle allieve, il Consiglio di disciplina ne delibera l'espulsione definitiva in ragione della loro mancata partecipazione attiva al corso in questione, e quindi della violazione del correlativo obbligo di frequenza. Avverso tale decisione, i loro genitori esperiscono ricorso dinanzi alla Commissione accademica d'appello, la quale nel confermare la decisione del Consiglio di disciplina, oltre all'obbligo di frequenza<sup>29</sup> ed al regolamento interno del

---

<sup>27</sup> Corte EDU, *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera*, dec. 10 gennaio 2017, in <http://www.echr.coe.int/echr>.

<sup>28</sup> Entrambe le sentenze, Corte EDU, V Sezione, *Dogru c. Francia*, dec. 4 dicembre 2008, e Corte EDU, V Sezione, *Kervanci c. Francia*, dec. 4 dicembre 2008, sono reperibili in <http://www.echr.coe.int/echr>.

<sup>29</sup> In Francia, con riferimento agli enti pubblici di insegnamento, il decreto n. 85-924 del 30 agosto 1985, art. 3-5: «L'obbligo di frequenza (...) consiste, per gli alunni, nel rispettare gli orari di insegnamento definiti dall'orario settimanale dell'istituto: essa si impone per gli insegnamenti obbligatori e

collegio<sup>30</sup>, richiama tra i motivi del *decisum* anche la sentenza del *Conseil d'État* del 10 marzo 1995, in cui si evidenziò come la giurisprudenza amministrativa considerasse il porto del velo, segno di appartenenza religiosa, incompatibile con il buon andamento dei corsi di educazione fisica. Anche i successivi rimedi interni esperiti non sortiscono diverso esito, sicché ad essere investita della doglianza è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le disposizioni della Corte di Strasburgo si propongono di valutare se la denunciata restrizione all'esercizio del diritto di libertà religiosa di cui all'art. 9 della Convenzione, derivante dal divieto di indossare il velo durante l'ora di educazione fisica e dalla conseguente espulsione delle stesse studentesse dal collegio, possa ritenersi una misura proporzionata poiché prevista dalla legge, ispirata da uno o più scopi legittimi e necessaria in una società democratica<sup>31</sup>.

L'iter motivazionale dei giudici europei richiama senz'altro la dottrina del margine di apprezzamento statale, divenendo la problematica dei rapporti tra poteri della Corte di Strasburgo e sovranità degli Stati membri ancora più interessante se si considerano le specificità dello Stato francese. Difatti, le vicende si inseriscono in un panorama socio-giuridico in cui l'uso dei simboli religiosi nell'ambiente scolastico è strettamente connesso al modello francese di laicità, «la cui difesa sembrerebbe primordiale, in particolare a scuola»<sup>32</sup>. In tale prospettiva, la Corte ritiene che la limitazione del diritto di manifestare la propria identità religiosa risponde alla più precipua finalità di preservare gli imperativi della laicità negli spazi pubblici scolastici. Pur non potendosi ravvisare nella legge n. 228 del 15 marzo 2004<sup>33</sup> il fondamento

---

per gli insegnamenti facoltativi dal momento in cui si sono iscritti a questi ultimi. (...)».

<sup>30</sup> Il regolamento interno del collegio allora vigente prevedeva che ogni assenza irregolare ad un corso o ad un'aula non autorizzata configurasse colpa grave, oggetto di apposita sanzione. Quanto alla tenuta degli allievi che doveva essere decorosa nel rispetto delle norme di igiene e sicurezza, si ammetteva l'uso di simboli discreti che manifestassero un attaccamento a convinzioni personali, anche di natura religiosa. Per contro, vietati erano da considerarsi i simboli ostentatori, considerati elementi di proselitismo o di discriminazione.

<sup>31</sup> Art. 9, comma 2, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>32</sup> Corte EDU, V Sezione, *Dogru c. Francia*, dec. 4 dicembre 2008, e Corte EDU, V Sezione, *Kervanci c. Francia*, dec. 4 dicembre 2008.

<sup>33</sup> La legge n. 228 del 2004 contempla il divieto di indossare nelle scuole, nei collegi e nei licei pubblici simboli o tenute che manifestino in maniera plateale l'identità religiosa. In particolare, l'art. L141-5-1 recita che «nelle scuole, nei collegi, nei licei pubblici è vietato portare segni o tenute attraverso i quali gli alunni manifestano ostensibilmente un'appartenenza religiosa. Il regolamento

legale della sanzione irrogata poiché non ancora vigente, l'organo giudicante ne ravvisa una base legale sufficiente in altre norme legislative e regolamentari - in specie, nell'art. 10 della legge di orientamento sull'educazione del 10 luglio 1989 -, in documenti interni e in decisioni del *Conseil d'État*<sup>34</sup>.

In tal modo, tuttavia, la sanzione espulsiva inflitta pare trovare la propria *ratio* nel rifiuto da parte delle educande di conformarsi alle regole interne dell'istituto scolastico, quali sono le regole di sicurezza, di igiene e di frequenza, e non nelle loro convinzioni religiose, pur avendo sostenuto le giurisdizioni adite che il rifiuto di indossare il velo «aveva ecceduto i limiti del diritto di esprimere e manifestare le credenze religiose all'interno dell'istituto»<sup>35</sup>. Sono, a parere dei giudici europei, i fini legittimi della protezione dei diritti e delle libertà altrui e dell'ordine pubblico a rendere l'ingerenza lamentata giustificata per il suo principio e proporzionata rispetto all'obiettivo mirato, non potendosi ravvisare alcuna violazione né dell'art. 9 della Convenzione Europea né dell'art. 2 del Protocollo n. 1.

Eppure, ciò che emerge è che la salvaguardia dell'ordine pubblico, legittimante il limite alla libertà di coscienza e di religione, non può non ritenersi connessa ad un'esigenza di laicità, per come indirettamente risulta dalla normativa nazionale in materia di istruzione ed educazione, richiamata dalla Corte a fondamento della emanata decisione. In altri termini, l'asserita incompatibilità del velo islamico con la partecipazione all'ora di educazione fisica risponde al supremo principio di laicità, che trova espressione nelle regole interne dell'istituto scolastico, note ed inosservate dalle studentesse di fede musulmana.

Evidente risulta la posizione di indubbia prudenza adottata dai giudi-

---

interno precisa che l'avvio di un procedimento disciplinare è preceduto da un dialogo con l'alunno».

<sup>34</sup> Con il parere del 27 novembre 1989, il *Conseil d'État* osserva che «negli istituti scolastici, il portare da parte degli alunni dei simboli con i quali intendono manifestare la loro appartenenza ad una religione non è di per se incompatibile con il principio di laicità, (...) ma questa libertà non potrebbe permettere agli alunni di dare sfoggio di simboli di appartenenza religiosa che, per loro natura, per le condizioni in cui sarebbero portati individualmente o collettivamente, o per il loro carattere ostentatorio o rivendicativo, siano tali da costituire un atto di pressione, di provocazione, di proselitismo o di propaganda, danneggiare la dignità o la libertà dell'alunno o di altri membri della comunità educativa, pregiudicare la loro salute o sicurezza, sconvolgere lo svolgimento delle attività di insegnamento ed il ruolo educativo degli insegnanti, infine turbare l'ordine nell'istituto o il normale funzionamento del servizio pubblico».

In particolare, nelle decisioni del 10 marzo 1995 n. 159981 e del 20 ottobre 1999 n. 181486 il giudice amministrativo ha convalidato le esclusioni definitive fondate sull'inadempimento dell'obbligo di frequenza originato dal rifiuto da parte di un'allieva di togliere il velo nel corso di educazione fisica e sportiva.

<sup>35</sup> In tal senso, si è espressa la adita Corte Amministrativa di Appello di Nantes con la sentenza del 31 luglio 2003.



ci europei rispetto al consolidato principio di neutralità confessionale della scuola pubblica, rimettendo così la questione della ostentazione dei simboli religiosi al decisore nazionale cui spetta il compito di «vegliare sul fatto che, nel rispetto del pluralismo e della libertà altrui, la manifestazione da parte degli alunni delle loro credenze religiose all'interno degli istituti scolastici non si trasforma in un atto ostentatorio». Seguendo una tale impostazione, si reputa giustificata la situazione di sfavore che ne deriva per i diritti individuali garantiti dalla Convenzione, tanto da ritenere quale responsabile del turbamento dell'ordine pubblico chi viene leso nel proprio diritto di libertà religiosa, e non chi ha esercitato una significativa ingerenza nella libertà altrui<sup>36</sup>. Nessun carattere discriminatorio è stato, peraltro, attribuito al definitivo provvedimento espulsivo patito dalle studentesse musulmane di minore età per non avere ottemperato al divieto di portare il velo nell'ora di educazione fisica.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo conferma il proprio orientamento decisionale anche nelle successive vertenze *Aktas c. Francia*, *Bayrak c. Francia*, *Gamaleddyn c. Francia*, *Ghazal c. Francia*, *J. Singh c. Francia* e *R. Singh c. Francia*<sup>37</sup>. L'espulsione definitiva dei ricorrenti dalla scuola frequentata per l'uso del copricapo, non solo nell'ora di educazione fisica, viene ritenuta una restrizione alla libertà di religione *giustificata* dalle previsioni normative di cui alla legge del 15 marzo 2004, e *proporzionata* rispetto all'obiettivo perseguito, ovvero la salvaguardia dell'ordine pubblico e la protezione dei diritti di libertà altrui.

#### 4. *La questione dell'obbligo di frequenza del corso di educazione fisica ed il "ruolo" del margine di apprezzamento degli Stati Europei*

L'effettiva garanzia della libertà di pensiero, di coscienza e di religione pare essere rimessa, nell'ambito della tutela 'multilivello' dei diritti umani in Europa, all'operatività del *cd. margine di apprezzamento* concesso agli Stati membri<sup>38</sup>, rispetto al quale la Corte di Strasburgo ricopre un ruolo

---

<sup>36</sup> VINCENZO TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione nella Corte di Strasburgo*, in *statoechiese*, it, n. 29/2012, p. 49.

<sup>37</sup> In particolare, *Aktas*, *Bayrak*, *Gamaleddyn* e *Ghazal*, allieve di religione musulmana, sono destinatarie del provvedimento espulsivo a causa del porto del velo. *Singh*, allievo *Sikh*, viene espulso in ragione dell'uso del *cd. Keski*.

<sup>38</sup> Nel *Rapporto esplicativo del Protocollo* n. 15, paragrafi 7-9, si specifica che il riferimento: «to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation (...) is intended (...) to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its

fondamentalmente sussidiario<sup>39</sup>. Come ha avuto modo di precisare la giurisdizione sovranazionale, non è possibile individuare una concezione uniforme di religione nella società europea, così come è di tutta evidenza che il significato e l'impatto delle pratiche corrispondenti all'espressione pubblica delle convinzioni religiose tendano a variare in epoche e contesti differenti. Ne consegue che la regolamentazione in materia debba essere in qualche misura affidata al singolo Stato, essendo la stessa connessa al contesto nazionale considerato. In merito alla concreta applicazione del margine di apprezzamento, poi, il diritto fondamentale della libertà di religione viene allocato tra quelli che la dottrina è solita individuare come *diritti soggetti a limitazioni*, al fine di distinguerli dai *diritti assoluti*. Infatti, mentre questi ultimi non possono essere oggetto di restrizioni da parte degli Stati, i *diritti soggetti a limitazioni* possono essere ridefiniti nel loro esercizio per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, «sempreché la restrizione sia giustificata e non abbia la conseguenza di limitare un diritto in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo»<sup>40</sup>. Rispetto al riconosciuto ambito di discrezionalità in capo al decisore nazionale, la Corte di Strasburgo opera però un controllo

---

case law (...). The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged (...). The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system». In merito VLADIMIRO ZAGREBELSKI, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano, in Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 312: «[d]al principio di sussidiarietà non si può trarre (...) una restrizione del controllo effettuato dalla Corte europea, che è pienamente titolata ad interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU) con una giurisprudenza che si impone alle autorità nazionali. Nel sistema gli Stati sono certo in prima fila nell'applicazione della Convenzione, ma nel senso che sono obbligati a non violarla e a riparare le violazioni che si siano verificate, non nel senso che la Corte europea si debba mettere al traino di ciò che le autorità interne producono ed elaborano circa gli obblighi convenzionali».

<sup>39</sup> MARIO ROSARIO MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento della giurisprudenza delle Corti europee e della Corte Costituzionale*, in Atti del Convegno "Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", Presidenza del Consiglio dei Ministri, 20 settembre 2013: «(...) nella graduatoria degli interventi tra Stati nazionali e Corti europee, nelle materie di competenza comune, spetta agli Stati nazionali di intervenire in prima battuta, poiché sono questi che si trovano, rispetto a quelle Corti, in una *better position* ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell'intervento». Più specificamente, l'A. rileva che il principio di sussidiarietà può intendersi quale « (...) opzione di preferibilità dell'intervento dello Stato nazionale, che si traduce, sul piano diacronico, nel riconoscimento del suo diritto a fare la prima mossa, con la conseguenza che, solo dopo l'esaurimento dei rimedi interni e in caso di non effettività o di non soddisfattività, degli stessi, intervenga *in sussidiarietà* l'autorità europea (...)».

<sup>40</sup> FAUSTO POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in PAOLA BILANCIA e EUGENIO DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 8 ss.

formale, consistente nella verifica della effettiva rispondenza delle misure adottate ai principi fondamentali proclamati nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*<sup>41</sup>. Più precisamente la Corte, nel constatare se la misura restrittiva della libertà di religione possa ritenersi legittima o meno in ragione del margine di apprezzamento dello Stato interessato, è tenuta a verificare che i parametri di cui all'art. 9, comma 2, della Cedu - ovvero la previsione giuridica della misura restrittiva del diritto, lo scopo legittimo perseguito dall'ingerenza lamentata e la proporzionalità della misura rispetto allo scopo - siano stati rispettati.

Pur tuttavia i richiamati casi giurisprudenziali evidenziano come la dimensione esterna della libertà di religione non goda di una effettiva tutela in virtù del margine di apprezzamento nazionale. In particolare la dottrina non ha mancato di rilevare come la Corte europea, muovendo dal presupposto che l'art. 9 della Convenzione non tutela qualsiasi atto motivato o ispirato da una religione o da una convinzione, continui ad avallare le decisioni di quegli Stati membri che sanzionano la scelta di indossare un abbigliamento religioso nella scuola in ragione di una eccessiva difesa dell'ordine pubblico interno<sup>42</sup>.

Riguardo ai più specifici casi francesi, la tutela del supremo principio di laicità implica che il rifiuto di portare il velo nell'ora di educazione fisica integri un comportamento ad esso contrario, come tale non destinato a beneficiare della protezione di cui all'art. 9 della Convenzione. Senza nulla statuire in ordine alla discrezionalità decisionale rimessa all'autorità nazionale, si ritiene che debba considerarsi lecito tutto ciò che risponde alla concezione del modello francese di laicità. Tale forma di tutela, che si estrinseca in realtà nella protezione dei pubblici interessi della sicurezza e della salute per la sola ora di educazione fisica, vale a giustificare la compressione del diritto di manifestazione della libertà religiosa, ragion per cui i metodi adottati e le conseguenze che ne sono derivate sono da reputarsi conformi alla Convenzione.

Entra, quindi, in discussione l'obbligo che incombe sugli Stati membri ai sensi dell'art. 2 del Protocollo n. 1, relativo non solo al contenuto dei programmi ma anche all'organizzazione dell'ambiente scolastico pubblico, in forza del quale si prevede che le informazioni o conoscenze presenti nel

---

<sup>41</sup> *Rapporto esplicativo del Protocollo n. 15*, paragrafo 9: «The role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation».

<sup>42</sup> JLIA PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), gennaio 2011, p. 11.

programma siano diffuse in maniera obiettiva, critica e pluralista, permettendo agli alunni di sviluppare un senso critico rispetto al fatto religioso, in un contesto educativo scevro da ogni forma di proselitismo. Rilevato che il portare i simboli religiosi non è di per sé incompatibile con il principio di laicità nella scuola, i giudici europei precisano che compete alle autorità nazionali di vegliare, nell'ambito del margine di apprezzamento di cui godono, sulle condizioni in cui il simbolo è portato e sulle conseguenze che può implicarne l'ostentazione.

Anche nella vicenda *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* la Corte di Strasburgo insiste sul ruolo fondamentale da riconoscere al decisore nazionale nella regolamentazione dei rapporti tra Stato e religioni, e più precisamente tra ordinamento giuridico del cantone elvetico, autorità scolastica pubblica e tutela della libertà di religione se si tiene conto che «*l'instruction publique est du ressort des cantons. Les cantons pourvoient à un enseignement de base suffisant ouvert à tous les enfants. Cet enseignement est obligatoire et placé sous-direction ou la surveillance des autorités publiques*»<sup>43</sup>.

In questa prospettiva l'organo giudicante invoca i principi proclamati dall'art. 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione, pur non essendo stato quest'ultimo ratificato dalla Svizzera. Richiama, pertanto, il diritto all'istruzione nonché il dovere dei genitori di assicurare l'educazione e l'insegnamento dei rispettivi figli, potere-dovere in forza del quale è possibile esigere dallo Stato il rispetto delle proprie convinzioni religiose e filosofiche, da intendersi «*plus que reconnaître ou prendre en considération*». Ne consegue, a parere della Corte europea, una obbligazione positiva in capo al decisore nazionale: lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento per determinare, in ragione dei bisogni e delle risorse della comunità e degli individui, le misure da adottare al fine di assicurare il rispetto della Convenzione. Ciò non significa, tuttavia, che la previsione normativa di cui all'art. 2 del Protocollo n. 1 permetta ai genitori di esigere che lo Stato organizzi i corsi di insegnamento secondo determinate modalità.

Nel caso in specie, come già rilevato, la legislazione cantonale di *Bâle-Ville* include il corso di educazione fisica tra quelli obbligatori fino all'età della pubertà, muovendo dal presupposto che tale previsione possa contribuire al processo di integrazione sociale. Tenendo conto dell'esigenza di salvaguardare tale interesse pubblico, rispetto all'interesse privato dei ricorrenti di vedere le loro figlie dispensate dal corso di nuoto misto per motivi religiosi, la Corte reputa che le autorità interne non abbiano oltrepassato il margine

---

<sup>43</sup> Costituzione federale, art. 62.

di apprezzamento di cui godono anche in materia di istruzione pubblica.

Senza disporre alcun intervento rispetto all'operatività del margine di apprezzamento, ampia autonomia decisionale viene rimessa all'ordinamento giuridico del cantone elvetico. Nel limitarsi a valutare la legittimità dell'interesse pubblico perseguito rispetto all'ingerenza nel diritto altrui, la giurisdizione sovranazionale conferma tuttavia un atteggiamento di particolare cautela rispetto alla proclamata esigenza del Governo elvetico di garantire il pluralismo religioso nella scuola pubblica, in una prospettiva di integrazione sociale.

Apprezzabile può ritenersi il tentativo di contemperare l'obbligatorietà di un corso di nuoto misto con la perentorietà di osservare i precetti del credo islamico professato attraverso la previsione di soluzioni alternative tese a garantire il rispetto delle convinzioni religiose. Ma, pur tenendo conto della ricerca di un equilibrio tra gli interessi contrapposti nell'ambito del margine di apprezzamento goduto dallo Stato svizzero, la decisione cautelativa della Corte di Strasburgo pone in rilievo la deficitaria tutela dell'identità religiosa nella pratica di una disciplina sportiva. Innanzi ad una tutela che dovrebbe imporsi ulteriormente allorquando a beneficiarne sia un minore, la mancata concessione di una dispensa dalla lezione di nuoto sembrerebbe porsi come sproporzionata se si considera l'effettiva incidenza dell'insegnamento in questione nel percorso educativo. Ne consegue che, se per un verso, il margine 'ampio' di apprezzamento consente all'autorità decisionale nazionale di adeguare le proprie scelte alle politiche giuridiche del contesto statale, per altro verso, rischia di neutralizzare la *ratio* della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

##### 5. *Integrazione sociale e problematiche di tutela del pluralismo religioso*

La vicenda elvetica non segna alcun cambiamento nelle posizioni adottate dalla Corte di Strasburgo rispetto alla ricerca di un equilibrio nella tutela dei diritti fondamentali coinvolti nell'esercizio di uno sport. Eppure il caso giurisprudenziale avrebbe potuto rivelarsi l'occasione per meglio valutare l'impatto che un corso obbligatorio di educazione fisica può generare rispetto alle convinzioni religiose dei soggetti coinvolti.

Maggiore attenzione, probabilmente, i giudici europei avrebbero dovuto preservare all'inversione di tendenza registrata dalla giurisprudenza federale nell'interpretazione del principio di integrazione sociale rispetto all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali. Dalle osservazioni che precedono, è indubbio che anche il potere giurisdizionale statale si sia trovato a fronteggiare

la significativa presenza di musulmani nelle scuole pubbliche, preferendo statuire in favore di una salvaguardia dell'ordine giuridico interno.

A ciò si aggiunga che, diversamente dai casi francesi in cui la garanzia del principio supremo di laicità anche nella scuola pubblica non lascia spazi di manovra al decisore nazionale, la vertenza *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* offre maggiori spunti di riflessione proprio se si considera che il principio di integrazione sociale, così come inteso nell'ambito del margine di apprezzamento nazionale, non sottace necessariamente l'intento di neutralizzare la presenza islamica nella lezione curriculare di nuoto. E ciò emerge dalla circostanza che nulla osta alla prevista possibilità di indossare il *burkini* nell'ora di nuoto, ragion per cui poco si comprendono le motivazioni per le quali l'obbligo di frequentare in comune il corso in questione fino all'età della pubertà debba necessariamente imporsi come essenziale nel percorso formativo scolastico, laddove si tratta di tutelare il diritto fondamentale della libertà di religione dell'educando. Se indossare un abbigliamento religioso non viene ritenuto tale da compromettere il perseguimento dell'interesse pubblico della scuola, probabilmente anche l'esercizio non promiscuo di una disciplina sportiva potrebbe concorrere ad una adeguata crescita educativa dell'allieva ancora impubere, senza che ne risulti lesa l'identità religiosa. Tanto, peraltro, potrebbe trovare conferma nella circostanza che, a partire dal sesto anno curricolare, già è previsto l'insegnamento separato della disciplina di nuoto. Si tratterebbe di anticipare tale disposizione nelle sole ipotesi in cui l'identità religiosa familiare aderisce ad una osservanza dei precetti di fede che non ammette alcuna eccezione.

Viene allora da chiedersi se il principio di integrazione sociale, in una prospettiva di tutela del pluralismo religioso, possa dirsi effettivamente garantito imponendo il corso di educazione fisica secondo criteri che contrastino con il credo islamico professato dall'allieva e dalla famiglia di appartenenza.

Certo è che la questione diviene ancora più complessa e suscettibile di diverse soluzioni in merito alla situazione elvetica, essendo rimessa l'istruzione pubblica alla regolamentazione giuridica dei singoli cantoni. Ma, facendo ancora riferimento al caso di specie, ad una diversa soluzione si sarebbe potuto addivenire anche facendo leva sulla già contemplata ipotesi di concedere la dispensa da un determinato corso obbligatorio di insegnamento, ancor più con riferimento alle lezioni di nuoto se si considera la loro effettiva incidenza in un percorso formativo.

Ne consegue che un diverso *decisum*, conforme all'originario orientamento della giurisprudenza federale, avrebbe sicuramente potuto rinvenire il proprio fondamento normativo nella legislazione cantonale vigente, al più prevedendosi che l'obbligo di frequenza dell'ora di nuoto misto potesse

essere adempiuto attraverso la predisposizione di un corso alternativo di sport, senza particolari aggravii aggiuntivi per l'autorità scolastica.

La Corte di Strasburgo segue, diversamente, un *iter* motivazionale che avalla la giurisprudenza interna nel riconoscimento della priorità da attribuire all'esercizio comune della disciplina del nuoto rispetto alla tutela della libertà di religione. Inoltre, la predisposizione di misure organizzative idonee a garantire l'osservanza di taluni dei precetti islamici viene ritenuta tale da concorrere di per sé a considerare meno onerosa la riscontrata lesione del diritto di libertà religiosa di cui all'art. 9 della Convenzione.

Innanzitutto ad una pratica dello sport che genera una situazione conflittuale tra diversi diritti fondamentali, l'interesse preminente del minore sembra debba considerarsi tutelato nella misura in cui ad essere perseguito è il principio di integrazione sociale attraverso la frequenza degli insegnamenti previsti come obbligatori. Dall'analisi della sentenza *Osmanoğlu e Kocabaş*, infatti, la Svizzera conserva il pieno diritto di custodire le tradizioni, i costumi locali, l'ordine giuridico interno e di considerare l'esercizio promiscuo dell'insegnamento obbligatorio di nuoto alla stregua di un dovere civico rispetto al quale non possono essere contemplate eccezioni di natura religiosa.

Eppure, per quanto la socializzazione degli alunni debba considerarsi un'esigenza irrinunciabile della scuola, il processo educativo non può non tenere conto della dimensione umana, spirituale e religiosa in cui l'educando vive. Potendosi annoverare tra i nuovi problemi pratici di tutela della libertà di religione nella scuola pubblica, anche l'obbligo dell'ora di educazione fisica, contemplato da alcune delle legislazioni cantonali vigenti in Svizzera, pone necessariamente in discussione l'educazione scolastica in una prospettiva di tutela del pluralismo religioso.

Nell'esplicarsi dei ruoli educativi spettanti alle famiglie ed alle scuole, anche l'esercizio dello sport secondo norme di comportamento dettate da differenti convincimenti culturali e religiosi esige una peculiare attenzione, consapevole dell'importanza che deve essere riservata a quanto rientri nella sfera individuale del giovane studente ed ai riflessi che la stessa può avere nell'esercizio individuale o a squadra della disciplina sportiva praticata.

Alla luce dell'orientamento delineato in materia dalla Corte di Strasburgo la ricerca di un giusto compromesso tra tradizione religiosa, norme sportive e regolamenti scolastici risulta essere affidata al margine di apprezzamento degli Stati membri, cui compete perseguire «*la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique*».

Non pare, ad ogni modo, risolutivo limitarsi in tale processo di ricerca

alla sola oggettiva capacità dello sport di incidere positivamente, anche in un programma educativo scolastico, nel percorso di integrazione sociale delle minoranze di differente etnia o cultura per giustificare la lesione del diritto di libertà religiosa dell'educando. Per quanto il ricorso ad un organo giurisdizionale sovranazionale dovrebbe garantire pronunce che rispondano in maniera efficace ed effettiva alle istanze provenienti da un contesto sociale in continua evoluzione, le pronunce della Corte Edu sembrano rilevare l'intento di non entrare nel merito di questioni che potrebbero risultare piuttosto 'scomode'.



# Riflessioni sul lodo arbitrale nell'ordinamento vaticano

ENRICO GIARNIERI

## 1. Una nuova sentenza della Cassazione vaticana

Particolare interesse dal punto di vista sostanziale e processuale riveste, in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, la sentenza del 29 maggio 2009 (N. 32/08 ruolo generale) con cui la Corte di cassazione vaticana, nell'opera meritoria che da sempre svolge in punto di diritto, ha rigettato, tra gli altri, il [...] *motivo di irricevibilità, improcedibilità o sin minus inammissibilità del ricorso*, presentato dalla parte resistente a causa dell'asserita appellabilità della sentenza del Tribunale.

La pregressa vicenda giudiziaria è connotata dall'emanazione - ad opera del Tribunale vaticano - di una sentenza di rigetto della domanda, proposta dalla parte ricorrente, di annullamento del lodo reso da un Collegio arbitrale appositamente costituito.

Il lodo in questione stabilisce, riguardo ad un immobile, il termine di scadenza del relativo contratto di locazione intercorso tra la parte ricorrente e quella resistente, imponendo alla prima il rilascio del bene entro la data fissata a fronte del pagamento a suo favore - ed in capo all'altra parte - di una predeterminata indennità. Avverso tale sentenza del Tribunale la parte ricorrente propone ricorso per cassazione basato su due motivi. Il primo riguarda la *violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di interpretazione e qualificazione del contratto [...]*; il secondo motivo viene invece fondato intorno alla *violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di contratto di locazione [...]*.

Ma il motivo del ricorso per cassazione, su cui verranno qui svolte talune considerazioni, è quello pregiudiziale contenuto nel controricorso della parte resistente. Nel dettaglio, quest'ultimo motivo consiste nella dichiarata appellabilità - stando al vigente quadro normativo vaticano - della sentenza impugnata per cassazione, la quale quindi *non rientrerebbe tra le decisioni*

*passibili di accesso al giudizio di cassazione [...].* Ad avviso di parte resistente, infatti, ciò troverebbe conferma sia nella *mancata dichiarazione di inappellabilità* della sentenza del Tribunale vaticano nelle prescrizioni normative ad essa relative, sia nell'esame del giudizio di impugnazione del lodo arbitrare condotto in base a quanto previsto per i giudizi resi in primo grado, oltre che nella disposizione di cui all'art. 384 c.p.c. vaticano sul deposito per multa.

Al contrario, la parte ricorrente ritiene infondata la riferita eccezione così come formulata dalla resistente, in quanto l'art. 717 c.p.c. statuisce chiaramente l'impugnabilità per nullità del lodo arbitrare innanzi al tribunale *nel termine stabilito per l'appello*, giustificando in tal modo la funzione di giudice di appello che viene adempiuta dal Tribunale vaticano nell'eventualità di impugnazione per nullità di un lodo. Anche il promotore di giustizia, inoltre, aderendo a questo argomento addotto dalla parte ricorrente, propende – nel proprio parere – per l'infondatezza dell'eccezione presentata dalla resistente, ampliando peraltro il ragionamento giuridico sull'analisi della questione mediante il riferimento alla natura dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrare. Al riguardo, è dato pertanto leggere nella decisione in commento che *la singolarità della impugnazione confermerebbe che la sua collocazione nel Tribunale di prima istanza quanto a trattazione non ne condiziona e non ne determina il grado.*

In questa sede due paiono essere le piste di indagine meritevoli di approfondimento. Da un lato, la disamina delle plausibili ragioni a sostegno dell'appellabilità o meno della decisione del giudice collegiale di prima istanza che pronuncia sull'impugnazione per nullità del lodo. Dall'altro lato, la possibile individuazione delle peculiari ragioni determinanti la competenza del Tribunale<sup>1</sup> nel conoscere della domanda di annullamento di un lodo arbitrare nell'ambito del vigente ordinamento giudiziario vaticano.

## 2. Appellabilità della decisione arbitrare

Circa il primo quesito occorre soffermarsi – innanzitutto – sull'individuazione dei mezzi di impugnazione contro il lodo arbitrare, districandosi nella complessa rete di gravami, che si presenta ai nostri occhi.

---

<sup>1</sup> La Legge numero CXIX del 21 novembre 1987 *che approva l'ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*, emanata dal Segretario di Stato in virtù dei poteri attribuitigli dal Pontefice con il chirografo *Le sollicitudini crescenti* del 6 aprile 1984, ha eliminato la denominazione al tribunale di "tribunale di prima istanza". Per il testo della legge cfr. *Acta Apostolicae Sedis Supplemento*, n. 58, 1987, pp. 46-50. Per il chirografo in questione cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, n. 76, 1984, pp. 495-496.

Contenuti nel “titolo primo” del libro terzo, intitolato “Dei procedimenti speciali”, del codice di procedura civile vaticano, gli articoli da 696 a 719 disciplinano l’arbitrato<sup>2</sup>. Anche nell’ambito della giustizia vaticana viene ad esso riconosciuta una rilevanza pratica in quanto strumento di decisione, ad opera di soggetti privati, di liti già insorte o eventuali tra le parti. A tale scopo, in virtù dell’art. 696, § 1, c.p.c., l’autonomia privata ha, infatti, a disposizione un negozio detto dalla legge “convenzione di arbitrato”, attraverso cui le parti si accordano per rinunciare all’intervento degli organi della giurisdizione a favore della decisione privata della controversia.

Si noti che il codice di procedura civile vaticano, sempre nel primo paragrafo dell’art. 696, disciplina esplicitamente i due sottotipi negoziali di convenzione d’arbitrato, ossia il compromesso (prima parte del primo paragrafo della disposizione testé citata) e la clausola compromissoria (seconda parte del detto paragrafo).

Stipulando il compromesso, le parti si accordano per rimettere in arbitri una specifica controversia tra loro già insorta.

Clausola compromissoria è qualificato invece il patto con cui le parti stabiliscono che future controversie di un certo tipo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d’arbitrato e che siano determinabili.

Ai sensi dell’art. 697 c.p.c., la convenzione d’arbitrato deve, a pena di nullità, essere fatta per iscritto e possedere tutti i requisiti necessari per la validità dei contratti. Gli arbitri pertanto conoscono, all’interno dell’ordinamento giudiziario vaticano, in veste di giudici privati, delle controversie a loro deferite e ne decidono con una pronuncia - “lodo” arbitrale - che conclude un procedimento modellato sulla struttura del processo giurisdizionale.

Il deferimento del giudizio sui diritti ed obblighi delle parti non implica in ogni caso l’attribuzione agli arbitri dei poteri autoritativi inerenti alle funzioni giurisdizionali, cosa che esorbiterebbe dalla autonomia privata. E il § 2 dell’art. 696 c.p.c. fa espresso divieto di *deferire al giudizio degli arbitri la decisione delle controversie riguardanti dichiarazioni di assenza, patria potestà, tutela, interdizione, stato civile, e tutte le materie riservate alla competenza della Chiesa*.

---

<sup>2</sup> Per un inquadramento a livello comparativo dell’istituto arbitrale quale mezzo alternativo di risoluzione delle controversie si veda: TITO CARNACINI, MARIO VASETTI, *Arbitri*, in *Nuovo Digesto Italiano*, I, Utet, Torino, 1937, p. 648 ss.; LUIGI BARBARESCHI, *Gli arbitri*, Vallardi, Milan, o 1937; TITO CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1957, pp. 874-923. Sui caratteri generali dell’arbitrato vaticano cfr. LORENZO DA PRA GALANTI, *Arbitration procedure, laws and facilities in Vatican City State*, nel vol. *International Commercial Arbitration. Practice & Procedure. Enforcement of Foreign Awards*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2012, pp. 1217-1224.

Per quanto riguarda il procedimento e la decisione arbitrare, pare opportuno sottolineare anzitutto che, in base a quanto emerge dal combinato disposto degli artt. 708-711 c.p.c., l'arbitrato può essere deciso secondo diritto o secondo equità.

La regola è che gli arbitri debbono seguire ed applicare le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto che essi pronuncino secondo equità (art. 708 c.p.c.). In quest'ultimo caso il codice stesso individua negli arbitri la *qualità di amichevoli compositori* (art. 708, § 2, c.p.c.).

Va altresì osservato che la disciplina vaticana dell'omologazione della decisione arbitrare (denominata "lodo definitivo") è molto stringente. Al riguardo l'art. 712 c.p.c. dispone che: *Il lodo definitivo, in originale, insieme con la convenzione, nel termine di giorni quindici dalla sua pronuncia, sarà depositato da uno degli arbitri, o personalmente, o a mezzo di mandatario munito di procura speciale, nella cancelleria del giudice unico, sotto pena di multa fino a lire mille.* E il successivo art. 713, § 1, c.p.c. stabilisce che: *Il lodo è dichiarato esecutivo, salva l'efficacia sospensiva del termine derivante dalle eventuali impugnazioni di cui all'art. 715, con decreto del giudice unico, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito in cancelleria del lodo medesimo. Il lodo sarà annotato in un apposito registro e conservato in una speciale raccolta.* La procedura di omologazione del lodo è, pertanto, obbligatoria e a impulso d'ufficio, essendo posto a carico degli stessi arbitri l'obbligo di effettuare il deposito nella cancelleria del giudice unico.

Ai sensi dell'art. 715, § 1, c.p.c., poi, il lodo è anche appellabile, in quanto è riconosciuto espressamente che: *Le parti possono stabilire, con la convenzione o con successivo atto scritto, che il lodo sia soggetto a qualunque mezzo, o a determinati mezzi d'impugnazione, davanti agli arbitri che l'hanno pronunziato, o davanti ad arbitri diversi, o davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.*

Quanto agli altri mezzi di impugnazione avverso la decisione arbitrare, questi sono costituiti dalla revocazione (art. 716 c.p.c.), dall'azione di nullità (art. 717 c.p.c.), dall'opposizione del terzo (art. 715, § 2, c.p.c.), dal ricorso per cassazione (art. 715, § 1, c.p.c.), cui si aggiunge anche il ricorso contro il decreto di omologazione (art. 713, § 2, c.p.c.).

Sulla base del sopra citato art. 713, § 1, c.p.c., si può pervenire alla conclusione che il lodo non omologato non produca alcun tipo di effetto e che si tratti di un atto insanabilmente nullo. La decisione degli arbitri non è, quindi, dotata di vita autonoma, essendo indissolubilmente legata al successivo provvedimento giudiziale di omologazione del giudice unico, in ossequio al principio del monopolio statale della giurisdizione, considerato – come si vedrà più avanti – irrinunciabile dal legislatore vaticano del 1946.

Tra i mezzi di gravame non vi è dubbio che l'impugnazione per nullità

rappresenti lo strumento processuale di più frequente utilizzo nei confronti del lodo arbitrale. La particolarità di tale rimedio, nel codice di rito civile vaticano, è costituita – come più sopra accennato – dall’organo giurisdizionale chiamato ad avervi cognizione: il Tribunale.

È l’art. 717 c.p.c., dopo aver previsto che il lodo degli arbitri può essere impugnato per nullità [...] *nel termine stabilito per l’appello*, a fissare, in maniera tassativa, i casi di impugnazione<sup>3</sup>, connotando quest’ultima del carattere di impugnativa in senso stretto e a critica vincolata.

Circa la esatta qualificazione dell’impugnazione per nullità, tuttavia, non vi è unanimità di vedute sul piano dogmatico. Basti pensare che essa viene considerata nell’ordinamento italiano ora alla stregua di un appello straordinario<sup>4</sup>, ora di un appello limitato<sup>5</sup>, ora piuttosto di un appello improprio<sup>6</sup>.

Coerente con l’impostazione operata dal codice vaticano circa la competenza del Tribunale sull’impugnazione per nullità del lodo potrebbe, peraltro, essere considerata quella ricostruzione dottrinale per la quale il gravame in parola è da identificarsi in un procedimento di unico grado, avente lo scopo di far venir meno in radice l’efficacia della decisione arbitrale<sup>7</sup>. Oppure, molto più vicina – sempre a livello dogmatico – alla scelta di sistema, effettuata dal legislatore vaticano, parrebbe la posizione di chi, individuando nell’impugnazione per nullità del lodo un *unicum*, derivante dalla contestuale presenza di un’azione di annullamento della decisione resa dagli arbitri e di un’azione di cognizione nel merito, definisce l’impugnazione in oggetto un giudizio del tutto nuovo<sup>8</sup>.

Va comunque riconosciuto, come viene fatto osservare nella sentenza in

---

<sup>3</sup> Secondo l’art. 717 c.p.c. il lodo arbitrale può essere impugnato per nullità nei seguenti casi 1° se il lodo sia stato pronunciato in virtù di convenzione nulla o scaduta, oppure fuori dei limiti della convenzione; 2° se il lodo non abbia pronunciato sopra tutte le controversie deferite al giudizio degli arbitri, o contenga disposizioni fra loro necessariamente incompatibili; 3° se il lodo sia stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro; 4° se il lodo sia stato pronunciato da arbitri che non siano stati nominati a norma dell’articolo 702; 5° se, dovendosi applicare la regola stabilita dall’art. 708, § 1, gli arbitri non abbiano decisa la controversia secondo le regole di diritto; 6° se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi, a pena di nullità, secondo le norme di procedura che gli arbitri dovevano seguire nel caso particolare; 7° se il lodo non contenga i requisiti indicati nell’articolo 711, numeri 3, 4, 5, e quello indicato dal numero 6, salvo il disposto del paragrafo secondo dello stesso articolo, ovvero non sia stato pronunciato nel territorio dello Stato.

<sup>4</sup> In proposito cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II, Foro italiano, Roma, 1951, p. 244.

<sup>5</sup> Cfr. VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli, 1947, p. 574.

<sup>6</sup> Cfr. SALVATORE SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1950, p. 564.

<sup>7</sup> In tal senso cfr. EDOARDO GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2, 1947, p. 259.

<sup>8</sup> Cfr. SALVATORE SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV-2, Vallardi, Milano, 1971, p. 327.

commento, che l'impugnazione per nullità non è un normale appello. L'autorità giudiziaria competente non è, infatti, investita della funzione – che è tipica del giudice di secondo grado – di riformare o confermare la sentenza impugnata davanti ad essa, bensì di procedere ad un controllo, effettuato sulla scorta di un tassativo e stretto catalogo di motivi, sull'eventualità della nullità del lodo. Sarebbe proprio ciò, secondo la dottrina maggioritaria, a costituire il principale fattore distintivo dell'impugnazione per nullità rispetto all'appello, che ha un mero effetto sostitutivo.

Considerata proprio la riferita natura di specialità della quale è contraddistinta l'impugnazione per nullità del lodo arbitrare, risulta allora più chiara l'insostenibilità delle ragioni addotte dalla parte resistente nella causa di cui in oggetto, attraverso le quali si tenta di dimostrare l'appellabilità della suddetta impugnazione a discapito della proposizione del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza del Tribunale vaticano, sul fondamento – come emerge dalla decisione in commento – del principio “*onus probandi incumbit ei qui asserit*”.

Tenendo presente la netta distinzione - come accennato in apertura di questo paragrafo - che corre tra i mezzi di gravame del lodo (contemplati dagli articoli 715-717 del codice di procedura civile vaticano) e quelli della sentenza del giudice che si pronuncia sull'impugnazione della decisione arbitrare (i quali seguono, invece, le regole sancite agli articoli 334-349 c.p.c.), vanno mosse alcune considerazioni che ribadiscono la inappellabilità di fondo dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrare. Esse vanno lette nell'ottica di un inquadramento sistematico e di un coordinamento delle stesse disposizioni processuali, richiamate dalla parte resistente, con lo speciale sistema di impugnazione del lodo arbitrare.

In particolare, si consideri che l'art. 372 c.p.c., richiamato per giustificare l'appellabilità dell'impugnazione del lodo e la sua non ricorribilità in cassazione, non prevede affatto la esplicita “dichiarazione di inappellabilità” delle decisioni che possano costituire oggetto di ricorso per cassazione<sup>9</sup>. E' invece determinante, al riguardo, la sussistenza di una dichiarazione espressa, che trovi cioè fondamento normativo in una apposita disposizione di legge.

L'ulteriore rilievo mosso dalla parte resistente – in base al quale nella causa *de qua* si sarebbe potuto seguire la normativa che disciplina il giudizio di primo grado – nulla dimostra neanche in ordine alle eventuali “peculia-

---

<sup>9</sup> Secondo l'art. 372 c.p.c. *possono essere impugate col ricorso per cassazione, per i motivi di cui all'articolo 373 e per gli effetti di cui all'art. 399, le sentenze e le ordinanze pronunciate dal giudice di appello e le sentenze e le ordinanze dichiarate dalla legge inappellabili, ad eccezione delle sentenze e delle ordinanze rese dal giudice unico in una lite il cui valore non superi lire cinquecento.*

rità o derogazioni” che connoterebbero la normativa sul giudizio di primo grado proprio in quanto giustificate da ragioni particolarissime proprie del giudizio di impugnazione per nullità del lodo.

Del resto, la speciale attribuzione della competenza al Tribunale vaticano avvalorata la debolezza dei ragionamenti condotti intorno ad un’asserita appellabilità dell’impugnazione per nullità della decisione arbitrale. Quest’ultimo organo giudiziario collegiale costituisce sede naturale di appello per ciò che concerne l’impugnazione per nullità di un lodo arbitrale e, di conseguenza, la sua decisione diviene logicamente inappellabile e, ovviamente, ricorribile per cassazione in virtù di quanto prescritto dall’art. 372 c.p.c.

### 3. *Il problema della competenza*

Dobbiamo ora domandarci quali siano le più convincenti ragioni sottese alla ‘speciale competenza’ del Tribunale vaticano in ordine all’impugnazione per nullità del lodo. Una certa rilevanza può assumere, a tal fine, anche un’indagine sulla determinazione della natura giuridica del lodo e dell’arbitrato nel contesto della giustizia vaticana.

La dottrina civilistica coeva al codice di procedura civile vaticano si è cimentata, per quanto interessa in questa sede, sulla questione del carattere del lodo e sul tipo di rapporto che intercorre con il decreto di omologazione. A tal proposito si rilevano due principali orientamenti di pensiero intorno al ruolo che riveste l’omologazione all’interno del procedimento arbitrale. Alcuni vi attribuiscono una funzione marginale ed accessoria nella qualificazione del lodo, che ora assume indole giurisdizionale ora, al contrario, contrattuale<sup>10</sup>.

Altri, viceversa, ravvisano nel decreto di omologazione un atto indispensabile ai fini dell’efficacia dello stesso lodo, con il quale peraltro intercorre un legame indissolubile (cf. art. 713, § 1, c.p.c., secondo cui *il lodo è dichiarato esecutivo [...] con decreto del giudice unico, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito in cancelleria del lodo medesimo*)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Sulla natura contrattuale del lodo, seppur dotato del decreto di omologazione, si vedano tra gli altri: GIUSEPPE CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, Zanichelli, Bologna, 1903, p. 49, nota 8, per il quale la decisione arbitrale *per sé non è né punto né poco atto giurisdizionale, non è dichiarazione di diritto, ma puro giudizio logico, che viene assunto come fondamento giuridico di un’azione tendente a un atto giurisdizionale e come presupposto di questo atto*; ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, Fratelli Bocca, Torino, 1906, p. 38 ss.; SALVATORE SATTA, *Contributo alla dottrina dell’arbitrato*, Vita e pensiero, Milano, 1931, p. 158 ss.

<sup>11</sup> In questo senso cfr. MOISE AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Utet, Torino, 1879, p. 31 ss.

Il punto di partenza dei ragionamenti svolti sulla natura giuridica del lodo si fonda comunque sul dato per cui la giurisdizione appartiene esclusivamente allo Stato: si tratta del richiamato principio del monopolio statale della giurisdizione. Poiché solamente un giudice dello Stato è legittimato dalla legge a giudicare ed avere piena cognizione delle controversie, ne consegue che la figura degli arbitri viene vista come un organo improprio di giurisdizione<sup>12</sup> e che la decisione arbitrale va sistematicamente collocata nell'ambito della giurisdizione statale proprio mediante il decreto di omologazione. In una siffatta concezione dell'arbitrato in generale, di tipo giurisdizionale puro<sup>13</sup>, gli arbitri assumerebbero la titolarità di pubbliche funzioni, il cui potere discenderebbe direttamente dalla legge. La loro nomina andrebbe intesa come un atto pubblicistico di designazione; il momento dell'accettazione dell'incarico comporterebbe la nascita di un dovere, di tipo pubblicistico, di decidere la controversia. Il lodo, pertanto, sarebbe - in tale ottica interpretativa - un atto di natura pubblicistica, la cui peculiarità sarebbe il suo assoggettamento ad un successivo e diverso atto, avente carattere di conferma.

Alla luce di quanto appena visto, si può affermare dunque che, non ideologicamente contrario ad affidare la funzione di risoluzione delle controversie a soggetti estranei all'organizzazione giudiziaria statale, il legislatore vaticano del 1946 abbia comunque assunto un atteggiamento di moderata apertura nei confronti dell'arbitrato, che viene assoggettato ad una marcata processualizzazione. In questa direzione, dopo averlo collocato nel terzo libro del codice (libro relativo ai procedimenti speciali) e non vietando agli stranieri - a differenza del codice di procedura civile italiano del 1940 - di assumere il ruolo di arbitri (art. 701, § 1, c.p.c., in base al quale *Tutti, anche se stranieri, possono essere nominati arbitri*), lo stesso legislatore vaticano fa sì che specificatamente il lodo venga convogliato nell'ambito della giustizia statale, con l'acquisizione, oltre all'efficacia esecutiva, anche di efficacia pari alla sentenza mediante il decreto di omologazione. Sul punto non desta alcuna perplessità l'art. 714 c.p.c., che recita: *In virtù del decreto, di cui all'articolo precedente, paragrafo 1, il lodo degli arbitri acquista la stessa efficacia delle*

---

<sup>12</sup> In tal modo si esprime LODOVICO MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Vallardi, Milano, 1923, p. 38 ss., secondo il quale il lodo non possiede in sé l'efficacia di sentenza, ma è soltanto con il decreto di omologazione che *la compilazione degli arbitri acquista la sua perfezione giuridica*.

<sup>13</sup> Cfr. VINCENZO GALANTE, *Sentenze arbitrali*, in *Digesto italiano*, XXI-2, Utet, Torino, 1891-1896, p. 658 ss.; PROSPERO FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Fiorenza, Palermo, 1908, p. 32; FERDINANDO UMBERTO DI BLASI, *L'arbitrato nel diritto processuale*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1932, 1, c. 701 ss.; ENZO CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1957, p. 20; SALVATORE BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Jovene, Napoli, 2005, p. 27.



*sentenze rese dall'autorità giudiziaria, a norma delle disposizioni del libro primo di questo codice, titolo sesto, capo nono.*

A favore della complessiva natura giurisdizionale dell'arbitrato vaticano è, inoltre, la disposizione del codice – già in precedenza richiamata – da cui emerge chiaramente l'obbligo degli arbitri di effettuare il deposito del lodo entro quindici giorni dalla pronuncia, pena la multa fino a lire mille (art. 712 c.p.c.).

Se allora si prende in debita considerazione l'influenza che ha esercitato sull'impianto complessivo del procedimento arbitrale vaticano l'impostazione dogmatica di tipo giurisdizionalista, si può tentare di comprendere la logica sistematica di determinare nel Tribunale l'*autorità giudiziaria ordinaria* (in tal senso si esprime l'art. 715, § 1, c.p.c.) chiamata a conoscere dell'impugnazione avverso un lodo.

In particolare, l'inscindibilità che sussiste tra decreto di omologazione del giudice unico e lodo<sup>14</sup> giustifica la competenza del Tribunale vaticano sul ricorso proposto avverso il suddetto decreto o anche *contro il rifiuto del giudice unico a pronunziarlo* (art. 713, § 2, c.p.c.). Come ribadisce l'art. 714 c.p.c., è unicamente per il tramite del decreto di *exequatur* del giudice unico che la decisione arbitrale può essere equiparata alle sentenze emanate dall'autorità giudiziaria.

#### 4. *L'analisi comparatistica*

L'analisi comparatistica, da sempre costituente una palestra di antiformalismo e una lezione di storia, suggerisce di volgere lo sguardo oltre il quadro normativo vaticano. Ci limiteremo a trattare, *per apices*, il regime di impugnabilità della decisione arbitrale in alcuni di quei Paesi stranieri, in cui vigevano e vigono disposizioni che attribuivano e/o attribuiscono espressamente al lodo l'idoneità a produrre la cosa giudicata. È il caso degli ordinamenti francese, belga e spagnolo, mentre il Brasile, l'Austria e la Germania gli assegnavano e continuano ad assegnarvi i medesimi effetti della sentenza statale. Al riguardo, è interessante notare la differenza che contraddistingue

---

<sup>14</sup> Di particolare interesse in ordine al legame peculiarissimo che intercorre tra decisione arbitrale e decreto di omologazione è la ricostruzione operata da autorevole dottrina, ad avviso della quale il lodo, autonomamente considerato, consiste di un atto complesso ed ineguale, in quanto costituito da due atti disomogenei, che sono appunto la decisione arbitrale e il decreto di *exequatur*. Essi provengono da un giudice - nel caso specifico dell'ordinamento vaticano dal giudice unico - costituito dalla "somma" o "fusione" degli arbitri e del pretore (cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *L'arbitrato estero*, in *Rivista di diritto processuale*, 1916, p. 374 ss.).

gli ordinamenti germanici – ed in specie la legislazione austriaca e tedesca – da quelli di stampo francese. Mentre all'interno di questi ultimi la decisione arbitrale si può considerare perfezionata, quanto ad effetti giuridici, soltanto all'esito di un positivo controllo ad opera di un organo giudiziario ordinario a ciò previsto appositamente dalla legge, nel sistema germanico – viceversa – il lodo acquista tendenzialmente efficacia di atto giurisdizionale dal momento della sua pronuncia, fatta salva la riserva dei mezzi di impugnazione proponibili a seconda del caso concreto.

In particolare, con riguardo all'ordinamento processuale vigente in Germania, l'arbitrato viene regolamentato dal libro X della *Zivilprozessordnung* (ZPO), denominato “*Schiedsrichterliches Verfahren*” (ossia “Processo arbitrale”) agli artt. 1025-1066<sup>15</sup>. L'arbitrato in Germania è stato oggetto di una significativa riforma nel 1998 ispirata dalla legge modello *Uncitral* sull'arbitrato commerciale internazionale. Anche per quanto riguarda l'Austria, l'arbitrato viene disciplinato nella *Zivilprozessordnung* austriaca (öZPO), all'interno del libro IV, agli artt. 577-618<sup>16</sup>. Per quel che qui interessa, si può osservare che il lodo austriaco rispetto a quello tedesco conserva una propria caratteristica, che consiste nella sua automatica efficacia esecutiva, non necessitando di alcun *exequatur* da parte del giudice statale. Occorre precisare che il lodo tedesco diviene titolo esecutivo solo se dichiarato tale dal giudice ordinario<sup>17</sup>. A parte questo tratto distintivo, peraltro, avverso la decisione arbitrale viziata in entrambi gli ordinamenti è ammissibile il ricorso per annullamento, che va proposto entro tre mesi dalla comunicazione del lodo. Nel sistema arbitrale tedesco, in cui come detto esiste il procedimento di omologazione del lodo, è inoltre consentito anche l'annullamento della pronuncia degli arbitri nel corso del giudizio di *exequatur* del lodo stesso.

In Francia si registra per altro verso, sin dalla vigenza del codice di procedura civile del 1806, un atteggiamento di forte resistenza nei confronti dell'i-

---

<sup>15</sup> Per approfondimenti cfr. WALTHER JAKOB HABSCHIED, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 1998, p. 175 ss.; ELENA D'ALESSANDRO, *Il giudizio di annullamento del lodo arbitrale nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del 1998*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 563 ss.; VALERIO SANGIOVANNI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel diritto tedesco*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 581 ss.; *Id.*, *Il lodo arbitrale nel diritto tedesco*, in *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 437 ss.; KARL HEINZ SCHWAB, GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck Helbing & Lichtenhahn, München, 2005; LEO ROSENBERG, KARL HEINZ SCHWAB, PETER GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2010, p. 1019 ss.

<sup>16</sup> I richiamati articoli sono stati interessati da una recente riforma entrata in vigore nel 2006. Sul punto cfr. CHRISTIAN ASCHAUER, *Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, p. 237 ss.; WALTER RECHBERGER, *Das neue österreichische Schiedsrecht*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2006, p. 261 ss.

<sup>17</sup> Cfr. WALTHER JAKOB HABSCHIED, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, cit., p. 187 ss.

stituito arbitrale<sup>18</sup>. Stando al tenore delle disposizioni codiciali dell'epoca, il lodo acquistava efficacia esecutiva mediante l'ordinanza di *exequatur* del Tribunale di prima istanza. L'obbligo di depositare il lodo presso la cancelleria del riferito Tribunale (che incombeva in capo ad uno degli arbitri) non rivestiva contenuti di ordine pubblico e la sua inosservanza non comportava, di conseguenza, la nullità dell'atto. Ciò significa che la stessa omologazione non costituiva una *conditio sine qua non* dell'autonoma esistenza giuridica del lodo. La regola del sistema dei mezzi di gravame era rappresentata, da un lato, dall'appellabilità del lodo; dall'altro dalla previsione dell'opposizione di parte avverso l'ordinanza di *exequatur* del tribunale. Era altresì contemplata dalla giurisprudenza l'impugnazione dell'"*appel-nullité*", finalizzata alla tutela della parte soccombente che avesse voluto sindacare il lodo per motivi di contrasto con l'ordine pubblico o per manifesto denegato diritto di difesa. Nel codice di procedura civile in vigore il legislatore francese ha stabilito, a differenza dal codice del 1806, l'idoneità della decisione arbitrale a costituire cosa giudicata sin dal momento della sua emanazione. Ciò al fine di dirimere le questioni interpretative riguardanti, sotto la vigenza del precedente codice, l'interrelazione esistente tra autorità di cosa giudicata, omologazione e impugnabilità del lodo. Viene in tal modo sancita in maniera espressa la proponibilità dei mezzi di gravame della decisione arbitrale a partire dalla sua emanazione. Si assiste, pertanto, al fenomeno per cui l'inutile decorso temporale per la proposizione dei rimedi ordinari di impugnazione fa sì che acquisti definitività l'autorità di cosa giudicata del lodo, soltanto provvisoria nel momento della sua formazione. Mentre, sotto il versante dell'efficacia esecutiva del medesimo, va osservato che essa è condizionata dalla concessione dell'ordinanza di omologazione da parte del Tribunale di grande istanza, all'esito di un procedimento a contraddittorio imperfetto<sup>19</sup>. In tale sistema gli strumenti ordinari di impugnazione, che possono essere utilizzati avverso il lodo<sup>20</sup>, sono rappresentati dal ricorso per annullamento e – ove consentito espressamente – dall'appello; non è ammesso il ricorso in cassazione.

---

<sup>18</sup> L'arbitrato fu infatti relegato alla fine del codice francese di rito civile del 1806, agli artt. 1003-1028, in omaggio alla concezione strettamente legalista e alla visione centralista del potere e della funzione giurisdizionale. Per approfondimenti al riguardo cfr. THOMAS CLAY, *Une erreur de codification dans le code civil: les dispositions sur l'arbitrage* nel vol., 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, p. 693 ss.

<sup>19</sup> Cfr. GIOVANNI BONATO, *La nozione e gli effetti della sentenza arbitrale nel diritto francese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 669 ss.

<sup>20</sup> Ci si riferisce in questa sede al lodo interno così come regolamentato nel codice di procedura civile francese. Cfr., in materia, VIVIANA AMOROSI, *L'impugnazione per nullità della sentence arbitrale nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 104 ss.

Volgendo l'attenzione al contesto ordinamentale belga<sup>21</sup>, viene in rilievo il ruolo ricoperto dal Tribunale di prima istanza in materia di impugnazione del lodo<sup>22</sup>. Tale organo giudiziario, in composizione collegiale, è infatti competente per quanto riguarda la cognizione sul *recours en annulation* – che è assimilabile all'impugnazione per nullità così come prevista dal codice di procedura civile vaticano –, a meno che le parti abbiano optato, nella convenzione d'arbitrato, per la proposizione dell'appello davanti ad altro collegio arbitrale.

Per quanto riguarda la Spagna, le fonti normative in materia di arbitrato, sostanzialmente coeve al codice di procedura civile vaticano e attualmente vigenti, sono rispettivamente costituite dalla *Ley de Arbitraje de Derecho privado* del 22 dicembre del 1953 e dalla *Ley de Arbitraje (LA)* n. 60 del 23 dicembre 2003, modificata dalla *Ley* n. 11 del 20 maggio 2011<sup>23</sup>.

Anche nell'ordinamento spagnolo è prevista la proponibilità nei confronti del lodo di un' "azione di annullamento" dinanzi al *Tribunal superior de justicia* della Comunità autonoma del luogo in cui è pronunciata la decisione arbitrale. Tale azione va esercitata entro due mesi dalla comunicazione del lodo alle parti ad opera degli arbitri e per i motivi tassativamente indicati nell'art. 41 *LA*. L'autorità giudiziaria, chiamata a decidere sull'impugnazione del lodo, può rilevare d'ufficio i vizi dell'atto, di cui alle lettere b), e) ed f) del menzionato art. 41, tra cui si riscontrano anche i casi di grave violazione del contraddittorio, di non compromettibilità della controversia e della contrarietà con l'ordine pubblico. Tali vizi possono essere sindacati anche dal pubblico ministero, che in base alla normativa detiene la legittimazione ad impugnare *en defensa de un interés público que requiere de tutela*. Circa il momento della produzione di efficacia della decisione arbitrale, mancando

---

<sup>21</sup> Le disposizioni relative all'arbitrato, inizialmente introdotte con la legge del 4 luglio 1972, sono contenute nella parte sesta del *code judiciaire*. Dopo un primo e limitato intervento normativo nel 1985, esse sono state oggetto di una riforma di più ampio respiro, avvenuta con la legge 19 maggio 1998, che ha confermato la scelta per un sistema di tipo monista, non distinguendo tra arbitrato interno e internazionale. La prima disposizione che il codice dedica al lodo è contenuta nell'art. 1699, secondo cui *le tribunal arbitral statue définitivement ou avant dire droit par une ou plusieurs sentences*. Si distinguono, quindi, le *sentences arbitrales définitives* dalle *sentences arbitrales avant dire droit*: le prime sono quelle che decidono il merito, oppure anche una sola questione pregiudiziale o preliminare, con le quali gli arbitri esauriscono il loro potere decisorio in relazione alla questione o alla domanda decisa; le seconde hanno ad oggetto la risoluzione di questioni aventi carattere ordinatorio o istruttorio e non impediscono agli arbitri di riesaminare la questione già decisa.

<sup>22</sup> Cfr. BERNARD HANOTIAU, OLIVER CAPRASSE, *L'annulation des sentences arbitrales*, in *Journal des tribunaux*, 2004, p. 417 ss.; GILBERTE CLOSSET-MARCHAL, *Le juge étatique et l'instance arbitrale*, in *Journal des tribunaux*, 2010, p. 245 ss.

<sup>23</sup> Cfr. per gli sviluppi PILAR PERALES VISCASILLAS, *La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, in *Arbitraje. Revista de Arbitraje Commercial y de Inversiones*, 2011, p. 667 ss.

la previsione inerente ad un suo procedimento di omologazione, sin dalla emanazione del lodo si verificano – secondo le disposizioni attuali – gli effetti della cosa giudicata, qualificandosi in tal modo sia la *revisión* sia l'*acción de anulación* in termini di strumenti di impugnazione di una pronuncia avente a tutti gli effetti autorità di cosa giudicata.

Nell'ordinamento processuale brasiliano, infine, da un'analisi del pre- vigente impianto codicistico del 1939 emergono due fondamentali caratteri dell'arbitrato utili ai fini della presente indagine. Si ravvisa, infatti, la mancanza di un'apposita regolamentazione sulla clausola compromissoria e, al contempo, l'indispensabilità del procedimento di omologazione della decisione arbitrale, la quale va depositata presso la cancelleria del giudice competente entro cinque giorni dalla sua emanazione. Solamente mediante l'avvenuto *exequatur* venivano conferite al lodo efficacia ed autorità pari a quelle di una sentenza statale. La successiva legge federale n. 9307 del 23 settembre 1996 in materia di arbitrato ha viceversa previsto in maniera espressa l'istituto della clausola compromissoria e, al contrario di quanto avveniva in precedenza, non contempla più il procedimento di omologazione del lodo, in quanto conferisce a quest'ultimo gli stessi effetti di una decisione statale direttamente dal momento dell'emanazione<sup>24</sup>. A tutela della parte soccombente la normativa attuale disciplina, inoltre, uno specifico rimedio volto ad azionare la nullità del lodo. Si tratta del procedimento che riguarda l'istanza finalizzata alla sua dichiarazione di nullità, che va proposta entro 90 giorni dalla notificazione della decisione arbitrale *all'organo giudiziario competente* (così, esplicitamente, l'art. 33 della richiamata legge del 1996) ed è denominata *ação de decretação da nulidade da sentença arbitral*.

##### 5. Nel merito dell'impugnazione del lodo

Possono essere di ausilio alla comprensione delle ragioni per cui è proprio il Tribunale a esser competente dell'impugnazione di una decisione arbitrale, oltre a motivazioni di carattere sistematico incentrate sull'indole giuridica del lodo, anche un'indagine storica vertente sull'evoluzione dell'ordinamento giudiziario vaticano e, in ispecie, sulle ragioni strettamente pratiche che la giustificano.

Emerge la costante presenza nello Stato pontificio, fin dai suoi albori, di

---

<sup>24</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 4-12; SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *A sentença arbitral*, in *Justitex*, 2003, n. 15, p. 58 ss.

una molteplicità di organi giudiziari<sup>25</sup>. Per un verso, le controversie la cui cognizione spettava naturalmente al foro laicale rientravano, per quel che riguarda la prima istanza, nella sfera di competenza dei c.d. giudici singolari o unici, nonché dei Tribunali civili e criminali a composizione collegiale.

Per altro verso, per quanto maggiormente interessa in questa sede, va rilevato che, per le ulteriori istanze di giudizio, anche la giurisdizione civile rientrava nella riserva di competenza propria dei due Tribunali della sede apostolica, ossia la Rota romana e la Segnatura. Essi, infatti, riunivano in sé le funzioni di superiori organi giudiziari ecclesiastici e statali in campo civile. Nonostante tale ordine di cose nell'organizzazione dell'amministrazione della giustizia patisse un primo significativo cambiamento con la cessazione dell'esercizio della giurisdizione pontificia secolare<sup>26</sup>, continuava a permanere, all'interno del generale sistema delle impugnazioni delle decisioni giudiziarie, la menzionata riserva del Tribunale della rota romana e del Supremo tribunale della segnatura apostolica<sup>27</sup>, con eccezione della cognizione attribuita in seconda istanza al Tribunale, a composizione collegiale, delle cause decise dal Giudice Unico.

Dopo poco tempo dalla costituzione del nuovo Stato vaticano, il pontefice Pio XI, con il *motu proprio* "Al fine" del 21 settembre 1932<sup>28</sup>, provvide alla elaborazione di una legge organica sull'ordinamento giudiziario e di un codice di procedura civile, anche mediante la creazione provvisoria di due commissioni deputate a decidere le controversie civili a carattere patrimoniale o economico di competenza del foro ecclesiastico e quelle civili di competenza del foro laicale. In materia penale, invece, conservavano la propria cognizione i tribunali regolati dalla *Legge fondamentale* del 1929<sup>29</sup>. Tali riforme

---

<sup>25</sup> Cfr. PAOLO DALLA TORRE, *L'opera riformatrice ed amministrativa di Pio IX fra il 1850 e il 1870*, Ave, Roma, 1945.

<sup>26</sup> In particolare, venne prevista la figura monocratica del giudice unico per le controversie di modico valore riguardanti la materia civile e quella del giudice delle contravvenzioni, competente nelle cause penali. Giudice a composizione collegiale di prima istanza era il Tribunale, competente nelle questioni civili e penali. Sul punto cfr. legge 7 giugno 1929 n. I, definita "Legge fondamentale della Città del vaticano", e legge n. II, definita "Legge sulle fonti del diritto", emanate con *motu proprio* di Pio XI: tali leggi vennero pubblicate sul Supplemento degli *Acta Apostolicae Sedis* [cfr. *Acta Apostolicae Sedis, Supplemento*, 1, 1929, n. 1, 8 giugno 1929, pp. 1-4 e pp. 5-13]. Per spunti dottrinali sull'argomento cfr. FEDERICO CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Libreria editrice vaticana, Firenze, 1932, p. 145 ss.

<sup>27</sup> Alla Rota Romana era riservato l'appello delle decisioni giudiziarie di prima istanza, mentre il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica era competente circa il ricorso straordinario, in base alla normativa sancita dal diritto canonico, nei casi di annullamento di una sentenza per errori di procedura o di *restitutio in integrum*.

<sup>28</sup> *Acta Apostolicae Sedis*, 24, 1932, pp. 332-334.

<sup>29</sup> Cfr. PIO CIPROTTI, *Leggi e tribunali* nel vol., *Vaticano*, a cura di GIOVANNI FALLANI, MARIO ESCOBAR, Sansoni, Firenze, 1946, p. 363 ss.

me si attuarono con papa Pio XII, il quale, con *motu proprio* “Con la legge” del 1° maggio 1946, provvide all’emanazione dell’ordinamento giudiziario e del vigente codice di procedura civile<sup>30</sup>.

Conseguenza dell’opera riformatrice pacelliana è una strutturazione della giustizia vaticana molto simile al modello dell’ordinamento giudiziario italiano<sup>31</sup>. L’art. 1 dell’ordinamento giudiziario del 1946, infatti, ridisegna l’organigramma della giurisdizione, sia civile che penale, secondo il seguente schema che vede, partendo dalla base per arrivare all’apice, i seguenti organi: il giudice unico, che ricalca la figura in Italia del pretore, con competenza civile e penale; il Tribunale, sempre con competenza civile e penale; la Corte di appello; la Corte di cassazione.

È stato autorevolmente osservato che *con la normativa degli anni 40 è stato soppresso il Giudice delle contravvenzioni* ed è stato, invece, conservato il *Giudice unico*<sup>32</sup>, con le competenze sopra menzionate.

Inoltre, *al Tribunale è stata anche confermata la competenza sia civile che penale [...], con il cumulo delle attribuzioni sia del Tribunale che della Corte d’assise dell’ordinamento italiano*<sup>33</sup>. In proseguio di tempo la competenza penale del Tribunale è stata estesa alle rogatorie, deliberazioni ed estradizioni.

Va notato che permane la competenza del Tribunale intorno alle controversie decise dal giudice unico. In materia arbitrale ciò si riflette esplicitamente, in virtù dell’art. 713, § 2, c.p.c., nella previsione di ricorribilità al Tribunale avverso il decreto del giudice unico che dichiara esecutivo il lodo o avverso il rifiuto del medesimo giudice unico a pronunciare tale decreto.

Il codice di procedura civile vaticano, come già visto più sopra, agli artt. 334 e seguenti ha altresì provveduto a sistematizzare un nuovo e diverso impianto inerente ai rimedi impugnatori, ponendo specifica attenzione al controllo di legittimità operato dalla Corte di cassazione.

Non è tuttavia da trascurare la portata di una ragione squisitamente pratica di tali competenze, costituita dalla “peculiare struttura” degli uffici del giudice unico e del Tribunale, ai quali è previsto che siano destinati magistrati nominati senza scadenze temporali, tanto deporrebbe per un peculiare *favor*, da parte dell’ordinamento giudiziario del 1946, per il Tribunale

---

<sup>30</sup> *Acta Apostolicae Sedis* 38, 1946, pp. 170-172.

<sup>31</sup> Cfr. PIO CIPROTTI, *Qualche particolare aspetto dell’attività giudiziaria nello Stato della Città del Vaticano* nel vol., *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii card. Sabattani*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1984, p. 591 ss.; JOHANNES RITTER, *L’evoluzione delle strutture giuridiche e di governo dello Stato della Città del Vaticano*, Pontificia Accademia di S. Tommaso, Roma, 1988, p. 83 ss.

<sup>32</sup> Cfr. NICOLA PICARDI, *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Cacucci, Bari, 2009, p. 110.

<sup>33</sup> Cfr. *ivi*, p. 111.

a conoscere anche di impugnazioni – come è quella contro l'annullamento di un lodo arbitrale – avverso una decisione avente come proprio oggetto un accordo tipicamente negoziale posto in essere da parti private, accordo bisognoso in quanto tale perciò di un formale vaglio giurisdizionale che confermi il rispetto dei crismi di legalità così come imposti dall'ordinamento.

## 6. Considerazioni di sintesi

In una cornice di sintesi mirata e onnicomprensiva va detto che molteplici sono le ragioni di fondo in grado di dar corpo, spiegandola, alla speciale competenza del Tribunale vaticano nella soggetta materia.

Si tratta, a ben vedere, di ragioni scaturenti sia dalla specificità sul piano logico e sistematico, che caratterizza il procedimento arbitrale all'interno dell'ordinamento vaticano sia dalla natura giuridica dello stesso istituto arbitrale, nonché del lodo così come concepiti sempre dal legislatore vaticano, sia dall'evoluzione storica che ha interessato l'odierna organizzazione giudiziaria, oltre che da esigenze squisitamente pratiche, legate alle modalità di composizione e di funzionamento dei vari organismi in essa ricompresi.

Si pensi in primo luogo all'obbligatorietà dell'omologazione del lodo ad opera del giudice unico, in ossequio al principio del monopolio statale della giurisdizione, che fa sì che la decisione arbitrale non abbia di per sé autonomia quanto ad effetti processuali e che pertanto, anche quando venga impugnata per eventuale nullità, debba soggiacere alla “naturale” e “speciale” competenza dell'organo giurisdizionale gerarchicamente superiore. Solo in questo quadro sistematico il gravame in parola può propriamente intendersi quale procedimento di unico grado, avente l'esclusiva finalità di privare *ex tunc* la decisione arbitrale di efficacia giuridica. Non si è in presenza di un vero e proprio appello in quanto il Tribunale non detiene la funzione, tipica del giudice di seconda istanza, di riformare o confermare la decisione impugnata, ma è chiamato piuttosto ad effettuare un'attività di controllo sulla invocata nullità del lodo. Tale controllo, peraltro, è strettamente vincolato al tassativo elenco di motivi che contraddistingue l'impugnazione per nullità.

In secondo luogo, proprio la speciale attribuzione di competenza al Tribunale circa l'impugnazione per nullità del lodo risulta essere la cartina di tornasole idonea a spiegare coerentemente l'utilizzo, in luogo dell'appello, del rimedio del ricorso per cassazione avverso la sentenza emanata al riguardo da parte del giudice collegiale di primo grado.

Senza tema di ripeterci, desideriamo riaffermare che è la stessa evoluzione delle strutture e degli organi dell'ordinamento giudiziario vaticano, non



disgiunta dalle lumeggiate esigenze pratiche attinenti alla struttura degli uffici giudiziari considerati, a condurre a spezzare una lancia in favore dell'attribuzione di competenza giurisdizionale al Tribunale sull'impugnazione della decisione arbitrale, nonché a costituire ulteriori elementi chiarificatori a sostegno della possibilità di avvalersi, *omisso medio*, del ricorso per cassazione avverso la sentenza del Tribunale con cui viene rigettato il gravame di nullità del lodo.

*«In merito agli idonei strumenti per il perseguimento dei fini statuari della Fondazione per i Beni e le Attività artistiche della Chiesa. Con particolare riguardo ai profili giuridici in materia fiscale e tributaria».*

MARIO GINESTRA

La Fondazione per i Beni e le Attività artistiche della Chiesa -ente senza fini di lucro avente personalità giuridica pubblica canonica e civile- ha quale predominante fine Statuario la collaborazione col Pontificio Consiglio della Cultura, a cui peraltro è affidata, nella realizzazione dei fini istituzionali.

Sin dalle prime righe della Premessa contenuta nello Statuto<sup>1</sup> appare palese il fine, peraltro già contenuto nel *Rescriptum*, a cui la Fondazione deve attenersi; indicativo il preciso richiamo alla sollecitudine pastorale del Pont. Giovanni Paolo II<sup>2</sup> nel delineare la “nobili attività” a cui è deputata.

Il legislatore italiano prevede la deducibilità dal reddito per le erogazioni liberali a favore di persone giuridiche che perseguono, tra le altre «finalità di culto» (*Catholica Ecclesia et Apostolicae Sedes moralis personae rationem habent ex ipsa ordinazione divina*); la normativa dispone la deducibilità dal reddito d'impresa delle «erogazioni liberali a favore di persone giuridiche che perseguano esclusivamente specifiche finalità tra le quali rientrano anche quelle di culto».

Nel caso in cui il soggetto sia di diritto straniero, è necessario che i requisiti essenziali per il riconoscimento della personalità giuridica (statuto, iscrizione ad un apposito registro, etc.) siano conformi a quelli richiesti dalla legislazione italiana.

Nell' ipotesi in cui il beneficiario sia un ente di diritto vaticano, peraltro, il possesso della personalità giuridica viene confermato per effetto del solo provvedimento canonico di erezione o di approvazione dell'ente ecclesiasti-

---

<sup>1</sup> Cfr. Statuto Fondazione per i Beni e le Attività artistiche della Chiesa, *Rescriptum ex audentia Ss.mi*, SdS 21 ottobre 2004.

<sup>2</sup> Costituzione Apostolica “Pastor Bonus”, 28 giugno 1988 e M.P. “*Inde a Pontificatus Nostri initio*” 25 marzo 1993.

co<sup>3</sup>. Tale provvedimento «vale a conferire all'ente ecclesiastico un ulteriore connotato giuridico di esclusiva valenza italiana (la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto) che presuppone il possesso di personalità giuridica.(...) La personalità di diritto canonico è portatrice di effetti diretti nel nostro ordinamento, in adempimento alle norme speciali pattizie concordatarie pur dopo la revisione di cui all'Accordo 18 febbraio 1984, ratificato con legge 20 maggio 1985, n. 206, che si fondano sul recepimento del nostro sistema dei principi giuridici di quell'ordinamento in tema di conferimento di personalità. (...) Conseguentemente, si ritiene che ai siffatti enti vaticani spetti senza riserve la prospettata equiparazione alla nozione interna di personalità giuridiche»<sup>4</sup>.

La personalità di diritto canonico rilevante per l'ordinamento italiano può peraltro essere acquisita, oltre che con provvedimento canonico di erezione, anche per disposizione normativa.

È questo il caso della Chiesa cattolica e della Santa Sede, che ai sensi del canone 113 del C.I.C. « sono persone morali in forza della stessa disposizione divina» ... nella nozione di Santa Sede rientra anche il Romano Pontefice, secondo cui « Col nome di Sede Apostolica o Santa Sede si intendono nel codice non solo il Romano Pontefice, ma anche, se non risulta diversamente dalla natura della questione o dal contesto, la Segreteria di Stato, il Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa e gli altri Organismi della Curia Romana»<sup>5</sup>.

Nel caso in esame, il sistema di rapporti giuridici tra l'ordinamento della Repubblica Italiana e lo Stato Città del Vaticano sottrae da ogni ombra di dubbio, a mente dell' art. 2 del Regolamento di esecuzione della legge 20 maggio 1985, n. 222, in ragion del quale il provvedimento canonico d'erezione o di approvazione dell' ente ecclesiastico è elemento necessario e sufficiente per asseverare la soggettività di diritto; a quest'ultimo elemento si aggiungono i requisiti oggettivi che documentano l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche italiane con piena equiparazione con la categoria statutale<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. art. 2 del Regolamento di esecuzione della legge 20 maggio 1985, n. 222, approvato con d.P.R. 13 febbraio 1987 n. 33, recante «*disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*», deve essere allegato alla domanda di riconoscimento dell'ente che voglia assumere in Italia la sede legale.

<sup>4</sup> Cfr. R.M. n. 7699/E del 17 giugno 1996, interpretativa dell'art. 65, comma 2 del T.U.I.R.

<sup>5</sup> Cfr. can. 361 C.I.C.

<sup>6</sup> Cfr. R.M. 17 giugno 1996, n. 99/EE. La Fondazione «*Centesimus Annus – Pro Pontifice*», nella persona del suo legale rappresentante, ha chiesto chiarimenti in merito alla deducibilità sotto il profilo fiscale delle contribuzioni liberali da parte delle aziende italiane nei confronti della Fondazione... Tanto premesso, viene chiesto di precisare se sia applicabile nei confronti dei titolari di redditi di

Al fine di realizzare compiutamente gli scopi Statuari, uno degli Strumenti più consolidati è la comunicazione esterna attraverso eventi (mostre, rassegne, conferenze, restauri, concerti, etc.) che, come ormai prassi diffusa, vengono realizzati grazie alla sponsorizzazione di enti pubblici o privati che, sebbene talvolta distanti dalla propria area d'interesse istituzionale ed economico, mostrano particolare attenzione alla divulgazione della cultura per la maggiore fruizione.

Tuttavia a mente delle disposizioni in materia fiscale e tributaria, vigenti nel territorio della Repubblica Italiana, i mecenati delle anzidette iniziative son poco incoraggiati dal sistema fiscale.

Così di sovente gli sponsor sono condotti a sostenere la *mission* della Fondazione, per mera filantropia, obiettivi d'immagine positiva associata all'evento o per ragioni di pubbliche relazioni.

D'altra parte alla Fondazione quale ente non lucrativo, è vietato perseguire con forme commerciali la propria attività.

Come è noto, l'ente fondazionale può amministrare il proprio patrimonio solo per i fini statuari e secondo una logica restitutiva.

A tal fine interviene una soluzione mediata che, pur facendo salvi i principi ed il *modus operandi* statuari della Fondazione, può sollecitare maggiormente gli sponsor<sup>7</sup>.

Relativamente al trattamento fiscale delle erogazioni liberali effettuate da imprese italiane a favore della "*Fondazione per i Beni e le Attività Artistiche*

---

impresa l'art. 100, comma 2. A), del T.U.I.R., per le erogazioni liberali effettuate in favore della Fondazione nonché quale debba essere il regime impositivo ordinario riguardante la Fondazione stessa in quanto ente di diritto vaticano non avente in Italia né la sua sede legale o amministrativa né la sede principale del suo oggetto istituzionale. Peraltro appare consolidato l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione che - in ragione dell'art. 16 delle disposizioni preliminari del C.C. (...«alle persone giuridiche straniere è concessa un'istituzional eparità di principio con quelle italiane» - è orientata a ritenere di riferimento le prescrizioni dell'ordinamentogiuridico di provenienza dell'ente straniero al fine di valutare la tipologia e la regolarità dell'ente ( Cfr. Cass. 14 aprile 1980, n. 2414).

Nel caso di un ente di diritto vaticano, i requisiti sono soddisfatti dal regime pattizio che traslano gli effetti direttamente nell'ordinamento italiano - fatte salve le richiamate formalità - e, pertanto, viene quindi applicato il regime tributario dell'art. 154 T.U.I.R. per gli enti non commerciali.

<sup>7</sup> Non si ignora l'invalsa pratica per cui, nell'ipotesi di progettazione d'un evento, l'ente-fondazione pur mantenendo il proprio ruolo propulsore e direttivo - senza mai intrattenere rapporti fiscali diretti con gli agenti diretti allo svolgimento (officine grafiche, ditte pubblicitarie, società servizi, assicurazione, etc.) - ripartisce le spese sui budgets degli sponsor e così mediando tra sponsor e ditte appaltatrici delle evento.

Di conseguenza, secondo tale espediente, la ditta fatturatrice intratterrà un rapporto finanziario diretto con lo sponsor.

Questa diffusa soluzione è assai rischiosa, perché realizza una cosiddetta "manovra elusiva" che pone a repentaglio di verifica da parte dell'amministrazione finanziaria non solo l'ente beneficiario ma anche lo sponsor che dovrà, non senza difficoltà, giustificare e provare l'entità della sponsorizzazione.

della Chiesa” avente sede nello Stato della Città del Vaticano, la fondazione oggetto del quesito ha lo scopo di valorizzare e promuovere i beni e le attività artistiche della Chiesa.

Il trattamento fiscale delle erogazioni liberali effettuate dalle imprese è regolato da due norme, entrambe operanti in modo alternativo a scelta del contribuente, che sono:

l'articolo 100 comma 2 del T.U.I.R.;

l'articolo 14 del D.L. n. 35 del 14 marzo 2005.

La deduzione spetta a condizione che il versamento di tali erogazioni sia eseguito tramite banca o ufficio postale ovvero mediante gli altri sistemi di pagamento previsti dall'articolo 23 del D.Lgs 9/07/1997 n. 241.

In particolare, l'articolo 100 comma 2 del T.U.I.R. prevede diverse tipologie di erogazioni liberali ma, in base all'attività istituzionale perseguita dalla fondazione oggetto della trattazione, quelle in concreto riferibili alla stessa sono quelle previste alle lettere *f*) e *m*) del comma 2 dell'articolo 100 del T.U.I.R., che prevedono la deducibilità al 100%:

*f) delle “erogazioni liberali in denaro a favore dello Stato, di enti o istituzioni pubbliche, di fondazioni e di associazioni legalmente riconosciute che senza scopo di lucro svolgono o promuovono attività di studio, di ricerca e di documentazione di rilevante valore culturale e artistico, effettuate per l'acquisto, la manutenzione, la protezione o il restauro delle cose indicate nell'articolo 2 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 e nel decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409, ivi comprese le erogazioni effettuate per l'organizzazione di mostre e di esposizioni, che siano di rilevante interesse scientifico o culturale, delle cose anzidette, e per gli studi e le ricerche eventualmente a tal fine necessari.”;*

*m) delle “erogazioni liberali in denaro a favore dello Stato, delle regioni, degli enti locali territoriali, di enti o istituzioni pubbliche, di fondazioni e di associazioni legalmente riconosciute, per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali e per la realizzazione di programmi culturali nei settori dei beni culturali e dello spettacolo.”.*

L'Agenzia delle Entrate si è espressa in merito alla concreta applicabilità dell'articolo 100 comma 2 del T.U.I.R. anche alle fondazioni estere, con due risoluzioni che vengono di seguito brevemente illustrate:

- R.M. 17 giugno 1996 n. 99/E

La risoluzione riguarda il caso di una fondazione, con sede nello Stato della Città del Vaticano, eretta in persona giuridica canonica e in persona giuridica civile (come nel caso oggetto di analisi) e iscritta al registro delle persone giuridiche presso il Governatorato, che chiede se le contribuzioni liberali ricevute da imprese italiane siano deducibili da parte di tali aziende

ai sensi dell'attuale art. 100 co. 2 lettera *a*) del T.U.I.R..

Il fine della fondazione oggetto della risoluzione ministeriale è diverso rispetto al fine della fondazione di cui si tratta (essendo nella fondazione oggetto della risoluzione quello di religione, culto e beneficenza); ne consegue che la circolare citata prende in considerazione la lettera *a*) dell'art. 100 co. 2 del T.U.I.R. (che regolamenta infatti le erogazioni liberali effettuate a favore di persone giuridiche che perseguono tali finalità).

Per quanto qui interessa rilevare, è opportuno evidenziare che l'Agenzia delle Entrate, nella circolare in commento, evidenzia la consolidata posizione della Corte di Cassazione che, al fine di rendere applicabile l'articolo 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui "*alle persone giuridiche straniere è concessa un'istituzionale parità di principio con quelle italiane*", si è sempre orientata a ritenere decisive le prescrizioni dell'ordinamento giuridico di provenienza dell'ente straniero al fine di valutare tipologia, consistenza e regolarità di base dell'ente (cfr. Cass. 14 aprile 1980, n. 2414).

L'Agenzia delle Entrate ritiene, pertanto, ammissibile in linea di principio la deducibilità dal reddito di impresa, nei limiti di cui all'art. 100 co. 2 lettera *a*) del T.U.I.R. (preso in esame nella risoluzione citata), delle erogazioni liberali fatte anche a favore delle persone giuridiche di diritto straniero, sempre che possa essere comprovata la conformità dei requisiti essenziali (statuto, iscrizione ad apposito registro, ecc.) a quelli a tal fine richiesti dalla legislazione italiana.

L'Agenzia delle Entrate prosegue prevedendo che, "*nel caso particolare degli enti di diritto vaticano tali cautele appaiono peraltro assicurate dall'assetto complessivo dei rapporti giuridici correnti tra gli ordinamenti giuridici di quello Stato e della Repubblica Italiana, ove si consideri che, in base all'articolo 2 del Regolamento di esecuzione della legge 20 maggio 1985 n. 222, recante disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi, il provvedimento canonico di erezione o di approvazione dell'ente ecclesiastico è considerato elemento necessario e sufficiente per comprovare la pienezza della soggettività di diritto, elemento che, unito ad altri requisiti di natura oggettiva, andrà a suffragare l'iscrizione, a domanda, nel registro delle persone giuridiche italiane ove l'ente peraltro abbia o voglia assumere in Italia anche la sede legale. Detta iscrizione, come è noto, vale a conferire all'ente ecclesiastico un ulteriore connotato giuridico di esclusiva valenza italiana (la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto) che presuppone, per vero, il possesso di personalità giuridica*".

L'Agenzia delle Entrate prosegue prevedendo che "*...quanto sopra, unitamente a quanto ricavasi dall'intero impianto della legge 20 maggio 1985, n. 222, mostra senza dubbio, quindi, che la personalità di diritto canonico è*

*portatrice di effetti diretti nel nostro ordinamento, in adempimento alle norme speciali pattizie concordatarie pur dopo la revisione di cui all'accordo 18 febbraio 1984, ratificato con legge 20 maggio 1985, n. 205, che si fondano sul recepimento nel nostro sistema dei principi giuridici di quell'ordinamento in tema di conferimento di personalità, ferma la prevalenza delle sole disposizioni formali italiane sull'eventuale iscrizione nei registri delle persone giuridiche italiane per gli enti che quivi stabiliscano la loro sede pur non rinunciando alla nazionalità Vaticana".*

L'Agenzia delle Entrate conclude, quindi, ritenendo che a tali enti vaticani sia equiparabile la nozione interna di persona giuridica, richiesta dall'art. 100 co. 2 lettera a) del T.U.I.R., e che a parere dell'Agenzia delle Entrate il regime tributario ordinariamente applicabile alla Fondazione oggetto del quesito, quale ente non commerciale, sia quello previsto dall'attuale articolo 154 del TUIR (enti non commerciali non residenti).

- R.M. 5 marzo 2002 n. 76

In sintesi anche in questa risoluzione l'Agenzia delle Entrate ribadisce che le erogazioni liberali in favore del Romano Pontefice, al pari di tutte le erogazioni in favore di enti provvisti di personalità giuridica di diritto canonico, sono deducibili dal reddito di impresa ai sensi dell'art. 100 co. 2 lettera a) del T.U.I.R..

Si ribadisce che:

ai sensi della lettera a) dell'art. 100 co. 2 del T.U.I.R., le erogazioni liberali devono essere effettuate a favore di soggetti dotati di personalità giuridica ai sensi del codice civile;

qualora il soggetto beneficiario sia di diritto straniero, occorre che i requisiti essenziali per il riconoscimento della personalità giuridica (statuto, iscrizione ad un apposito registro....) siano conformi a quelli richiesti dalla legislazione italiana;

nell'ipotesi in cui il beneficiario sia un ente di diritto vaticano, il possesso della personalità giuridica si ritiene comprovato per effetto del solo provvedimento di erezione o di approvazione dell'ente ecclesiastico, che ai sensi dell'art. 2 del regolamento di esecuzione della legge 20 maggio 1985, n. 222, approvato con D.P.R. 13 febbraio 1987, n. 33, deve essere allegato alla domanda di riconoscimento dell'ente che voglia assumere in Italia la sede legale.

Pensando di applicare per analogia, al caso oggetto di analisi, le conclusioni a cui è arrivata l'Agenzia delle Entrate nelle risoluzioni sopra citate, in riferimento alla possibilità di una fondazione vaticana di essere qualificata come persona giuridica italiana ed essere quindi ricompresa tra i soggetti cui si rende applicabile la norma italiana di cui all'art. 100, co. 2, lettera a) del

TUIR, allora anche alla fondazione vaticana, oggetto del quesito, in quanto persona giuridica, è applicabile la norma interna di cui all'art. 100 co. 2 lettere f) e/o m) del T.U.I.R..

Tale norma comporta anche il rispetto delle procedure previste dal Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali del 3 ottobre 2002, come modificato dal D.M. 19 novembre 2010.

Si segnala poi l'articolo 14 del Decreto-legge del 14 marzo 2005 n. 35 con il quale si prevede che *“le liberalità in denaro o in natura erogate da persone fisiche o da enti soggetti all'imposta sul reddito delle società in favore di organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'articolo 10, commi 1, 8 e 9, del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, nonché quelle erogate in favore di associazioni di promozione sociale iscritte nel registro nazionale previsto dall'articolo 7, commi 1 e 2, della legge 7 dicembre 2000, n. 383, in favore di fondazioni e associazioni riconosciute aventi per oggetto statutario la tutela, la promozione e la valorizzazione dei beni di interesse artistico, storico e paesaggistico di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e in favore di fondazioni e associazioni riconosciute aventi per scopo statutario lo svolgimento o la promozione di attività di ricerca scientifica, individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca sono deducibili dal reddito complessivo del soggetto erogatore nel limite del dieci per cento del reddito complessivo dichiarato, e comunque nella misura massima di 70.000 euro annui.”*

Per quanto riguarda, quindi, la norma alternativa all'art. 100 del T.U.I.R., ossia l'articolo 14 del Decreto-legge del 14 marzo 2005 n. 35, si evidenzia che, come sancito dalla Circolare dell'Agenzia Entrate 26 giugno 2006 n. 24/E, gli enti non commerciali residenti all'estero sono ammessi ad assumere la qualifica di ONLUS alle seguenti condizioni:

adeguamento a tutti i requisiti stabiliti dalla legge relativamente all'attività esercitata e ai requisiti statuari

L'Agenzia delle Entrate nella precedente Circolare n. 168 del 26/06/1998 aveva espresso parere negativo in tal senso, ma la Circolare n. 24/E del 26/06/2006 poco sopra citata, specifica che *“si precisa che l'affermazione... secondo cui i requisiti necessari per la qualificazione di un soggetto nell'ambito delle ONLUS previsti dal D.Lgs n. 460 del 1997 “non consentono di ricomprendere in tale tipologia soggettiva gli enti non residenti”, non deve intendersi come una preclusione assoluta al riconoscimento della qualifica di ONLUS per gli enti di diritto straniero.*

*Ricorrendo tutti i requisiti di cui al citato art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 460 del 1997, nulla osta al riconoscimento della qualifica di ONLUS in favore*



*degli enti residenti all'estero e, quindi, alla possibilità che gli stessi siano ammessi a beneficiare del relativo regime agevolativo”.*

La norma appena analizzata, comunque, è meno conveniente rispetto alle previsioni dell'articolo 100 comma 2 del T.U.I.R., non solo da un punto di vista quantitativo (la deduzione spettante ai sensi dell'art. 14 del D.L. 35/2005, riconosciuta in capo al soggetto erogatore, è limitata al 10% del reddito complessivo dichiarato, e comunque nella misura massima di 70.000 euro annui), ma anche da un punto di vista operativo, in quanto tra i requisiti necessari che deve rispettare un ente per essere qualificato ONLUS sono previsti anche una disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l'effettività del rapporto medesimo, escludendo espressamente la temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori di età il diritto di voto per l'approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell'associazione e l'obbligo di devoluzione del patrimonio dell'organizzazione, in caso di suo scioglimento per qualunque causa, ad altre organizzazioni non lucrative di utilità sociale o a fini di pubblica utilità, sentito l'organismo di controllo di cui all'articolo 3, comma 190, della legge 23/12/1996 n. 662, salvo diversa destinazione imposta dalla legge.

Ne consegue che, nel caso in esame, consiglio di applicare l'art. 100 comma 2 del T.U.I.R..

Un ulteriore accenno merita, per opportuna completezza, la procedura che è opportuno sia adottata dall'ente (ovvero, nell'ipotesi più realistica, una Società di Capitali privata) che effettua l'erogazione liberale.

Sia al fine di ottenere l'intera deducibilità fiscale che, soprattutto, ai fini civilistici, è opportuno che l'ente, oltre a effettuare l'erogazione tramite sistemi che garantiscano la tracciabilità dell'operazione, adotti una apposita delibera (da parte dell'organo amministrativo) nella quale vengano adeguatamente evidenziate le motivazioni che giustificano l'erogazione stessa; ciò a mente del fatto che sono considerate erogazioni liberali anche le elargizioni di denaro per le quali il beneficiario formula pubblico ringraziamento al soggetto erogante (ad esempio: “si ringrazia la Banca Giulia per...” oppure “..con il contributo della Soc. Sempronia S.p.A. ...”).

Tale disposizione è molto significativa per l'impresa erogante in quanto, ottenendo grazie all'erogazione, un beneficio di immagine, le consente di adottare delibere esenti da potenziali problematiche civilistiche connesse alla inerenza del costo sostenuto alla attività esercitata.

Inoltre entro il 31 Gennaio dell'anno successivo all'erogazione, ove la stessa sia classificabile come effettuata a sensi dell'art. 100, comma 2, lett.

m) DPR 917/1986, l'impresa erogante deve effettuare un'apposita comunicazione all'Agenzia delle Entrate, mentre il soggetto beneficiario deve effettuarla al Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Tali comunicazioni permettono al Ministero di esercitare la vigilanza prevista dalla Legge e, soprattutto, di verificare, il superamento del cosiddetto "limite".

È infatti necessario sottolineare che le erogazioni in oggetto sono totalmente deducibili per le imprese eroganti, ma i soggetti beneficiari potrebbero invece essere obbligati ad effettuare un apposito versamento all'Erario.

Infatti, qualora l'ammontare totale delle erogazioni liberali in denaro superi la somma annua assegnata dal Ministero per i Beni e le Attività culturali (art. 38, comma 3, Legge 342/2000), i soggetti beneficiari riceveranno da detto Ministero una apposita comunicazione riguardante la somma da versare all'Erario (determinata secondo le modalità previste dall'art. 2 DM 3 ottobre 2002) che, in buona sostanza, sarà pari al risparmio fiscale ottenuto dal soggetto erogante sulla sola parte di erogazioni ricevute maggiori rispetto a quelle assegnate.

Sottolineo che, per quanto a mia conoscenza, questa ipotesi non si è, fino ad ora, mai verificata avendo il Ministero sempre assegnato importi di gran lunga superiori rispetto a quelli effettivamente ottenuti.

# «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017

ANTONIO GUSMAI

«Non usiamo con leggerezza le nostre parole»  
(C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, 66)

## 1. Annotazioni introduttive

E' ormai un fatto assai noto quello accaduto ad un indiano sikh nella città di Mantova, fermato per strada dalle forze dell'ordine e poi sottoposto a processo perché indossava, legato alla cintola, il *kirpan*, oggetto identificato dai militi come un coltello della lunghezza di 18,5 cm, ritenuto "idoneo all'offesa" ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 110/1975<sup>1</sup>.

La vicenda si conclude in primo grado con la condanna alla pena pecuniaria di 2000 euro di ammenda (il 5 febbraio 2015 il Tribunale di Mantova non ritiene sussistere il «giustificato motivo» previsto dal summenzionato art. 4, al fine di escludere la condotta di detenzione del coltello "fuori dalla propria abitazione") e con la conferma della stessa da parte della prima Sezione penale del giudice della nomofilachia<sup>2</sup>.

La storia non è nuova nel nostro Paese<sup>3</sup>, così come affatto nuova non lo è

---

<sup>1</sup> Si tratta della legge 18 aprile 1975, n. 110, "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi", pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 21 aprile 1975, n. 105.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017, depositata in cancelleria il 15 maggio scorso.

<sup>3</sup> Si sono già occupati della questione, in ordine cronologico, il Tribunale di Modena (Proc. Re pubbl.), decreto 9 agosto 2003; il Tribunale di Vicenza (Gip), decreto 28 gennaio 2009; il Tribunale di Cremona, Sez. pen., sentenza n. 15 del 2009; il Tribunale di Latina, Sez. pen., sent. n. 24/2010; il Tribunale di Piacenza, 24 novembre 2014, contro la cui pronuncia è stato proposto ricorso per Cassazione, deciso da Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24739/2016; nonché il Tribunale di Mantova (Gup), 10 dicembre 2014, avverso la cui sentenza è stato proposto ricorso per Cassazione, deciso da Cass. pen., Sez. I, sent. n. 25163/2016.

per i giudici stranieri, se si pensa alla pronuncia della Corte suprema canadese che, già nel 2006, si è trovata a decidere della possibilità di portare a scuola il coltello sikh, affermandone la liceità del possesso per motivi religiosi<sup>4</sup>.

Sotto altro ma pur sempre connesso aspetto, sembra opportuno poi rilevare che le rivendicazioni degli indiani aderenti al sikhismo sono da tempo prese in considerazione dalle legislazioni di altri paesi del mondo c.d. occidentale: su tutti il Regno Unito, che ha stabilito l'esenzione, per i sikh, dell'obbligo tanto di indossare il casco alla guida dei motocicli, quanto gli elmetti sul luogo di lavoro, per consentir loro di tenere il turbante imposto dalla fede di appartenenza<sup>5</sup>. Oltreiché, di recente, la sentenza con la quale la *High Court* ha affermato il diritto di un'alunna di religione sikh di portare al polso il *kara* (monile, come si vedrà a breve, simbolo della sua fede), nonostante il regolamento della scuola facesse espresso divieto di portare gioielli<sup>6</sup>.

I sikh, sembra opportuno farne cenno prima di procedere oltre, rappresentano uno dei più importanti gruppi religiosi e culturali dell'India, con caratteristiche uniche e del tutto peculiari. Il termine sikh deriva dal sanscrito *sishya* che significa "discepolo". Le sue origini risalgono al XV secolo e discendono dagli insegnamenti di Guru Nānak, primo dei dieci guru che hanno dato forma a questo sistema religioso e culturale. Con circa 30 milioni di seguaci in cinque continenti, il sikhismo è la quinta religione più diffusa al mondo. Oltre la metà dei fedeli è concentrata nello Stato del Punjab, situato nell'India nord-occidentale al confine con il Pakistan<sup>7</sup>.

Sono moltissime le caratteristiche della religione sikh, a cominciare dal postulato dell'unicità di Dio e del legame tra vita spirituale e vita secolare. Rispetto all'induismo, fortemente basato sul concetto di casta<sup>8</sup>, il sikhismo si

---

<sup>4</sup> Sul punto si avrà modo di tornare *infra*, par. 2.

<sup>5</sup> Per l'esenzione dell'obbligo di indossare il casco, si veda il *Crash Helmets Religious Exemption Act* del 1976; per l'esenzione dall'indossare l'elmetto, l'*Employment Act* del 1989.

<sup>6</sup> Si veda il caso *Mandla and another v. Dowell Lee and another* 1983, IRLR 210, *House of Lords*.

<sup>7</sup> Come è stato messo in evidenza dalla dottrina comparatistica, «l'India rappresenta un esempio formidabile di pluralismo giuridico; la storia del paese ha determinato una stratificazione nel tempo di norme di varia natura e origine che hanno dato vita a un sistema di sistemi giuridici». Così ANGELO RINELLA, *Famiglie, sistemi giuridici, fonti del diritto*, in *Diritto pubblico comparato*, a cura di GIUSEPPE MORBIDELLI – LUCIO PEGORARO – ANGELO RINELLA – MAURO VOLPI, Giappichelli, Torino, 2016, p. 49.

<sup>8</sup> Sul diritto indù, diritto come noto di ispirazione religiosa, cfr., di recente, REBECCA REDWOOD FRENCH – MARK NATHAN (eds.), *Buddhism and the Law. An Introduction*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014; DONALD DAVIS, *The Spirit of Hindu Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2013; TIMOTHY LUBIN – DONALD DAVIS – JAYANTH KRISHNAN (eds.), *Hinduism and Law. An Introduction*, Cambridge U.P., 2010. Per maggiori approfondimenti di carattere giuridico sulla complessità del diritto indiano, si vedano, almeno, le riflessioni di DOMENICO AMIRANTE, *Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, Esi, Napoli, 2013 (India); PATRICK GLENN, *Legal Tradition of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York, Oxford University Press,

basa sull'uguaglianza di tutti gli uomini a prescindere dalla fede, dalla razza e dalla provenienza geografica. E' prevista, inoltre, una sostanziale parità tra uomo e donna, si caratterizza per l'assenza di particolari formalismi e simbolismi religiosi, oltre che per un approccio particolarmente sincretistico<sup>9</sup>.

Per ciò che concerne le regole di vita quotidiana – ed è quel che qui sembra più rilevare – l'uomo sikh è chiamato ad improntare la sua condotta sociale al rispetto delle c.d. cinque K che fanno riferimento ai cinque articoli di fede che indossano tutti i Sikh: *Keshb* (capelli lunghi raccolti in un turbante portato obbligatoriamente dagli uomini); *Kangha* (piccolo pettine di legno per raccogliere i capelli in modo ordinato, a differenza della crescita libera e disordinata degli asceti induisti); *Kara* (come accennato, bracciale di ferro o acciaio che rappresenta il controllo morale nelle azioni e il ricordo costante di Dio); *Kacha* (sottovesti di tipo allungato, simbolo di autocontrollo e di castità) e *Kirpan* (pugnale portato alla cintura come simbolo di lotta all'ingiustizia). Tali elementi distintivi della personalità del seguace sikh vengono considerati dagli stessi appartenenti una sorta di uniforme che aiuta a mantenere un comportamento disciplinato e permette di raggiungere facilmente mete, come quella di pervenire ad un senso reale di fraternità<sup>10</sup>.

Si tratta di regole che hanno di per sé nel tempo già subito – specie a partire dal XIX sec. – una certa influenza della cultura occidentale moderna<sup>11</sup>.

Ai giudici però ciò non è parso sufficientemente rassicurante, tanto da giungere all'affermazione che, in Italia, a quegli apodittici e presupposti «valori» uniformi del «mondo occidentale», «l'immigrato» ha persino l'«obbligo» di conformarsi<sup>12</sup>.

L'astrattezza di certe affermazioni dal tenore alquanto sibillino, così come l'oracolare e presunta verità circa la conoscenza dei «valori occidentali» che i giudici hanno mostrato di detenere nel pronunciare la decisione *de qua*, appaiono argomenti che prestano il fianco a non poche critiche di ordine

---

2010, trad. it. *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità delle differenze*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 455-499; e ROBERT LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mount & Co., La Haye, 1967, trad. it. *La tradizione giuridica dell'India*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>9</sup> In merito, si veda STEFANO PIANO, *Guru Nānak e il sikhismo*, Fossano, Esperienze, 1971.

<sup>10</sup> Per una migliore conoscenza della cultura sikh, cfr. MARCO RESTELLI, *I sikh fra storia e attualità politica*, Pagus edizioni, Treviso, 1990; ID., *Il sikhismo nell'India di oggi. Fra ortodossia e pluralismo*, in DOMENICO DENTI – MAURO FERRARI – FABIO PEROCCO (a cura di), *I Sikh. Storia e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2005, spec. pp. 89-113.

<sup>11</sup> Su tali aspetti, cfr. WILLIAM HEWAT MCLEOD, *The Evolution of the Sikh Community*, London, Oxford University Press, 1976.

<sup>12</sup> Cass. pen, sent. 24084/2017 cit., considerato in diritto 2.3.

costituzionale<sup>13</sup>. Di seguito, senza alcuna pretesa di esaustività, si proverà ad evidenziarne alcune.

## 2. I fatti di causa e il contrasto della decisione con il principio costituzionale di offensività

Come si è lasciato intendere in premessa, a fronte delle dichiarazioni dell'indiano sikh che ha giustificato la detenzione del coltello invocando le garanzie previste dall'art. 19 Cost. dacché imposto dal suo credo religioso<sup>14</sup>, la Cassazione non ha ritenuto che «il simbolismo legato al porto del coltello possa comunque costituire la scriminante posta dalla legge»<sup>15</sup>.

Si tratta, in particolare, del «giustificato motivo» previsto dall'art. 4, comma 2, della l. 110/75 che consente, qualora ritenuto applicabile, di non perseguire quanti portano «fuori dalla propria abitazione o dalle appartenenze di essa [...] strumenti da punta o da taglio atti ad offendere». E' il caso, riportato dagli stessi giudici, di chi possiede un coltello al fine di recarsi «in un giardino per potare alberi o del medico chirurgo che nel corso delle visite porti nella borsa un bisturi». In ipotesi del genere, si legge, sussiste un «giustificato motivo» che invece verrebbe a mancare qualora «lo stesso comportamento» venga «posto in essere dai medesimi soggetti in contesti non lavorativi»<sup>16</sup>.

A sostegno di tale assunto sono poi citati alcuni precedenti che, se da una parte precisano, in parte contraddittoriamente, che l'assenza di «giustificato motivo» deve considerarsi un elemento di tipicità del reato trattandosi di elemento costitutivo della fattispecie<sup>17</sup>, dall'altra chiariscono la portata del

---

<sup>13</sup> Si vedano, già, i commenti a caldo di ROBERTO BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa* (16 maggio 2017); ALESSANDRO MORELLI, *Il pugnale dei Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"* (17 maggio 2017); GIOVANNI POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montreal* (19 maggio 2017); GIANFRANCO MACRÌ, *Cosa minaccia la società pluralista? C'è ben altro oltre il kirpan* (20 maggio 2017), tutti consultabili in *LaCostituzione.info*; MASSIMO INTROVIGNE, *Portare un coltello sempre con sé, il "kirpan" è obbligatorio per i fedeli sikh, ma la Cassazione lo ha vietato. E' un caso di violazione della libertà religiosa?*, in *ilsussidiario.net*, 16 maggio 2017; ANTONIO RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale. (A margine di Cass., I Sez. pen., n. 24084 del 2017)*, in *ConsultaOnline*, fasc. 2/2017, p. 310 ss.

<sup>14</sup> Sulle pretese positive e i rispettivi limiti della legislazione penale imposta dall'art. 19 Cost., cfr., NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2006, spec. p. 166 ss.

<sup>15</sup> Così nel considerato in diritto n. 2.2.

<sup>16</sup> Considerato in diritto n. 2.

<sup>17</sup> ...contraddittoriamente perché, come visto, i giudici nella stessa sentenza in commento hanno poi qualificato il «giustificato motivo» come una «scriminante», destando con ciò non poche perplessità

concetto normativo, esso ricorrendo quando «le esigenze dell'agente siano rispondenti alle regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verifica del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento e alla normale funzione dell'oggetto»<sup>18</sup>.

Proprio alla luce di tali attestazioni è possibile muovere non pochi rilievi.

Innanzitutto, in merito al porto del *kirpan*, è incontestabile che dall'atteggiamento tenuto dall'imputato al momento del fermo non si possa desumere alcuna volontà criminosa né, d'altronde, alcuna intenzione più o meno palese di occultare l'arma c.d. impropria, ossia il coltello<sup>19</sup>.

Dalla stessa giurisprudenza suffragata dai giudici discende, piuttosto, l'obbligo di valutare quale sia la finalità tipica di ogni strumento qualificabile come "arma impropria", per poi verificare se le modalità di verifica del fatto e le condizioni personali dell'agente possano, *in concreto*, consentire di ritenere la vicenda penalmente rilevante<sup>20</sup>.

Una valida applicazione dei principi sanciti dalle Sezioni Unite<sup>21</sup> è stata invece fatta dal Tribunale di Cremona che, in un caso analogo, ha più correttamente ritenuto la mera detenzione del *kirpan* un fatto del tutto inoffensivo<sup>22</sup>.

Anche qui si trattava di un cittadino indiano sikh fermato all'interno di un centro commerciale di Gadesco Pieve Delmona con indosso, *recte* "a tracolla", il *kirpan* (di 10,5 cm.) calzato nel fodero. Richiesto dalle forze dell'ordine il motivo del porto del coltello, veniva invocata, allo stesso modo

---

di ordine giuridico (cfr. punto n. 2.2). A ritenere il «giustificato motivo» una causa di giustificazione, come tale afferente alla sfera dell'antigiuridicità, è la dottrina maggioritaria. Cfr., *Commento sub art. 616 c.p.*, in EMILIO DOLCINI – GIORGIO MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2006, II, p. 4350.

<sup>18</sup> Così ancora nel considerato in diritto n. 2, facendo riferimento, rispettivamente, a Cass., Sez. Un., sent. n. 7739/1997, e Cass. pen, Sez. I, sent. n. 4498/2008.

<sup>19</sup> Come noto, si definiscono "armi improprie" quelle atte *in potenza* ad offendere (quelle previste dall'art. 4, comma 2, l. 110/75, ossia «strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona...»). Si qualificano come "armi proprie" quelle invece *destinate naturalmente all'offesa* (sono quelle invece menzionate nel primo comma dello stesso articolo, come «armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente, noccoliere storditori elettrici e altri apparecchi analoghi in grado di erogare una elettrocuzione»). Soltanto le prime, dunque, non già le seconde, possono essere utilizzate nella quotidianità per fini leciti. Su tali argomenti, si rinvia a FRANCESCO PALAZZO, voce *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 259 ss.

<sup>20</sup> Si vedano, in merito, le considerazioni di ALESSANDRO PROVERA, *Il "giustificato motivo": la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2., p. 964 ss.

<sup>21</sup> Il riferimento è alla sent. n. 7739/97 cit.

<sup>22</sup> Sent. n. 15/09 cit.

che nel caso di Mantova, la ragione di culto.

In questa vicenda simile il giudice cremonese mostra una spiccata sensibilità nei confronti delle problematiche ingenerate dal multiculturalismo, da intendersi qui come «modello politico, giuridico ed etico»<sup>23</sup>. Si fa, invero, «antropologo», facendo ricorso all'«argomento culturale» al fine di escludere la rilevanza penale del comportamento<sup>24</sup>.

In particolare, dopo aver con estrema accuratezza ricostruito i fondamenti del sikhismo, consultando direttamente rappresentanti di quella religione/cultura (persino il consolato indiano), diligentemente accerta le «coordinate motivazionali che ebbero a guidare la condotta dell'imputato»: non risultando dagli atteggiamenti del cittadino indiano «neppure [...] un qualche comportamento sospetto, eventualmente declinato sul crinale di una callida azione diretta ad occultare sulla propria persona il coltellino, tenuto conto che esso veniva, per contro portato visibilmente “a tracolla” e dunque affatto nascosto, ma, semmai, chiaramente ostentato», il giudice ha ritenuto che tali motivazioni «intercettino un valido supporto normativo», come tale «collocabile all'interno della tutela della libertà di fede religiosa» garantita «dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948, sia dall'art. 9 della legge 4 agosto 1955, n° 848, di ratifica della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

---

<sup>23</sup> Su tale aspetto, GINEVRA CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 3 ss., la quale distingue il «multiculturalismo» (da intendersi quale «modello politico, giuridico ed etico per le società pluraliste che, in un quadro democratico, prevede la tutela e la valorizzazione di gruppi sociali minoritari, della loro identità culturale e della loro partecipazione politica»), dalle «società multiculturali» (che indicano, invece, «uno stato di fatto, una situazione empirica di convivenza su di uno stesso territorio nazionale di una molteplicità di gruppi sociali con valori, pratiche, credenze, norme giuridiche, strutture di relazione sociale differenti»). In merito, si veda anche VITTORIO ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 1 ss., il quale invece pone l'accento sul multiculturalismo come «fatto storico», «problema per il diritto costituzionale», in quanto inevitabilmente riporta alle questioni della «convivenza o del conflitto [...] di differenti culture». Interessante, inoltre, appare la prospettiva di GAETANO AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 85-120, al quale si deve il lodevole sforzo di aver provato a coniugare la precettività della Costituzione con il fenomeno del multiculturalismo (arrivando a sostenere che «il diritto costituzionale, se vuole continuare a essere inteso come *lex superior*, deve assumere le forme di un *diritto meticcio*» [p. 117]). Sugli effetti del multiculturalismo negli Stati costituzionali, cfr., poi, da ultimo, anche VINCENZO BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturali*, in *Dirittifondamentali*, fasc. 1/2017. Spunti di rilievo, poi, sulle diverse ideologie poste a fondamento del nostro patto costituzionale che possono tornare utili per meglio comprendere le problematiche ingenerate dal multiculturalismo, si rinvengono in VINCENZO TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, spec. p. 489 ss.

<sup>24</sup> In merito, su tali interessantissime questioni, cfr. ILENIA RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, fasc. 1/2017; e più diffusamente, Id., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012, spec. p. 64 ss., *ma passim*.



Fondamentali, sia dall'art. 19 della nostra Costituzione». Cosicché, motivando circa l'insussistenza del reato ascritto all'imputato, il giudice conclude che «il rango costituzionale assegnato dal nostro ordinamento giuridico alla libertà della confessione religiosa non consente di ritenere privo di “giustificato motivo” il porto di tale simbolico elemento ornamentale da parte del cittadino indiano»<sup>25</sup>.

Ragionando in un'ottica *intercostituzionale*<sup>26</sup> e facendo peraltro proprio il principio del c.d. «accomodamento ragionevole» adottato dalla Corte Suprema canadese a fondamento dell'assoluzione in un altro caso simile – anche se, per certi aspetti, ancora più delicato<sup>27</sup> – il Tribunale di Cremona giunge a riconoscere la non offensività dei fatti ascritti al cittadino indiano.

Tornando alla vicenda che precipuamente ci occupa, la prima Sez. penale della Cassazione non sembra invece essersi preoccupata affatto di verificare se, in concreto, vi sia stata una qualche lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, né se il cittadino sikh abbia di fatto realizzato una qualche offesa giuridicamente rilevante.

In questo caso la punizione per il mero porto del coltello (arma impropria solo in astratto atta ad offendere, come potrebbero in potenza le forbici, un righello, un compasso, una siringa, una bottiglia, ecc.), in assenza tanto di un *animus laedendi* quanto di un *animus necandi*, urta inesorabilmente con-

---

<sup>25</sup> Cfr. ancora Trib. Cremona, cit., ove peraltro opportunamente si rileva: «D'altronde, se deve pacificamente ritenersi insussistente il reato qualora il porto, fuori dalla propria abitazione di un “coltellone” da cucina sia motivato dalla plausibile esigenza di tagliare il pane per una famiglia che intende recarsi ad un “pic-nic”, non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi il kirpan (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del “coltellone” da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risiede addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e sottenda una mera finalità di esibizione ornamentale (diversamente dal “coltellone” da cucina, che verrà impugnato, sia pur per tagliare il pane)». Evidente, qui, il diverso approccio del giudice cremonese (lo si intuisce già dall'esempio del “coltellone” da cucina riportato), rispetto a quello tenuto dalla prima Sez. della Cassazione in commento. Soltanto il primo, infatti, ha mostrato sensibilità costituzionale nei confronti dell'elemento religioso/culturale nel decidere in merito alla colpevolezza dell'imputato sikh.

<sup>26</sup> Sull'interpretazione *intercostituzionale* svolta oggi sempre più dai giudici al fine di assicurare una migliore tutela dei diritti fondamentali, sia consentito rinviare ad ANTONIO GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015.

<sup>27</sup> Cfr. sent. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC-6, ove la Corte Suprema è giunta a ritenere il porto del *kirpan* di per sé non vietato all'interno degli istituti scolastici (si trattava di un ragazzino battezzato sikh di appena dodici anni), precisando che il sacrificio di una libertà costituzionale (quella di professare liberamente la propria fede) può avvenire soltanto in presenza di una minaccia reale e concreta. In merito, cfr. FRANCESCA ASTENGO, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello sikh*, in *Rivista AIC (Archivio)*, 10 aprile 2006.

tro il principio costituzionale di offensività<sup>28</sup>. Invero, «non vi può essere reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo. Il legislatore non può quindi punire nessuno 'per quello che è' o 'per quello che vuole', ma può punire soltanto fatti che ledano o pongano in pericolo l'integrità di un bene giuridico»<sup>29</sup>.

Il bene giuridico tutelato dalla previsione dell'art. 4, comma 2, della l. 110/75, è l'«ordine pubblico», nella fattispecie declinato nella tutela della sicurezza e della pacifica convivenza. Nel nostro ordinamento, come è noto, la locuzione «ordine e sicurezza pubblica» è stata introdotta dall'art. 2 del t.u.l.p.s. del 1926 (R.D. 6 novembre 1926, n. 1848), tuttora riprodotto nel vigente art. 2 t.u.l.p.s. del 18 giugno 1931, n. 773.

Si tratta di un concetto giuridico «indeterminato»<sup>30</sup> che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, secondo la dottrina maggioritaria designa un «ordine materiale», turbato solo in conseguenza di comportamenti umani violenti o di fatti naturali pregiudizievoli per la pubblica incolumità (ad es., calamità naturali). Invero, il rispetto di un ordine pubblico «ideale» è richiesto – *in apicibus* – negli ordinamenti totalitari, ove ogni difformità di pensiero dal regime è considerata una minaccia per la sicurezza dell'ordinamento. In coerenza con i principi della nostra Carta fondamentale, che garantiscono la circolarità del potere politico e il dissenso ideologico, l'ordine pubblico non può dunque che essere minacciato da un fatto o un atto che *in concreto* attenti gli equilibri costituzionali della democrazia pluralista<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> In punto di «giustificato motivo» sembra dare rilievo all'importanza dell'accertamento del dolo (anche eventuale) rispetto all'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, ANTONELLA MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignoranza legis e coscienza dell'offesa*, in MARIO TRAPANI – ANTONELLA MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 121 ss.

<sup>29</sup> Così GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 6.

<sup>30</sup> Di tale avviso è ENRICO PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 236. In merito, cfr., tra i giuspubblicisti, FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007, p. 1 ss.

<sup>31</sup> In tal senso ALESSANDRO PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, vol. CLXI, 1963, p. 111 ss.; Id., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1777 ss. Ad una natura essenzialmente «materiale» del concetto di ordine pubblico fa riferimento anche CARLO LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, p. 372. Distingue, invece, seguendo un'impostazione diversa, un ordine pubblico «materiale» da un ordine «costituzionale» (che è ideale), LIVIO PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, § 3. Per una completa ricostruzione della problematica, cfr. AUGUSTO CERRI, voce *Ordine pubblico*,

Negli ultimi tempi, poi, sembra opportuno rammentare che si è andato formando un concetto di ordine pubblico «internazionale», da intendersi «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria»<sup>32</sup>.

In termini di diritto costituzionale, nelle società contemporanee prive di predefiniti confini etnici, non può ignorarsi che la stessa lotta «per i diritti risulta fortemente intrecciata con le vicende legate alle lotte dei migranti, degli stranieri per la conquista dei propri diritti». Si tratta di prendere atto che dinanzi a società «ormai votate al meticcio», anche il diritto costituzionale si fa tale («meticcio», appunto), dacché i diritti appartenenti a comunità diverse dalla nostra sono diventati, a pieno titolo, «parte essenziale del «nostro» diritto; o per meglio dire, di quello che pur riferendosi agli «altri» parla ben più di «noi», poiché finisce per costituire il riflesso della nostra immagine»<sup>33</sup>.

Se questo appare il contesto entro il quale intendere il bene giuridico «ordine pubblico», concetto quest'ultimo come detto caratterizzato da «materialità», «concretezza» e «internazionalità» *ex artt.* 10, 11 e 117, comma 1, Cost., alla luce dei fatti di causa ritenere offeso l'ordine pubblico appare ipotesi ardita, di dubbia legittimità costituzionale<sup>34</sup>.

---

in *Enciclopedia giuridica italiana*, Roma, 1990; ID., voce *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Aggiornamento, vol. XXV, Roma, 2007.

<sup>32</sup> Così Cass. civ., Sez. I, sent. n. 19599/2016, considerato in diritto n. 7, che richiama a sostegno Cass., sentt. nn. 1302 e 19405 del 2013; sent. n. 27592 del 2006; sent. n. 22332 del 2004; sent. n. 17349 del 2002. Sul concetto di ordine pubblico internazionale, la letteratura è a dir poco sconfinata. Solo per citare una parte della dottrina italiana, cfr. GIUSEPPE SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1954, p. 82 ss.; GIUSEPPE BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1106 ss.; ID., *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1986, p. 5 ss.; PAOLO BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1977; ANGELO DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, p. 556 ss.; FRANCO MOSCONI, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, p. 5 ss.; ALESSANDRA VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, p. 847 ss. Più di recente, e per una ricognizione delle varie prospettive, cfr. ORNELLA FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 5 ss.

<sup>33</sup> Le citazioni sono di GAETANO AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, op. cit., pp. 89-90. Per una approfondita analisi dei significati e delle funzioni della nozione di «costituzionalismo meticcio», cfr., da ultimo, SALVATORE BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. p. 150 ss.

<sup>34</sup> Per un'approfondita analisi della dottrina e della giurisprudenza europea in materia di ordine pubblico, cfr. MARTA TOMASI, *Towards an emerging notion of European ordre public: a comment on*

In presenza di *reati di pericolo* come quello previsto dall'art. 4, comma 2, della l. 110/75, in cui il legislatore non pretende il verificarsi di nessuna lesione (o danno) ai fini dell'integrazione della fattispecie, trovandosi di fronte a ipotesi di anticipazione della tutela penale (il solo fatto di portare il coltello consuma il reato), il giudice a *fortiori* deve accertare se *in concreto* il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo<sup>35</sup>. In caso negativo, la mancata offesa al bene giuridico dovrebbe inevitabilmente condurre verso «l'*espulsione* dal tipo legale dei *comportamenti inoffensivi*»<sup>36</sup>.

Non può essere sottaciuto che ad attribuire rango costituzionale al principio di offensività è stato proprio il giudice delle leggi: la Corte ha infatti precisato che «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo o, comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale («offensività in astratto»), e dell'applicazione giurisprudenziale («offensività in concreto»), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad *accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato*»<sup>37</sup>.

Pertanto, anche solo per queste ragioni, il giudice della nomofilachia avrebbe dovuto forse più correttamente ritenere il porto del *kirpan* una forma di professione di fede inoffensiva, come tale sussumibile nel concetto

---

*the case-law about international surrogacy in Europe*, in ROBERTO TONIATTI – DAVIDE STRAZZARI (eds.), *Legal pluralism in Europe and the ordre public exception: normative and judicial perspectives*, Trento, 2016 (*Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2017*), spec. pp. 98-105. Sulla connessa questione dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali in Europa, cfr., invece, il volume di ELENA MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>35</sup> Per una critica alla dubbia tendenza giurisprudenziale di dilatare l'area dei reati di pericolo astratto, si rinvia, ancora, a GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *op. ult. cit.*, pp. 195-197.

<sup>36</sup> GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 193.

<sup>37</sup> Così Corte cost., sent. n. 256 del 2005, considerato in diritto n. 4 (nello stesso senso, cfr. sentt. nn. 333/1991; 360/1995; 263/2000; 519/2000; 354/2002). Sembra utile ricordare che la Commissione bicamerale per le riforme, istituita con legge cost. n. 1/1997, aveva approvato in data 4 novembre 1997 la riforma dell'art. 129 Cost. con una espressa previsione del principio di offensività: «Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività». Il fallimento dei lavori della bicamerale ha purtroppo precluso l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale del principio di offensività. In merito, cfr. GIOVANNI FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161 ss. Per la tesi minoritaria che nega dignità costituzionale al principio di offensività, cfr., invece, GIUSEPPE ZUCCALA, *Sul preteso principio di offensività del reato*, in *Studi Delitalia*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 1700 ss.; e GIULIANO VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 659 ss.

normativo previsto dall'art. 4, comma 2, di «giustificato motivo»<sup>38</sup>.

Del resto, autorevole dottrina ha da tempo messo in evidenza l'importanza che per il diritto assume non soltanto il *testo*, ma, in certi frangenti, anche il *con-testo*. Bisognerebbe che in questo, come purtroppo in molti altri casi<sup>39</sup>, tali insegnamenti non venissero ignorati, o, peggio, lasciati in balia della silenziosa «critica roditrice dei topi»<sup>40</sup>.

### 3. *Qualche nota conclusiva sulla discutibile invocazione da parte dei giudici dei «valori del mondo occidentale» e sui profili di incostituzionalità dell'art. 4, comma 2, l. n. 110/75*

Se gli argomenti della decisione della prima Sezione fossero stati esclusivamente quelli appena sottoposti a critica, forse molta meno eco avrebbe

---

<sup>38</sup> Non a caso, attenta dottrina penalistica ha definito il «giustificato motivo» una sorta di «organo respiratore della norma», con ciò riferendosi all'onere che di volta in volta grava sull'interprete decisore di verificare che il comportamento dell'imputato, e i fatti di causa, risultino in concreto offensivi del bene giuridico tutelato dalla disposizione. Cfr. GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 84.

<sup>39</sup> Solo per restare in tema di *kirpan*, conformi alla pronuncia in commento sono, ad. es., la sentenza del Tribunale di Latina, n. 24/2010, cit., e altri due precedenti della stessa I Sez., pen., in particolare sentt. n. 25163/2016 e n. 24739/2016, cit. Su tali due ultime decisioni, in cui per la prima volta la Cassazione è investita del caso *kirpan*, cfr. ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del Kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2017, il quale invita «ad adeguate forme di bilanciamento tra libertà di cui all'articolo 19 Cost. e le altre esigenze e interessi concorrenti» (spec. p. 16 ss.).

<sup>40</sup> Per la rilevanza giuridica dei «contesti» non soltanto normativi ma anche sociali, cfr., tra i costituzionalisti più sensibili, già CARLO LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, p. 18 ss., il quale mette in rilievo come «fra il sistema delle fonti (detto anche diritto teorico) e il diritto (o diritto vivente: su cui vedi C. cost., n. 70 del 1982) v'è una coincidenza soltanto parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge ad elementi in parte estranei, costituiti dai c.d. contesti sociali; cioè da concetti presupposti ed ai quali le fonti rinviano usando termini il cui significato è determinabile in base a nozioni di comune esperienza, ovvero scientifiche, tecniche, morali e persino politiche (v. in proposito C. cost., nn. 90 del 1966, 49 e 141 del 1980); concetti che possono oltretutto mutare nel tempo (per es. quello di buon costume)». Tra i filosofi del diritto, si veda, invece, LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, p. 29 ss. Tra i cultori del diritto penale, GIORGIO MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 512, in argomento afferma sensibilmente che gli elementi normativi in ogni caso «impongono all'interprete di adeguare continuamente il senso della norma alle esigenze della vita sociale» dovendo egli essere pronto «ad un'opera di più intensa e penetrante ricerca, sul terreno degli interessi in conflitto, del senso normativo meglio adeguato alle esigenze della società in cui vive». Sembra dare invece esclusiva rilevanza al «testo», da ultimo, MASSIMO LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 391 ss., al punto da mettere in discussione la crisafulliana – fondamentale – distinzione tra «disposizione» e «norma» (cfr. VEZIO CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.).

avuto la pronuncia, a cominciare dalla risonanza prodotta in primo luogo dai *media*<sup>41</sup>.

D'altronde, come si è detto, sono state anche altre le sentenze della stessa Sezione della Corte giunte alle medesime conclusioni in tema di porto illegale del *kirpan*. Tutte, nondimeno, rimaste sconosciute ai più<sup>42</sup> e riconducibili ad un approccio securitario di origine statunitense<sup>43</sup>.

Con molta probabilità vi è stato clamore mediatico, invece, perché, nei casi decisi in precedenza, nessun altro giudice si era mai spinto così oltre nelle argomentazioni al punto da affermare che «in una società multietnica, [...] il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e dalla civiltà giuridica della società ospitante», divenendo pertanto «essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale»<sup>44</sup>.

Tra i precedenti conformi, non può non rilevarsi che almeno uno sembra prendere sul punto l'abbrivio in modo assai simile. Cambia però il termine di relazione e, dunque, il significato che l'espressione assume sul piano del diritto costituzionale. Si legge, infatti, nella precitata sent. n. 25163/2016 della Cassazione che «la manifestazione delle pratiche religiose» deve «necessariamente adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, coi quali non possono entrare in contrasto»<sup>45</sup>.

Appare chiaro dunque come entrambe le decisioni facciano appello ai «valori». Soltanto quest'ultima però, a differenza di quella in commento, ha la premura di arrestarsi «ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico» che, seppur con una certa approssimazione, in qualche misura possono pur sempre ricondursi alla categoria giuridico-costituzionale dei c.d. controlimiti<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Tale aspetto, lo mostra efficacemente ROBERTO BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa*, op. cit., p. 1, il quale in riferimento a molte notizie diffuse dalla stampa nei giorni scorsi, si esprime in termini di «fake news» o «di vecchie e care balle».

<sup>42</sup> Il riferimento è alle sentenze citate *supra*, nella nota 39.

<sup>43</sup> Il riferimento è al caso *People v. Singh*, deciso dalla *Criminal Court of the City of New York* nel maggio del 1987. Anche qui, di fronte ad un cittadino indiano fermato in metropolitana perché in possesso del *kirpan*, i giudici ritengono di dover sacrificare il diritto di libertà religiosa invocato dall'innocuo sikh, in nome delle esigenze di pubblica sicurezza e incolumità. Sulla vicenda, FABIO BASILE, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2009, pp. 46-48.

<sup>44</sup> Così testualmente il considerato in diritto n. 2.3 (corsivo aggiunto).

<sup>45</sup> Cfr. il considerato in diritto n. 2 (corsivo aggiunto).

<sup>46</sup> Non è evidentemente possibile, in questa sede, ripercorrere le coordinate della dottrina e della giurisprudenza in tema di «controlimiti». Basti qui ricordare che i controlimiti sono quei principi di struttura di un ordinamento che rappresentano il limite invalicabile da qualsiasi autorità esterna

Alla stesse conclusioni di ordine metodologico non appare possibile approdare quando, invece, il riferimento è orientato a fantomatici quanto inafferrabili valori del «mondo occidentale». E questo non solo perché non esiste unità valoriale all'interno degli stessi Stati occidentali divenuti, come accennato, in gran parte multiculturali (si pensi al diverso significato che attribuiscono al valore “dignità umana” atei, cattolici, Testimoni di Geova, islamici, gli stessi appartenenti al sikhismo, ecc., tutti ormai conviventi nello stesso territorio)<sup>47</sup>.

Il motivo che però, più di ogni altro, induce a non condividere le argomentazioni del giudice di legittimità sembra precipuamente essere un altro: non appare possibile – se non apoditticamente – definire un astratto «mondo occidentale» (a costituirlo e farne parte è l'Europa? Il mondo euro-nordamericano? E perché, ad es., non includere parzialmente anche il Giappone, specie dopo l'influenza che ha subito dagli USA dopo il secondo dopoguerra?). Per prendere contezza di ciò è sufficiente leggere le riflessioni dei comparatisti sul diritto occidentale (post)moderno e avvedersi di come esso stesso sia costantemente influenzato, nelle sue determinazioni, da una serie di forze prive di una geografia fissa<sup>48</sup>.

---

(contro-limite da opporsi dal punto di vista interno) e che, però, allo stesso tempo, nello scenario attuale inevitabilmente sembrano subire processi di «europeizzazione». Solo per citare le posizioni di due studiosi tra i più autorevoli nel panorama nazionale, sostiene l'avvenuta «europeizzazione dei controllimiti» ANTONIO RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 11/2016, p. 18 ss. Ne mette invece in discussione la legittimità costituzionale MASSIMO LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 9, secondo il quale dovrebbe piuttosto presupporre l'esistenza di un «metaprincipio supremo che vuole intangibili i principi supremi». Per maggiori approfondimenti su tale complessa tematica, si rinvia, da ultimo, ad ALESSANDRO BERNARDI, *I controllimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, volume che raccoglie i contributi di molti autorevoli studiosi di più discipline, confrontatisi sul tema in occasione del Convegno dal titolo “Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali”, svoltosi nell'Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016.

<sup>47</sup> Del resto, cultura e religione appaiono due realtà assolutamente collegate. In merito, cfr. MARIO RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, pp. 177-213. Imprescindibili poi, in merito, le riflessioni di SAMUEL PHILLIPS HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 1997. Sull'importanza che in entrambe queste dimensioni (cultura e religione) assume invece il linguaggio, capace di infondere «in noi, impercettibilmente, una specifica visione del mondo», TZVETAN TODOROV, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Garzanti, Milano, 2009, p. 76 ss.; e GAETANO DAMMACCO, *Le asimmetrie dei linguaggi e il dialogo creativo: verba hominis et pax Dei*, in *Athanos. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva*, 2011-12, pp. 83-99.

<sup>48</sup> Si veda, sul punto, MAURO BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, spec. p. 141 ss., *ma passim*. In merito, poi, imprescindibili appaiono le riflessioni di RODOLFO SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2007, spec. pp. 75-88 ove tratta del pluralismo giuridico, *ma passim*.

Così come, sotto altro e connesso aspetto, appare altrettanto non ipotizzabile la giuridica definizione di un valore. I valori, infatti, appartengono alle soggettività viventi in un contesto sociale storicamente mutevole, e non sono un'entità cristallizzabile in una raccolta di fonti atto pronte all'immediata applicazione. Le fonti applicabili di diritto positivo, come ha da tempo ben spiegato attenta dottrina, sono costituite da «regole» o al massimo da «principi», mentre i «valori» in sé giacciono nell'orbita del pre-giuridico in attesa di essere in parte positivizzati<sup>49</sup> (e solo in parte, a seconda della volontà del legislatore o dell'interprete qualificato di turno, piuttosto che dalla co-produzione delle volontà di entrambi<sup>50</sup>).

Valori e principi sono spesso nella pratica confusi, ma hanno una natura assai diversa. Tale discrasia continua a verificarsi perché essi «hanno in comune il nucleo: entrambi si possono riferire ai medesimi beni, come ad esempio, la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l'arte, oppure la sicurezza, l'espansione economica, il benessere, la potenza dello Stato, la nazione e perfino la razza». Quel che li differenzia è questo: mentre in sé il «valore è un *bene finale, fine a se stesso*, che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*», al contrario il principio «è un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*». In altre parole, mentre il primo è destinato a trasformarsi, nella sua massima espressione di potenza, schmittianamente in un «tiranno» (essendo il suo criterio di legittimità «l'efficienza al fine», ogni azione o giudizio trova giustificazione in un qualsiasi «mezzo», sino al punto che «il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni», come la guerra e gli stermini di massa per assicurare la pace e la libertà), le azioni e i giudizi fatti

---

<sup>49</sup> Sulla distinzione tra valori, principi e regole, non potendo in questa sede fare riferimento alla sterminata letteratura (non solo costituzionalistica) che si è occupata del tema (se si vuole, è possibile rinvenire una nutrita bibliografia sul tema nel mio *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014), si farà qui esclusivo riferimento all'autore che, a giudizio di chi scrive, forse ad oggi è riuscito meglio ad inquadrare le complesse problematiche scaturenti della suddivisione concettuale. Si veda, pertanto, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in «*Quaderni fiorentini*», XXXI, 2002, p. 865 ss., ora rinvenibile anche in *Id.*, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 85 ss. Dello stesso A., si veda, poi, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, spec. p. 147 ss.; e *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, p. 205 ss.

<sup>50</sup> Sul diritto inteso come fenomeno di fisiologica co-produzione normativa, ossia di diritto costruito, nella realtà della dimensione giuridica, tanto del legislatore quanto del giudice in qualità di interprete applicatore di ultima istanza, sia permesso, ancora una volta, rinviare a ANTONIO GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione e co-produzione normativa*, op. cit., spec. p. 87 ss.; e, da ultimo, *Id.*, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 maggio 2016.



in nome di un principio traggono invece validità dal contenuto normativo «riconducibile al principio» medesimo, ossia all'interno degli argini di una logica ordinamentale in cui esso può essere giuridicamente soppesato e bilanciato<sup>51</sup>.

Ciò sostanzialmente significa che gli stessi beni posti a fondamento di entrambi, soltanto in applicazione di principi – non già di valori – possono convivere senza che nessuno di esso corra il rischio di angariare in modo risolutivo il diritto vantato da altri. È quanto avvenuto, ad esempio, nel “caso Ilva” ove, come è risaputo, a fronteggiarsi sono stati due diritti egualmente fondamentali: quello al lavoro e quello alla salute. In questa circostanza è stata proprio la Corte costituzionale che ha fatto tesoro di tali postulati, affermando che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»<sup>52</sup>.

Le aporie appena richiamate non esauriscono il loro peso sul terreno dei dibattiti teorici. Tutt'altro. Se prendiamo minimamente sul serio quanto fin qui solo tratteggiato, la questione diventa quella della misura e delle modalità con cui *il discorso e la pratica* della garanzia delle libertà e dei diritti costituzionali sono disposti a riconoscere ciascuna di queste appartenenze, spesso stratificate e intrecciate tra loro.

Quando nella realtà magmatica della dimensione giuridica ci si imbatte nei c.d. «reati culturalmente motivati»<sup>53</sup>, ovvero sia quando gli organi di giustizia si trovano a dover decidere di quei comportamenti che per la legge di un Paese sono illegali, ma che non sono compresi come tali da chi li pone in essere in quanto considerati legittimi e talvolta doverosi nella propria cultura<sup>54</sup>, il rischio di decisioni contraddittorie e discriminanti è

<sup>51</sup> Le citazioni sono ancora di GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, op. cit., pp. 92-94. Per una diffusa riflessione sul tema del bilanciamento, quasi scontato è qui il rinvio a ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 85 del 2013, considerato in diritto n. 9.

<sup>53</sup> In merito cfr., almeno, FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010; e ELISA OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, pp. 33-44.

<sup>54</sup> Basti pensare, ad esempio, alle delicate questioni che riguardano il velo islamico (in tutte le sue tipologie, dalla meno alla più invasiva, *foulard, hijab, chador, niqab, burqa*); ai seguaci della religione tradizionale americana, i *Native Americans*, che per fede fumano una sostanza stupefacente considerata dalle stesse leggi occidentali psicotropa, il *peyote*; ai fedeli del gruppo religioso denominato *Santo Daime*, i quali bevono un infuso psichedelico di diverse piante amazzoniche (*l'ayahuasca*) da loro ritenuto una medicina naturale per il corpo e per l'anima misconosciuta dalla scienza medica occidentale; e, infine, ai fedeli della religione *Rastafariana*, gruppo politico-religioso proveniente dalla Giamaica, che fumano marijuana a scopo meditativo. In tutti questi casi è evidente la necessità di una disciplina sovranazionale in grado di contemperare il diritto di fede con le finalità

altissimo<sup>55</sup>. Così come, quando si inneggiano con faciloneria valori appartenenti ad un presupposto esistente modello occidentale, non ci si accorge del rischio di “tiraneggiare” le altre culture, (s)opprimendole in nome di un non espressamente dichiarato neocolonialismo votato alla «occidentalizzazione del mondo»<sup>56</sup>.

In attesa di un possibile intervento in materia del legislatore<sup>57</sup>, meglio

---

di pubblica sicurezza. Si tratta, in queste ipotesi, di beni di rilevanza inter-costituzionale che non possono ammettere la frammentazione di discipline interne generative di disuguaglianze. Lo stesso comportamento, si vuol dire, essendo espressione di diritti umani fondamentali, non dovrebbe essere permesso o vietato a seconda della (in)sensibilità della legislazione di ciascun singolo Stato. In un affresco di questo tipo, dovrebbe più che mai valere l'insegnamento di quello che forse è stato il più grande giurista democratico del secolo scorso, Hans Kelsen. Egli scrive, infatti, in una prospettiva di pace internazionale che non sia incentrata soltanto su interessi economici e leggi di mercato, che il concetto di sovranità nazionale «senza dubbio [...] deve essere rimosso. E' questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo bisogno!». Cfr. HANS KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 469.

<sup>55</sup> In assenza di vincolo del precedente, tipico dei Paesi di *common law*, il rischio che decisioni altamente discrezionali dei giudici possano di fatto creare «disuguaglianze» è, da ultimo, rilevato da ANNA MARIA NICO, *Il diritto giurisprudenziale “creativo” è uguale per tutti? Brevi riflessioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in MICHELE DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del convegno* (Campobasso, 19-20 giugno 2015), (Quaderni del Gruppo di Pisa. Convegni), Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 331 ss. Ritene che compito fondamentale del giudice debba essere quello di garantire eguaglianza VINCENZO TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, op. cit., p. 481 ss. Sull'importanza che invece assume nel nostro ordinamento il principio di eguaglianza non solo per i «cittadini» ma anche per gli «stranieri», cfr. CECILIA CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 3/2014, spec. 5 ss.

<sup>56</sup> Per fare solo accenno alle acute osservazioni di SERGE LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Bollati Boringhieri, Milano, 1992.

<sup>57</sup> E' stata depositata in Parlamento una proposta di legge che, ove approvata, consentirebbe forse di trovare un migliore equilibrio tra esigenze di pubblica sicurezza e libertà di portare il kirpan per il fedele. Il testo della proposta è il seguente: “1. I cittadini o gli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio della Repubblica sono autorizzati a portare il loro tradizionale coltello religioso, denominato *Kirpan*, a condizione che sia fabbricato in modo da assicurarne l'inidoneità a produrre ferite da taglio e l'impossibilità di affilarlo. / 2. La direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato, istituita presso il Ministero dell'interno, giudica dell'inidoneità del *Kirpan* a produrre ferite e dell'impossibilità di affilarlo e rilascia apposita autorizzazione alle imprese produttrici. / 3. La direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato si assicura della congruità del modello autorizzato di *Kirpan* a soddisfare le finalità religiose collegate al suo porto, acquisendo il parere dei vertici della rappresentanza dei Sikh in Italia. / 4. Il *Kirpan* prodotto secondo i criteri di cui al comma 1 deve essere provvisto di un segno riconoscibile, approvato dalla direzione centrale per gli affari generali della Polizia di Stato, con il consenso dei vertici della rappresentanza dei Sikh nel nostro Paese. / 5. Il Ministro dell'interno con proprio decreto, da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, disciplina la procedura di valutazione dei modelli letali di *kirpan* e di rilascio delle licenze a produrli e commercializzarli”. Cfr. Senato della Repubblica, XVII Legislatura – Ddl n. 1910 presentato il 6 maggio 2015: “*Disposizioni in materia di porto di Kirpan da parte dei cittadini o degli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio*”

avrebbe pertanto fatto il Supremo collegio ad esprimersi – a limite – in termini “principiali” preoccupandosi, piuttosto, di verificare se non fosse stato il caso di interrogare il giudice delle leggi per ottenere un ragionevole riscontro circa la legittimità costituzionale dell’articolo 4, comma 2 della l. 110/75<sup>58</sup>.

Invero, per come è scritta la legge, non è affatto scontato che possa uscire indenne da un’attenta disamina della Consulta. Si potrebbe in ipotesi immaginare una sentenza della Corte che vada a definire l’indeterminatezza della formula legislativa «giustificato motivo» tenendo conto non soltanto del parametro *ex art. 19 Cost.* (il che, evidentemente, avrebbe un effetto prevalentemente circoscritto ai sikhisti), ma, più in generale, anche e soprattutto dei risvolti del *principio costituzionale di offensività*, come visto da essa stessa riconosciuto a più riprese.

La matrice costituzionale del principio di offensività è, infatti, correttamente desunta dai seguenti parametri costituzionali: *a)* dall’art. 13 Cost., il quale, tutelando la libertà personale, richiede che l’irrogazione di una sanzione penale (spesso limitativa di quel bene) debba essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango<sup>59</sup>; *b)* dall’art. 25, co. 2, Cost., che, subordinando la sanzione penale alla commissione di un «fatto», conseguentemente richiede che il legislatore punisca condotte materiali ed offensive (non già la mera disobbedienza), atteso che in caso contrario la pena non potrebbe svolgere la sua funzione di orientamento culturale, che presuppone appunto l’incriminazione e la punizione di fatti offensivi<sup>60</sup>; *c)* dagli artt. 25 e 27 Cost., che, distinguendo le «pene» dalle «misure di sicurezza» (con funzione, queste ultime, esclusivamente preventiva), nel momento in cui il legislatore sanziona condotte non offensive, assegnerebbe alla pena il ruolo proprio della misura di sicurezza<sup>61</sup>; *d)* dall’art. 27, co. 3. Cost., alla luce del fatto che, pretendendo lo stesso «principio rieducativo della pena» la percezione dell’antigiuridicità e dell’aggressività sociale del comportamento da parte del condannato, l’applicazione della pena per un fatto inoffensivo farebbe percepire la sanzione come ingiusta, impedendo al

---

*della Repubblica*”. Il progetto di legge risulta assegnato alla I Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente il 13 aprile 2016.

<sup>58</sup> Della stessa opinione è una sensibile dottrina. Cfr. ANTONIO RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova*, op. cit., p. 315.

<sup>59</sup> In tal senso FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, p. 15 ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> In tal senso MARCELLO GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.

reo di predisporre ad accettare l'offerta di recupero sociale di cui è portatrice la sanzione stessa<sup>62</sup>; da ultimo, ma non ultimo, e) dall'art. 21 Cost. in quanto, atteso che ogni agire umano è espressione del proprio mondo interiore, del proprio intelletto, della propria volontà, ed è dunque tutelato come forma di libera espressione di pensiero, la sanzione di meri comportamenti inoffensivi si tradurrebbe in una compressione della libertà di pensiero intollerabile dall'impianto costituzionale<sup>63</sup>.

L'art. 4, comma 2 della l. 110/75, consentendo di punire senza che in concreto sussista neppure il pericolo dell'offesa al bene giuridico (ordine pubblico «internazionale»), andrebbe pertanto dichiarato incostituzionale nella parte in cui non consente di escludere la penale responsabilità di quanti portano «fuori dalla propria abitazione...strumenti da punta o da taglio» che, per le caratteristiche dell'oggetto, la personalità del possessore ed il contesto di utilizzo risultino in concreto essere ragionevolmente inoffensivi.

Le esigenze di pubblica sicurezza sono di per sé assicurate nel momento in cui il sospettato viene fermato o arrestato dalle forze dell'ordine. Dopodiché, una volta accertata nel giudizio l'assenza dell'offesa al bene giuridico da parte dell'imputato, comminare una qualsivoglia sanzione appare eufemisticamente un *monstrum iuris*.

Vale la pena qui ricordare, a conclusione di queste brevi riflessioni, le parole di Carl Schmitt spese a proposito dell'hartmanniana «tirannia dei valori». Scrive lo studioso di Plettenberg: «...Un giurista che s'impegna nel diventare un attuatore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare, in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale»<sup>64</sup>.

Diversamente, specie se in mancanza di una seria volontà diretta alla «riconciliazione» delle diverse tradizioni culturali e giuridiche al fine di garan-

---

<sup>62</sup> Cfr., ancora, FRANCO BRICOLA, *op. loc. cit.*

<sup>63</sup> In tal senso LUIGI STORTONI, in TULLIO PADOVANI – LUIGI STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, il Mulino, Bologna, p. 90 ss. Per una migliore comprensione del significato dell'art. 21 Cost., si veda, poi, ALDO LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 472 ss.

<sup>64</sup> CARL SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008, p. 68.

tire la ricchezza delle «differenze»<sup>65</sup>, chi con leggerezza inneggia e proclama «valori» corre il rischio di apparire, anche solo inconsapevolmente, un «lestofante»<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> In merito, imprescindibili appaiono le riflessioni di PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, op. cit., spec. p. 561 ss., ma *passim*.

<sup>66</sup> L'incisiva espressione è di GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, op. cit., p. 93, il quale testualmente scrive che «chi, nel campo del diritto, troppo sbandiera valori è spesso un lestofante».

*Enti di adozione e obiezione di coscienza.  
Osservazioni su alcuni recenti provvedimenti legislativi statunitensi*

MARIA LUISA LO GIACCO

1. *Matrimonio omosessuale, enti di adozione e religious exemptions negli USA*

Negli ultimi mesi alcuni stati della federazione americana, il South Dakota, l'Alabama e il Texas, hanno promulgato leggi che consentono alle agenzie religiose che curano le procedure di adozione e affidamento di bambini, di rifiutarsi di prestare la propria opera a favore delle coppie omosessuali.

Queste leggi si collocano all'interno di un dibattito che ha riguardato la legislazione degli Stati Uniti in seguito alla parificazione del matrimonio omosessuale a quello eterosessuale, avvenuto con la sentenza della Corte Suprema *Obergefell v. Hodges* del 2015<sup>1</sup>. Nel testo di questo provvedimento i giudici sottolineano che, tra i motivi che devono condurre all'equiparazione di tali unioni al matrimonio, va considerata la necessità che i figli, biologici o adottivi, della coppia omosessuale, possano godere di un ambiente familiare stabile dal punto di vista giuridico<sup>2</sup>. Da alcuni anni, infatti, le leggi statali statunitensi hanno stabilito il diritto delle coppie omosessuali di adottare un bambino.

Negli USA, come del resto avviene anche in Italia, le procedure di adozione prevedono l'intervento di enti che curano l'abbinamento tra il bambino

---

<sup>1</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 11 (2015).

<sup>2</sup> Un commento alla sentenza in FILIPPO VIGLIONE, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, 589-601. Si veda inoltre 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, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), n. 25/2015, 1-7; GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Torino, Giappichelli, 2015, 192-198.

e gli aspiranti genitori<sup>3</sup>. Queste organizzazioni, che in Italia sono private anche se autorizzate dalla Presidenza del consiglio dei ministri e intervengono solo nelle procedure di adozione internazionale, nel sistema americano sono sovvenzionate con fondi pubblici, si occupano anche di affido e di adozione nazionale, e spesso sono di natura confessionale. Si è posta perciò la questione della tutela della libertà religiosa degli enti di adozione cattolici, e della possibilità di veder riconosciuta un'esenzione a loro favore nei confronti della legge che li obbligherebbe ad affidare bambini alle coppie omosessuali.

Nel 2004, un sito – *adoption.com* – rifiutò di pubblicare il profilo di due coniugi omosessuali californiani che intendevano adottare. La California riconosceva da alcuni anni il diritto delle coppie dello stesso sesso di adottare, ma i gestori del sito, che aveva base in Arizona, sostenevano di non essere tenuti ad applicare la legge californiana; la loro pretesa fu respinta nel corso di un giudizio arbitrale, in seguito al quale il sito chiuse le sue attività in California<sup>4</sup>.

Qualche anno dopo, nel 2011, alcuni organi di stampa statunitensi riferivano il caso degli enti cattolici dell'Illinois, costretti a chiudere, dopo oltre quaranta anni di lavoro a favore dell'infanzia in difficoltà e abbandonata, a causa del blocco dei finanziamenti pubblici, deciso in seguito al loro rifiuto di applicare la legge che stabilisce il diritto delle coppie omosessuali di ricorrere all'adozione. Gli enti cattolici avevano chiesto di poter continuare a lavorare, indirizzando le coppie non sposate ed omosessuali verso altri enti, ma il governo dell'Illinois aveva ritenuto tale comportamento discriminatorio<sup>5</sup>.

Stessa sorte avevano avuto le agenzie cattoliche di adozione di Washington D.C., Boston e California. A Boston e in genere nel Massachusetts, le *Catholic Charities*, che avevano iniziato a operare nel 1727 proprio a favore dei bambini orfani o abbandonati, e che si occupavano di un terzo di tutte le adozioni e gli affidi dello Stato, riuscendo a trovare una famiglia anche a bambini particolarmente problematici per motivi di salute, psicologici o

---

<sup>3</sup> Cfr. MARIA LUISA LO GIACCO, *Religione e cultura nell'adozione internazionale*, in *Diritto e Religioni*, 2015, I, 341-359.

<sup>4</sup> Episodio riportato da ROBIN FRETWELL WILSON, *A Matter of Conviction: Moral Clashes over Same-Sex Adoption*, in *Brigham Young University Journal of Public Law*, 22 (2007-2008), 475-476.

<sup>5</sup> *Catholic Charities ends battle over civil unions law in Illinois*, in *Los Angeles Times*, November 15, 2011, <http://articles.latimes.com/2011/nov/15/nation/la-na-gay-adoptions-20111115> (consultato il 15 maggio 2017); LAURIE GOODSTEIN, *Illinois Catholic Charities close over adoption rule*, in *New York Times*, December 29, 2011, <https://www.bostonglobe.com/news/nation/2011/12/29/illinois-catholic-charities-close-rather-than-allow-same-sex-couples-adopt-children/Km9RBLkpKzABN-LJbUGhvJM/story.html> (consultato il 15 maggio 2017).

perché di età elevata, hanno smesso di fare adozioni<sup>6</sup>. Si erano trovate infatti a dover decidere se continuare la propria missione, violando i principi sui quali si fondavano, o rimanere fedeli alla propria identità cessando però l'attività. Il riconoscimento di un'esenzione, per motivi religiosi, dalla legge che proibisce ogni discriminazione nell'accesso all'adozione per le coppie gay, era stata richiesta per tutelare la libertà religiosa degli enti cattolici di adozione ed era stata proposta dal governatore dello stato del Massachusetts, senza però successo. Era stato osservato, infatti, come la legge che vietava ogni discriminazione su base sessuale fosse una legge generale e neutrale, e che nessuna causa basata sul rispetto della *free exercise clause* avrebbe pertanto avuto successo. Era stato inoltre sottolineato il carattere di servizio sociale dell'adozione, in quanto destinata al bene della collettività e disciplinata dalle leggi statali, e che perciò in nessun modo potesse essere considerata come un'attività religiosa, non costituendo un aspetto fondamentale della fede cattolica o un'opera di evangelizzazione<sup>7</sup>. Le richieste delle *Catholic Charities* di essere esentate dall'applicazione della legge antidiscriminatoria sono state perciò respinte e le loro attività nel campo dell'adozione hanno dovuto cessare<sup>8</sup>.

Negli anni successivi altri stati hanno invece ammesso la possibilità che gli enti di adozione si rifiutino di operare a favore di coppie omosessuali per motivi religiosi. Tra questi la Virginia, il North Dakota, il Texas, la Florida, il Michigan, l'Alabama e il South Dakota con le leggi che qui si commentano.

La legge n. 4188 del 2015 del Michigan è una modifica alla precedente legge di protezione dell'infanzia<sup>9</sup>. L'art. 14, lett. a), ricorda il principio ge-

---

<sup>6</sup> È da notare che la necessità di trovare una famiglia ai bambini più "difficili", quelli che vengono definiti bambini *special needs*, ovvero affetti da malattie, ritardo psico-motorio, disturbi psicologici, di età elevata, gruppi numerosi di fratelli, viene indicata come una delle ragioni a favore delle adozioni da parte di omosessuali. Alcune indagini hanno infatti evidenziato che la maggior parte delle adozioni di questi bambini avvengono proprio da parte di omosessuali: cfr. CYNTHIA R. MABRY, *Opening Another Exit from Child Welfare for Special Needs Children*, in *St. Thomas Law Review*, 18 (2005-2006), 269-324.

<sup>7</sup> In generale, sugli aspetti di conflittualità tra esercizio del diritto di libertà religiosa e riconoscimento giuridico dei matrimoni omosessuali, cfr. DOUGLAS LAYCOCK, ANTHONY R. PICARELLO JR., ROBIN FRETWELL WILSON (eds.), *Same-Sex Marriage and Religious Liberty. Emerging Conflicts*, Lanham – Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

<sup>8</sup> Cfr. COLLEEN THERESA RUTLEDGE, *Caught in the Crossfire: How Catholic Charities of Boston was Victim to the Clash Between Gay Rights and Religious Freedom*, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 15 (2008), 297-314.

<sup>9</sup> Il testo della legge è riportato in appendice all'articolo di NIRAJ WARIKOO, *Mixed reaction greets Michigan's new gay adoption law*, in *USA TODAY*, 12 giugno 2015, <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2015/06/12/gay-unmarried-couple-adoption-michigan/71115236/> (consultato il 15 maggio 2017).



nerale secondo il quale è un obiettivo preminente (*a paramount goal*) dello stato riuscire a far sì che i bambini senza o fuori famiglia trovino una casa sicura, accogliente e amorevole. Questo obiettivo viene realizzato, secondo la stessa legge, grazie alle 105 agenzie di adozione e affido che operano nello stato, il cui numero elevato viene considerato un bene perché faciliterebbe la collocazione in famiglia dei bambini in difficoltà. Si ricorda poi che gli enti di adozione hanno varia natura, alcuni confessionale: in relazione a questi ultimi, la lettera e) stabilisce che essi godono del diritto di libertà religiosa in base alla costituzione statale e federale, e che questo diritto include la libertà di astenersi da atti e comportamenti che contrastano con i principi affermati dalla propria fede religiosa. Perché i bambini e le famiglie del Michigan possano continuare a giovare dell'opera degli enti cattolici di adozione, la legge si preoccupa che questi possano continuare a lavorare.

La legge dell'Alabama del 7 febbraio 2017 si intitola *Alabama Child Placing Agency Inclusion Act* e si propone lo scopo di impedire ogni discriminazione da parte delle autorità pubbliche nei confronti degli enti che si occupano di affido e adozione, qualora tali organizzazioni si dovessero rifiutare di portare avanti procedure che siano in contrasto con i principi religiosi ai quali si ispirano<sup>10</sup>. La legge, all'art. 2, dopo aver ricordato che l'Alabama si preoccupa della tutela dell'infanzia servendosi dell'ausilio di diverse organizzazioni, pubbliche e private, benefiche o religiose, sottolinea che le organizzazioni religiose hanno una lunga storia di servizio all'infanzia in difficoltà. Il fatto che si tratti di enti religiosi viene considerato un valore da tutelare, poiché rispecchia una tradizione di impegno sociale dei credenti: *The faith of the people of the United States has always played a vital role in efforts to serve the most vulnerable* (sec. 2. 4). Lo scopo dichiarato della legge viene perciò indicato nel desiderio di garantire, a chi opera a favore dei bambini, di poter continuare a farlo in modo coerente con i principi, anche religiosi, che hanno in origine ispirato la sua azione. Si osserva che le organizzazioni religiose hanno dimostrato negli anni di saper gestire in maniera particolarmente eccellente le procedure di affido e di adozione e che, se venissero meno le autorizzazioni e i fondi pubblici, tali enti sarebbero costretti a chiudere. Una volta ricordato il ruolo degli enti di adozione di ispirazione confessionale, viene affermato il loro diritto di libertà religiosa, che non può essere limitato se non per tutelare un *compelling governmental interest*, e che comprende la libertà di astenersi da procedimenti e atti che siano contrari ai convincimenti religiosi della fede alla quale l'ente si ispira (sec. 2.8, 2.9). Da

---

<sup>10</sup> In <http://alisondb.legislature.state.al.us/ALISON/SearchableInstruments/2017RS/PrintFiles/HB24-enr.pdf> (consultato il 15 maggio 2017).

ultimo la legge ribadisce l'importanza del pluralismo all'interno delle organizzazioni che si occupano di adozione e affidamento, che è garanzia per le stesse famiglie, alle quali viene così offerto un ampio ventaglio di associazioni alle quali possono liberamente rivolgersi, religiose o laiche: il riconoscimento del diritto di libertà religiosa degli enti non impedisce perciò a nessuno di adottare (sec. 2.13, 2.14, 2.16).

La legge del South Dakota, n. 149 del 2017, si intitola *Act to Provide Certain Protections to Faith-based or Religious Child-placement Agencies*. Secondo l'art. 3 nessun ente che si occupa di adozione può essere obbligato ad operare in contrasto con le proprie convinzioni morali o religiose, né lo stato può discriminare gli enti religiosi nell'erogazione dei fondi pubblici (sec. 5). Obiettivo della legge è indicato nella protezione e nel rafforzamento della libertà religiosa di chi opera nel campo delle adozioni<sup>11</sup>.

Recentissima è la legge texana, approvata il 22 maggio 2017<sup>12</sup>, che si intitola *Act relating to protection of the rights of conscience for child welfare services providers* e modifica lo *Human Resources Code*. Lo scopo della legge viene indicato nell'obiettivo di mantenere un numero consistente di enti che si occupano dell'affidamento e dell'adozione dei bambini, e di consentire a persone dal differente background religioso e culturale di partecipare a tali procedure, nel *best interest* degli stessi bambini. Essa proibisce allo stato di discriminare le organizzazioni che si occupano di adozione e affidamento, qualora esse scelgano di non operare a favore di situazioni familiari contrastanti con i loro principi religiosi, o decidano di dare in affidamento o in adozione i bambini a famiglie che garantiscano loro un'educazione religiosa. In linea generale, per tutelare la libertà religiosa degli enti, la legge prevede che nessuna organizzazione che si occupa di sostegno alle persone in difficoltà possa essere obbligata ad agire in contrasto con i principi religiosi ai quali si ispira<sup>13</sup>.

I provvedimenti qui illustrati mostrano una tendenza del legislatore statale americano ad accondiscendere alle richieste di *religious exemptions* che provengono dagli enti religiosi in questioni coinvolgenti la famiglia e la fi-

---

<sup>11</sup> In <http://www.sdlegislature.gov/docs/legsession/2017/Bills/SB149P.htm> (consultato il 15 maggio 2017).

<sup>12</sup> Ne dà notizia JIM VERTUNO, *Texan adoption agency 'religious refusal' closer to law*, in *AP News*, 23 maggio 2017, <https://apnews.com/d506867f56cd49a9acafd7b5a8ce25d8> (consultato il 23 maggio 2017); nell'articolo si sottolinea che le agenzie cattoliche di adozione in Texas sono circa il 25 per cento del totale e che la legge è stata giustificata dai suoi sostenitori rimarcando il fatto che essa non impedisce alle coppie omosessuali di adottare poiché potranno comunque rivolgersi ad enti non religiosi.

<sup>13</sup> Il testo in <https://apnews.com/d506867f56cd49a9acafd7b5a8ce25d8> (consultato il 23 maggio 2017).

liazione. Si tratta di una novità degli ultimi anni, dopo un primo periodo nel quale invece tali pretese erano state considerate illegittime poiché in contrasto con il diritto antidiscriminatorio. I contrari a tale nuovo indirizzo ritengono che sia il frutto della nuova politica portata avanti dalla Corte Suprema in materia di libertà religiosa, *religious accomodation*, e diritto antidiscriminatorio, che troverebbe la sua manifestazione più compiuta nel caso *Hobby Lobby*<sup>14</sup>.

## 2. Uno sguardo al Vecchio Continente

Nel Regno Unito l'entrata in vigore dell'*Equality Regulation Act* del 2007 e dell'*Equality Regulation Act* del 2010, che vietano qualsiasi discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, e che di fatto hanno aperto la strada all'adozione da parte delle coppie omosessuali, con la piena parificazione dei matrimoni da loro contratti a quelli eterosessuali, ha creato difficoltà alle agenzie cattoliche di adozione, che hanno tentato di sollevare obiezione di coscienza, facendo valere la loro caratteristica confessionale.

Anche in Gran Bretagna le agenzie private di adozione, religiose o laiche, ricevono fondi pubblici a sostegno della loro attività; quelle cattoliche sono generalmente gestite dalle diocesi<sup>15</sup>. La legge inglese conosce diversi casi di esenzione da un obbligo per motivi religiosi: nota è la possibilità per i fedeli sikh di non indossare i caschi di sicurezza obbligatori nei cantieri o alla guida dei motocicli, o di portare in pubblico il pugnale rituale (il kirpan).

Sperando che un'esenzione per motivi religiosi potesse essere prevista anche per le attività degli enti cattolici di adozione, il 22 gennaio del 2007 il cardinale O'Connor, allora vescovo di Westminster, scrisse una lettera al Primo ministro in carica, Tony Blair, con la quale gli comunicava che le tredici agenzie cattoliche che operavano nel Regno Unito sarebbero state costrette a chiudere se non fossero state esentate dall'applicazione della legge che le

---

<sup>14</sup> *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 22 (2014). Sul caso Hobby Lobby si veda MARCO PARISI, *La vicenda Hobby Lobby: un caso di difficile equilibrio tra libertà religiosa e diritto alla salute*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, II, 378-397; GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, cit., 137-167. Cfr. inoltre, PAUL HORWITZ, *The Hobby Lobby Moment*, in *Harvard Law Review*, 128 (2014-2015), 154-189; IRA C. LUPU, *Hobby Lobby and the Dubious Enterprise of Religious Exemptions*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 38 (2015), 35-101. In generale, sulla politica ecclesiastica del Congresso U.S.A., cfr. MARCI A. HAMILTON, *The Case for Evidence-Based Free Exercise Accommodation: Why the Religious Freedom Restoration Act Is Bad Public Policy*, in *Harvard Law and Policy Review*, 9 (2015).

<sup>15</sup> Cfr. HELEN COSTIGANE, *Catholic Adoption Agencies and "Gay Adopters"*, in *Law and Justice – Christian Law Review*, 161 (2008), 98-110.

obbligava a dare in adozione i bambini anche a coppie dello stesso sesso. Sottolineava che ogni anno queste agenzie riuscivano a trovare una famiglia per circa 200 bambini, spesso i più problematici<sup>16</sup>. La lettera non riuscì nello scopo; il parlamento inglese non ritenne di prevedere un'esenzione dall'applicazione dell'*Equality Regulation Act* a favore degli enti cattolici che operavano nel campo delle adozioni. Anche nella dottrina è prevalsa l'idea che, poiché gli enti sono parzialmente finanziati dallo stato, con cui stipulano un contratto in virtù del quale si impegnano a fornire un servizio pubblico, la qualifica di religiosi perde valore<sup>17</sup>.

Fallita l'operazione di lobbying, le agenzie cattoliche hanno tentato di ottenere un'esenzione percorrendo la via giudiziaria. Un ente, denominato *Catholic Care*, di proprietà della diocesi cattolica di Leeds, ha provato a modificare il proprio statuto trasformandosi in un *charitable instrument*, poiché questo era l'unico modo che avrebbe consentito all'ente di sottrarsi dall'applicazione dell'*Equality Regulation Act*. Il tribunale di prima istanza ha respinto tale richiesta, per questo l'associazione ha fatto ricorso: nella sentenza d'appello<sup>18</sup>, si legge che l'interesse a promuovere il modello di famiglia tradizionale (quella che l'associazione ricorrente definisce "famiglia di Nazareth") non è condiviso dal legislatore inglese, che ha al contrario stabilito una totale eguaglianza e parità di trattamento fra la famiglia eterosessuale e quella omosessuale. Per quanto riguarda l'interesse supremo (*paramount*, nel testo della sentenza) dei bambini, il tribunale ha ritenuto che aprire la platea dei possibili adottanti debba essere considerato come un fattore positivo, poiché in teoria ciò garantirebbe una maggiore possibilità per i minori di trovare una famiglia<sup>19</sup>. Il ricorso è stato così rigettato, e l'associazione *Catholic Care* nel 2008 ha chiuso i battenti, seguita da altre agenzie diocesane di adozione; le agenzie cattoliche di adozione britanniche che

---

<sup>16</sup> Il testo integrale della lettera in [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/6290073.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/6290073.stm) (consultato il 15 maggio 2017).

<sup>17</sup> Cfr. RUSSEL SANDBERG, NORMAN DOE, *Religious Exemptions in Discrimination Law*, in *Cambridge Law Journal*, 66, July 2007, 2, 303-309.

<sup>18</sup> *Catholic Care (Diocese of Leeds) and Charity Commission for England and Wales*, 2 novembre 2012, [http://taxandchancery\\_ut.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/decisions/charity-commission-v-steve-hunt.pdf](http://taxandchancery_ut.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/decisions/charity-commission-v-steve-hunt.pdf) (consultato il 15 gennaio 2017).

<sup>19</sup> In realtà, quest'affermazione può essere vera per quanto riguarda l'adozione nazionale (fenomeno piuttosto residuale nei Paesi occidentali perché pochi, per fortuna, i bambini orfani o in stato di abbandono), mentre non è vera per l'adozione internazionale, anzi è assolutamente falsa. Infatti, molti dei Paesi dai quali provengono i bambini in adozione internazionale – e tra questi la Federazione Russa che è stato lo scorso anno il Paese dal quale numericamente sono stati adottati più bambini – chiudono completamente le adozioni verso i Paesi che hanno una legislazione che ammette le adozioni da parte di coppie omosessuali.

hanno deciso di continuare a operare hanno dovuto rinunciare alla qualifica di “diocesane”<sup>20</sup>.

Il mancato riconoscimento di un diritto all’obiezione di coscienza non ha colpito solo gli enti, ma anche i singoli impegnati nell’accoglienza ai bambini abbandonati. Robin Fretwell Wilson riporta, a questo proposito, il caso di una coppia inglese che gestiva una casa famiglia e che nel corso degli anni aveva accolto e si era presa cura di circa 30 bambini e ragazzi abbandonati o in difficoltà. I due coniugi nel 2007 decisero di chiudere la casa famiglia poiché i servizi sociali avevano chiesto loro di firmare un contratto nel quale si impegnavano a insegnare ai bambini loro affidati che non vi è alcuna differenza fra matrimonio eterosessuale e omosessuale. La coppia spiegò che, pur non avendo mai discriminato nessuno, non intendevano impartire ai bambini insegnamenti contrari ai principi religiosi nei quali sinceramente credevano e ai quali si ispirava la loro stessa opera di accoglienza<sup>21</sup>.

Su questi temi ci troveremo probabilmente a discutere nei prossimi anni in tutti i paesi europei che decideranno di parificare il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale anche dal punto di vista della possibilità di accedere all’adozione, nei casi in cui la legge prevede l’intervento di enti privati nelle procedure adottive.

In Italia, la legge del 20 maggio 2016, n. 76 che regola l’unione civile tra persone dello stesso sesso e le convivenze, non disciplina l’eventuale adozione dei figli da parte delle coppie omosessuali; tuttavia, il documento conoscitivo sullo stato delle adozioni e sulla legge che le regola della Commissione giustizia della Camera dei deputati<sup>22</sup>, pubblicato il 7 marzo 2017, si è espresso in maniera favorevole nei confronti dell’adozione da parte di coppie dello stesso sesso, suscitando polemiche e minacce di futura obiezione di coscienza da parte di alcuni rappresentanti di enti adottivi di tendenza cattolica<sup>23</sup>.

In attesa delle eventuali modifiche legislative, ci sono due aspetti da tene-

---

<sup>20</sup> Notizie tratte da Radio Vaticana, 27 giugno 2009, <http://www.segnideitempi.org/costrette-a-chiudere-le-agenzie-cattoliche-inglesi-per-le-adozioni/cultura-e-societa/famiglia/costrette-a-chiudere-le-agenzie-cattoliche-inglesi-per-le-adozioni/> (consultato il 15 gennaio 2017).

<sup>21</sup> Cfr. ROBIN FRETWELL WILSON, *A Matter of Conviction*, cit., 481.

<sup>22</sup> Il testo si può leggere in: <http://www.publicpolicy.it/wp-content/uploads/2017/03/adozionireal.pdf> (consultato il 15 maggio 2017).

<sup>23</sup> Cfr. le notizie riportate da SARA DE CARLI, *La Commissione Giustizia dice sì alle adozioni per le coppie omosessuali*, in *VITA*, 10 marzo 2017, <http://www.vita.it/it/article/2017/03/10/la-commissione-giustizia-dice-si-alle-adozioni-per-le-coppie-omosessua/142741/> (consultato il 15 maggio 2017). I commenti di esponenti dell’associazionismo cattolico in <http://www.aibi.it/ita/adozioni-gay-de-palo-forum-associazioni-familiari-ci-sono-ben-altre-urgenze-oggi-in-italia-piu-di-5-milioni-di-coppie-sposate-senza-figli/> (consultato il 15 maggio 2017).

re in considerazione. Il primo è relativo all'affido, che può essere chiesto da un single (che potrebbe a sua volta essere partner di un'unione omosessuale); il secondo è legato al ruolo della giurisprudenza, che ha recentemente riconosciuto in più occasioni il diritto di adottare i figli del partner, quando ciò viene ritenuto utile nell'interesse del minore. Come ha ribadito recentemente il Tribunale di Milano, pur non esistendo nel nostro ordinamento un diritto all'adozione, questa può essere dichiarata anche nei confronti del convivente omosessuale quando i rapporti tra i minori e il/la convivente del genitore biologico siano tali da poter essere considerati come un legame di tipo familiare. Questa possibilità è lasciata aperta dall'art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016 che, pur escludendo l'applicabilità alle coppie omosessuali della legge sull'adozione, stabilisce che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". I giudici hanno perciò potuto far ricorso all'istituto dell'adozione speciale. In tal modo si sarebbe operata "una sorta di delega ai giudici di decidere, caso per caso, in merito all'adozione del figlio del partner: con questa clausola finale è la politica stessa che abdica al suo ruolo *rappresentativo* e demanda ai giudici la decisione caso per caso"<sup>24</sup>.

Se la politica decidesse di riprendersi il suo ruolo nomopoietico, e la legge italiana dovesse incamminarsi sulla stessa strada seguita da altri Paesi europei, potremmo presto doverci interrogare circa la configurabilità di un diritto all'obiezione di coscienza da parte degli enti autorizzati a seguire le procedure adottive, ma anche da parte di altri soggetti che, a vario titolo, si occupano di adozione, come gli assistenti sociali, i giudici, gli psicologi e gli altri professionisti del settore<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> ILENIA MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, n.4/2016, 11 ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)). L'Autrice commenta Corte di Cassazione, sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12. Su questa stessa sentenza GIOVANNI MARIA FLICK, *Diritto ad avere un genitore*, cit., 10-11 ricorda che la Cassazione ha ritenuto che fosse interesse superiore del minore il diritto alla continuità affettiva, in presenza di relazioni significative già instaurate con la partner della mamma biologica. In realtà, in questi casi, oltre alla considerazione del tipo di rapporto già instaurato dai bambini con il/la partner del genitore, il giudice dovrebbe essere in grado di "valutare le conseguenze nello sviluppo del minore", per poter prendere provvedimenti che rispondano al suo *best interest*; cfr. ANDREA GATTI, *Omogenitorialità e filiazione tra diritto e scienza*, in *Rivista AIC*, n.3/2016, 2 ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)). L'A. sottolinea come una valutazione del genere debba essere fondata su dati scientifici e studi neuro-psicologici e riassume lo stato degli studi in materia. 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 telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 9/2016 afferma la necessità di considerare la questione dal punto di vista antropologico.

<sup>25</sup> Sulla possibile configurabilità di nuove forme di obiezione di coscienza, determinate dai mutamenti culturali e antropologici che toccano soprattutto l'istituto familiare, cfr. VINCENZO TURCHI, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2010.

E' indubbio che il riconoscimento delle unioni omosessuali abbia provocato un conflitto con le convinzioni etiche e religiose di una parte della società<sup>26</sup>, ma in una democrazia la legge non può non tener conto dei mutamenti antropologici, dei cambiamenti culturali, delle istanze minoritarie che acquistano peso e rilevanza sociale; le leggi devono integrare la diversità culturale e essere inclusive affinché lo stato possa essere davvero democratico<sup>27</sup>. D'altra parte, l'applicazione delle leggi da parte dei giudici e dei pubblici ufficiali è doverosa: l'obiezione di coscienza non potrebbe essere invocata per interrompere o negare un servizio pubblico o per non esercitare la funzione giurisdizionale<sup>28</sup>.

La giurisprudenza degli altri Paesi che hanno disciplinato le unioni omosessuali non ha mai riconosciuto il diritto all'obiezione di coscienza per i pubblici ufficiali<sup>29</sup>. Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Eweida and others v. The United Kingdom*<sup>30</sup> ha stabilito che il rifiuto, da parte di una dipendente dell'anagrafe inglese di Islington (Londra), di registrare le coppie unite da matrimonio omosessuale perché contraria a tali unioni per motivi religiosi, non fosse giustificabile. La ricorrente, sottoposta a procedimento disciplinare, si era rivolta alla Corte di Strasburgo, la quale però ha ritenuto che nel bilanciamento fra interessi ugualmente protetti dalla Convenzione europea (il diritto alla libertà di coscienza e di religione, il diritto alla non discriminazione, l'interesse dello stato al riconoscimento delle unioni omosessuali e alla tutela dell'ordine pubblico interno), alle autorità statali venga lasciato un ampio margine di apprezzamento, che non era stato superato nel caso in esame.

Nella stessa sentenza la Corte Europea ha valutato il caso di un operatore sociale che lavorava presso una società privata che si occupava di

---

<sup>26</sup> Cfr. IRA C. LUPU, ROBERT W. TUTTLE, *Same-Sex Family Equality And Religious Freedom*, in *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, 5 (2010), 274-306.

<sup>27</sup> MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012, 31.

<sup>28</sup> Quest'ultimo principio è stato affermato ormai da tempo dalla Corte Costituzionale, con la sentenza del 21 maggio 1987, n. 196 che, pronunciandosi sul caso di un giudice tutelare che intendeva esercitare l'obiezione di coscienza non autorizzando l'aborto di una minorenne, ha affermato che l'esercizio della funzione giurisdizionale deve prevalere nel caso di conflitto tra beni parimenti tutelati a livello costituzionale.

<sup>29</sup> Si vedano i casi riportati da LUDOVICA DECIMO, *Matrimonio omosessuale e pubblico ufficiale: una nuova forma di obiezione di coscienza?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 30/2015, 7-8. Sul tema cfr. MARIA CHIARA RUSCAZIO, *Riflessioni di diritto comparato e canonico sull'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 11/2015.

<sup>30</sup> E.C.H.R., *Eweida and others v. The United Kingdom*, n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 del 15 gennaio 2013.

sostegno alle famiglie, eterosessuali e omosessuali. Egli era stato sottoposto a procedimento disciplinare perché, adducendo come motivo la fede religiosa cristiana, aveva rifiutato di prestare la sua opera a favore delle coppie omosessuali. La Corte Europea ha riconosciuto che effettivamente l'obiezione di coscienza del ricorrente era motivata dalla sua fede religiosa, e che quindi il rifiuto di operare a favore delle coppie omosessuali costituiva una manifestazione del diritto di libertà religiosa, ma ha aggiunto che egli aveva liberamente fatto domanda di lavorare presso un ente privato che dichiarava espressamente di essere al servizio di tutte le tipologie di famiglia. La Corte ha pertanto ritenuto che le autorità giudiziarie del Regno Unito non abbiano in questo caso superato il margine di apprezzamento nel considerare prevalente, rispetto al diritto di libertà religiosa del ricorrente, l'interesse del datore di lavoro a prestare un servizio alle famiglie senza discriminazione<sup>31</sup>.

Queste considerazioni ci portano a escludere la possibilità di intravedere un campo di operatività per l'obiezione di coscienza nel caso di pubblici ufficiali che svolgano funzioni anagrafiche, o dei giudici che debbano decidere sull'affidamento e l'adozione di bambini.

Diversa potrebbe essere la soluzione per quanto riguarda gli enti di adozione di tendenza confessionale. La dottrina anglosassone ha pragmaticamente posto l'attenzione sugli effetti che ha avuto il mancato riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza per questi enti. In Massachusetts la chiusura di organizzazioni che, in venti anni, avevano trovato una famiglia a più di 720 bambini, spesso molto problematici, ha comportato un aumento di lavoro per gli enti rimasti e, soprattutto, allungato i tempi di attesa di una famiglia per i bambini<sup>32</sup>. Il nodo, ancora una volta, è quello della tutela del *best interest* dei bambini e dei ragazzi: senza entrare nel merito di questioni non ancora chiare dal punto di vista pedagogico e antropologico, senza perciò discutere o mettere in dubbio il diritto delle coppie omosessuali di adottare, l'accento viene posto sull'impatto che la chiusura obbligatoria degli enti di adozione cattolici ha sulla vita dei bambini e sul loro diritto a trovare nel più breve tempo possibile una famiglia. Se il supremo interesse dei minori in difficoltà o abbandonati è quello di avere a disposizione più enti che si curino di loro, l'uscita dal "mercato" degli enti cattolici sarebbe un problema

---

<sup>31</sup> Cfr. ADELAIDE MADERA, *Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà religiosa e third-party burdens. Un'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 16/2017, 33-40.

<sup>32</sup> Cfr. ROBIN FRETWELL WILSON, *A Matter of Conviction*, cit., 493.



e il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza dovrebbe avvenire proprio alla luce della tutela di tale interesse<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Sul concetto di *best interest* dei bambini, anche con riferimento alla dottrina e giurisprudenza anglosassoni, cfr. ELISABETTA LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016.

# *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale. (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*

ANNA MARIA NICO

## *1. I presupposti di fatto della vicenda*

Il presente commento prende spunto dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione penale, Sez. I, sent. n. 24084/2017 (*il caso Sikh*), che, seppur nella brevità della sua motivazione, ha messo sul campo una serie di questioni costituzionali di particolare rilievo, quali quelle dell'ordine pubblico, del principio di legalità, della libertà di religione e, naturalmente, dell'integrazione<sup>1</sup>.

La questione approda al giudice di legittimità a seguito dell'impugnazione di una sentenza del Tribunale di Mantova, che aveva condannato un indiano "Sikh" per il reato di cui all'art. 4, comma 2, della legge 110/10975, perché "portava fuori dalla propria abitazione senza un giustificato motivo, un coltello della lunghezza complessiva di cm 18.5 idoneo all'offesa per le sue caratteristiche". Più precisamente, come si evince dalla decisione della Cassazione, l'imputato portava il coltello alla cintura e aveva opposto alla polizia locale il rifiuto di consegnarlo adducendo che il coltello (c.d. *kirpan*) costituiva un simbolo religioso e che il suo "comportamento si conformava ai precetti della sua religione, essendo egli un indiano Sikh".

Le motivazioni della condanna da parte del giudice di merito sono così testualmente sintetizzate dalla Cassazione: "le usanze religiose integravano mera consuetudine della sua cultura di appartenenza e non potevano avere

---

<sup>1</sup> Si vedano i commenti di ROBERTO BIN, *Il problema non è il Kirpan ma la stampa*, 16.5.2017; ALESSANDRO MORELLI, *Il pugnale dei Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"*, 17.5.2017; GIOVANNI POGGESCHI, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montreal*, 19.5.2017; GIANFRANCO MACRÌ, *Cosa minaccia la società pluralista? C'è ben altro oltre il kirpan*, 20.5.2017, tutti in *www.laCostituzione.info*; ANTONIO RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017)*, in *www.giurcost.org*, 29.5.2017.

l'effetto abrogativo di norma penale dettata ai fini di sicurezza pubblica"<sup>2</sup>.

Tale decisione è stata confermata dal giudice di legittimità che ha, però, ritenuto di fondarla su argomentazioni delle quali alcune, in quanto non strettamente giuridiche, bensì etico-sociali, sarebbero potute (se non proprio dovute) rimanere estranee al giudizio *de quo*, in virtù del ruolo e della funzione dell'organo giurisdizionale.

## 2. *Sui rapporti tra ordine pubblico e libertà di religione.*

La premessa posta a fondamento della decisione del giudice di legittimità per ritenere vietato e, dunque, punibile il porto in luogo pubblico del *kirpan* risiede nell'aver ritenuto che la libertà religiosa, garantita dall'articolo 19 della Costituzione, "incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'«ordine pubblico»". A sostegno di ciò il giudice di legittimità ha altresì richiamato testualmente la sentenza n. 63 del 2016<sup>3</sup> della Corte costituzionale nella parte in cui ha statuito che "tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza".

In proposito è noto che il diritto di libertà religiosa incontra oltre al limite espresso del buon costume, anche il limite implicito dell'ordine pubblico, dovendosi ritenere che in assenza di una espressa deroga a livello costituzionale, anche per tale libertà valgono gli stessi limiti, nelle loro diverse estrinsecazioni, presenti nelle "norme costituzionali dedicate, in generale, alla libertà di pensiero, di riunione, di associazione, e di insegnamento"<sup>4</sup>.

Nella specie, quindi, l'ordine pubblico rappresenta in tutte le sue declinazioni un limite al libero esercizio del culto ed alla sua esternazione (an-

---

<sup>2</sup> Corte di Cassazione pen., I sez., sentenza n. 24084 del 31.03.2017 (punto 2 del ritenuto in fatto).

<sup>3</sup> Tra i numerosi commenti della sentenza della Corte si rinvia in particolare a quello di STEFANO MAGNANI, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 31.1.2017, spec. p. 14.

<sup>4</sup> Così, CARLO LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1976, p. 470. La conferma del limite implicito dell'ordine pubblico lo si evince anche dagli atti dell'Assemblea Costituente dai quali "risulta poi che il riferimento viene omesso di proposito (dal testo dell'art. 19 della Cost.) per la considerazione che la formula dell'art. 1 della legge del 1929 era servita, sotto il precedente regime, «per impedire la libertà di culto di alcune denominazioni protestanti»" (Cfr. GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Cacucci, Bari, 2017, p. 71).

che attraverso simboli che possano considerarsi offensivi). Ne deriva che la eventuale esistenza di una disposizione penale costituisce, conseguentemente, una conferma (anche in materia di libertà religiosa) del limite dell'ordine pubblico<sup>5</sup>.

In particolare la questione decisa dalla Corte di Cassazione ruota sull'individuazione di un giustificato motivo che possa escludere il fatto tipico di reato ex art. 4, secondo comma, della Legge n. 110/75 e se il principio di legalità derivante dal divieto di "portare armi" senza giustificato motivo, così come previsto dalla norma appena citata sia applicabile anche nei casi in cui l'oggetto potenzialmente offensivo (quale il pugnale) abbia un significato religioso oppure, al contrario, se quest'ultimo possa opporsi come limite all'applicazione della legge penale in quanto esternazione (attraverso simboli) della libertà di religione.

La legislazione in materia prevede due divieti: uno per le armi c.d. proprie, le quali non possono essere portate al di fuori della propria abitazione o delle sue pertinenze, salva l'autorizzazione dell'Autorità amministrativa; l'altro per le armi c.d. improprie, per le quali il divieto di porto in luogo pubblico opera esclusivamente quando manca un "giustificato motivo".

La *ratio* di una regolamentazione differenziata tra le due categorie di armi risiede nella natura e nella finalità delle stesse. Infatti, nella prima rientrano oggetti intrinsecamente destinati solo e soltanto all'offesa. Nella seconda sono compresi gli "strumenti atti ad offendere", che hanno in sé una destinazione lecita, ma che si prestano ad essere utilizzati anche in modo improprio per recare offesa. In breve, la legge intende impedire un uso improprio di tali oggetti che normalmente vengono impiegati lecitamente.

La Cassazione, quindi, alla luce della normativa citata ha escluso che l'esercizio della libertà religiosa possa costituire un "giustificato motivo" al porto in pubblico di armi improprie, così confermando una giurisprudenza particolarmente restrittiva della normativa penalistica, giustificando soltanto l'utilizzo "più appropriato o naturale dell'oggetto"<sup>6</sup>.

In sostanza, la decisione in esame richiama l'orientamento giurisprudenziale costante secondo il quale il giustificato motivo sussiste quando, tra le altre cose, "le esigenze dell'agente siano corrispondenti a regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, (...) alle condizioni soggettive del

---

<sup>5</sup> Sui limiti dei simboli religiosi si rinvia alla ampia riflessione di EMANUELE ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it), 2007.

<sup>6</sup> Cfr. ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 10.1.2017, p. 11.

portatore, (... ) e alla normale funzione dell'oggetto"<sup>7</sup>.

Appare evidente, a questo punto, la necessità di esaminare con attenzione la natura e l'utilizzabilità dell'"oggetto" in questione (il pugnale tradizionale dei sikh) valutandolo sia in relazione al contesto religioso e culturale di riferimento, sia alla luce della disciplina penale vigente. In proposito, come si è avuto modo di osservare, il *kirpan* è un simbolo religioso<sup>8</sup> indispensabile per chi lo indossa al fine di realizzare l'unione di sé con la divinità e dunque di portare a compimento la propria identità. La funzione normale dell'oggetto in questione, quindi, non è quella di offendere, ma quella di consentire a chi appartiene al credo Sikh di sviluppare e realizzare la propria individualità religiosa<sup>9</sup>.

Nonostante l'importanza del simbolo religioso per la comunità Sikh, la decisione *de qua* conclude con il negare rilevanza all'elemento religioso sopra indicato, facendo prevalere le esigenze tutelate dalla disciplina penale rispetto a quelle religiose e culturali dell'imputato. La motivazione della Corte si incentra, in particolare, sulla interpretazione dell'art. 4, della l. 110/75, il quale rinvia espressamente al T.U.P.S. del 18 giugno 1931, n. 773, che costituisce il testo di riferimento posto a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

Tra i diversi significati attribuiti alla locuzione ordine pubblico<sup>10</sup> la Cassazione penale sembra abbia accolto quello di "ordine pubblico materiale, inteso nel senso tipico e restrittivo della sicurezza, incolumità e tranquillità pubblica"<sup>11</sup>, valido quale limite anche per i diritti di libertà, individuando la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico in termini di elementi ostativi al riconoscimento del motivo religioso come idoneo ad escludere la tipicità del fatto di reato.

Infatti, secondo la citata giurisprudenza ciò che ostacolerebbe il riconoscimento del motivo religioso quale elemento inidoneo ad escludere la tipicità del fatto di reato è la sicurezza pubblica quale bene giuridico tutelato in *astratto* dalla Legge n. 110/1975, rispetto al quale, peraltro, la finalità re-

---

<sup>7</sup> Corte di Cassazione, sent. n. 24084 del 31.03.2017, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>8</sup> Cfr. RAFFAELE COPPOLA, *Simbolismo religioso e nuove prospettive per lo studio del diritto ecclesiastico dello Stato*, in *Giornate canonistiche baresi*, in RAFFAELE COPPOLA, CARMELA VENTRELLA MANCINI (a cura di), *Atti della giornata di studio su Simboli religiosi e istituzioni pubbliche. L'esposizione del crocifisso dopo l'ordinanza n. 389/2004 della Corte costituzionale*, Adriatica Editrice, Bari, 2008, V, p. 32 e ss.

<sup>9</sup> Si veda più diffusamente ALESSANDRO PROVERA, *Il giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 6 ss.

<sup>10</sup> FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, Padova, 2007, p. 1 e ss.

<sup>11</sup> CARLO LAVAGNA, *Op. cit.*, p. 49.

ligiosa del comportamento potrebbe invece escludere la presunzione dell'elemento soggettivo di un pericolo *concreto* per la pubblica incolumità. Diversamente argomentando si determinerebbe, infatti, un ampliamento della portata applicativa della scriminante del "giustificato motivo" per tutti i simboli religiosi che in qualche misura possano costituire un pericolo concreto.

### *3. Sui «valori del mondo occidentale»*

La condivisione in linea di massima della decisione della Cassazione nella parte in cui ha statuito di non ritenere il simbolo religioso idoneo solo potenzialmente a incidere sulla sicurezza pubblica ("un giustificato motivo" per applicare la scriminante al reato), non può esimere, invece, dal muovere alcune critiche rispetto a quella parte della motivazione secondo la quale esiste "l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi<sup>12</sup>". Al di là della difficile delimitazione territoriale e concettuale del c.d. "mondo occidentale" e dei suoi "valori" che, come è facile intuire, sono mutabili nello spazio e nel tempo, la normativa penalistica applicabile al caso concreto non necessitava di siffatte valutazioni che si traducono in una inutile *obiter dictum*, del tutto ultroneo e non necessario, essendo sufficiente in proposito la interpretazione e l'applicazione del principio di legalità correlato al divieto di "portare armi" senza giustificato motivo, così come previsto dall'art. 4, comma 2 della legge n. 110/1975.

Il giudice di legittimità, invece, ha inteso sostenere la propria tesi, che già trovava fondamento nel principio di legalità ("l'immigrato deve verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina"), con una motivazione di carattere valoriale che nulla ha di giuridico e che è invece ascrivibile a delle valutazioni etiche che, in quanto tali, devono rimanere estranee alla funzione giurisdizionale perché espressione di una soggettività non oggettivabile, sebbene, sia chiaro, in qualsiasi "giudizio" sia intrinseco *anche* un ineludibile apporto del bagaglio culturale e ideologico dell'individuo che giudica. Diversamente sarebbe stato se il giudice avesse fatto riferimento ai *principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*<sup>13</sup>, peraltro esplicitamente richiamati, sia pur in

---

<sup>12</sup> In tema di "obbligo" per gli stranieri di conformarsi ai valori occidentali si veda il commento di ALESSANDRO MORELLI, *Il pugnale dei Sikh e il grande equivoco dei "valori occidentali"*, cit.

<sup>13</sup> Come era già avvenuto in una precedente pronuncia sul medesimo tema da parte della stessa

generale, nell'art. 8 della Costituzione, rientrando tra questi il principio di legalità.

*L'obiter dictum* della Cassazione, a ben guardare, contraddice l'assunto della applicazione della legge penale al caso di specie, in quanto invocare il valore di una civiltà quale canone ermeneutico potrebbe consentire, paradossalmente, l'uso di un simbolo religioso "offensivo" ad un individuo solo perché immedesimato in una non meglio identificata civiltà occidentale. Il simbolo religioso, che di fatto si concretizza in un oggetto "pericoloso" in grado di recare offesa, deve essere valutato alla luce del diritto vigente di un dato ordinamento, essere relegato a mero oggetto e non caricato del significato attribuitogli da colui che lo detiene. Non può essere invocato il valore della cultura occidentale, né altro valore di altra civiltà quale circostanza valevole per giustificare la potenziale offensività di un determinato bene-simbolo. Anche il cittadino italiano o europeo, infatti, avendo una "cultura"<sup>14</sup> occidentale (intendendosi per cultura quel "complesso delle istituzioni sociali, politiche ed economiche, delle attività artistiche, delle manifestazioni spirituali e religiose, che caratterizzano la vita di una determinata società in un dato momento storico"<sup>15</sup>) non potrà solo per questo essere implicitamente "autorizzato" a portare un pugnale, ma, al contrario, sarà sottoposto ai medesimi limiti di un soggetto con diversa "cultura"<sup>16</sup>. Del resto, com'è stato correttamente osservato "soltanto facendo transitare la diversità culturale «dentro la legge» è possibile costruire le coordinate di una convivenza pacifica tra persone che appartengono a religioni e culture differenti (...)"<sup>17</sup>.

Il simbolo religioso, dunque, deve essere "svestito" della religiosità ed essere valutato alla luce degli elementi di fatto e di diritto che possono configurare un comportamento antigiuridico. Né può ritenersi, come qui ha correttamente motivato la Cassazione, che il simbolo religioso possa essere considerato una scriminante. Operando diversamente si finirebbe col consentire sempre più al potere giudiziario di emettere decisioni che trovano fondamento in valutazioni etiche o extra giuridiche determinando sempre

---

Corte di Cassazione (sent. n. 25163/2016 (punto 2, considerato in diritto)) che, in verità, aveva testualmente fatto riferimento ai "valori".

<sup>14</sup> Sul concetto di "cultura" di veda VINCENZO BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 22.5.2017, p. 3.

<sup>15</sup> Definizione tratta dal *Vocabolario della lingua italiana*, Treccani, Roma, 1985, *ad vocem*.

<sup>16</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2008, p. 85 e ss.

<sup>17</sup> PAOLO STEFANI, "Differenza" religiosa e culturale, dialogo e laicità dello Stato: prospettive di analisi e sviluppo del diritto interculturale, in ANNA MARIA NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Cacucci, Bari, 2016, tomo II, p. 933 e ss.

più un allontanamento dal principio di legalità<sup>18</sup> e di certezza del diritto<sup>19</sup>. Ne è prova il precedente del Tribunale di Cremona (19 febbraio 2009)<sup>20</sup>, il quale in una vicenda del tutto analoga è giunto a conclusioni sostanzialmente diverse da quelle contenute nella sentenza *de qua*, ritenendo che potesse integrare un “giustificato motivo”, previsto dall’art. 4, secondo comma, legge 110/75, il valore simbolico-religioso del coltello rituale dei fedeli *Sikh*.

Giudicando il medesimo caso su presupposti non strettamente giuridici si può da un lato, come è avvenuto nel caso del giudice di Cremona, ammettere un giudizio assiologico in grado di porsi al di sopra del limite dell’ordine pubblico; dall’altro escludere, come ha deciso la Cassazione nel caso *de quo*, la possibilità di consentire l’uso di simboli religiosi perché non in linea con “i valori della cultura occidentale”. In tal modo, il giudice finirebbe per sottrarsi al principio democratico che vuole che la giustizia sia “amministrata in nome del popolo”, ex art. 101, primo comma, della Costituzione<sup>21</sup>.

In sintesi, “il parametro dell’osservanza dello Stato di diritto configura il limite ultimo invalicabile di ogni pretesa avanzata in ragione della libertà culturale e/o religiosa. In questo senso, tale libertà e le altre norme costitu-

---

<sup>18</sup> Ha fatto appello al principio di legalità il Consiglio di Stato esprimendo parere negativo con riguardo ad una richiesta di riconoscimento della personalità giuridica di una associazione di culto avanzata da una comunità Sikh (parere Cons. Stato, sez. I, 28 ottobre 2010, n. 2387) ritenendo di non poter “farsi rientrare tra i giustificati motivi che consentono di portare fuori dalla propria abitazione armi improprie, perché, al di là delle possibili difficoltà interpretative oggettive (...) è proprio la finalità religiosa (uso del pugnale) che in questo caso confligge letteralmente con una norma statale che (...) deve avere la prevalenza”, in *www.giustizia-amministrativa.it*. (In particolare un richiamo espresso anche sul profilo del riconoscimento dell’ente religioso cfr. ANGELO LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell’abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, cit., nota 8.

<sup>19</sup> Il Consiglio di Stato (Sez. III, sent. n. 4899 del 2015) nel motivare il diniego delle trascrizioni di matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all’estero, ha fatto appello alla “tradizione giuridica e culturale (...) oltre che all’ordine naturale” (punto 2.1 del considerato in diritto), suscitando non poche critiche al riguardo, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>20</sup> Tribunale di Cremona, *sentenza del 19.02.2009*, in <http://www.olir.it/documenti/index.php?argomento=127&documento=4939>. Per un commento sul tema si veda SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi od oggetti atti ad offendere. Il problema del Kirpan dei fedeli Sikh*, in *Riv. trim. dir. eccl.*, 2009, p. 739 e ss.

<sup>21</sup> In proposito, MASSIMO LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *www.rivistaaic.it*, 3.7.2012, p. 6, chiarisce come in una forma di governo democratica, come quella della Costituzione italiana, è “emblematico, da questo punto di vista, è l’art. 101, comma 1, Cost., dove si stabilisce che la giustizia deve essere “amministrata in nome del popolo”. Il riferimento al popolo è illuminante: non si parla della nazione, nella complessità delle sue determinazioni storico-sociali, ma proprio e solo del popolo, e cioè dell’insieme dei cittadini. E’ per questo che alla giurisdizione - legata al popolo, appunto, e non alla nazione - è vietato far prevalere le “correnti profonde” che l’interprete ritenga di percepire nel corpo sociale sulla volontà popolare, perché essa trova manifestazione anche e soprattutto nelle forme rappresentative (nella legge parlamentare)”.



zionali non possono mai essere interpretate come generatrici di aspettative costituzionali in conflitto ma rappresentano il presupposto della determinazione di una tutela di interessi concorrenti, secondo l'ottica del ragionevole bilanciamento"<sup>22</sup>.

Senza il corretto bilanciamento tra libertà di esternare simboli religiosi e tutela della sicurezza pubblica potrebbe venire a crearsi di fatto una limitazione per tutte le culture e non lo sperato pluralismo culturale, compromettendo proprio quell'invocata esigenza di garantire una società multiculturale<sup>23</sup>. Difatti, espandere incondizionatamente la prima a discapito dell'ordine pubblico porterebbe non a realizzare una pacifica convivenza tra diverse culture, obiettivo dello Stato di diritto e di una società pluralista, bensì ad omologare culture che devono rimanere invece differenti nella loro integrazione.

---

<sup>22</sup> Così, VINCENZO BALDINI, *Tutela dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, cit., 5 e 6. Per una riflessione sul tema del bilanciamento, *ex multis*, cfr. ROBERTO BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., pp. 92-94; ANDREA MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014 e, con particolare riferimento alla sentenza in commento, ANTONIO RUGGERI, *Op. cit.*, pp. 314-315.

Sul punto si rinvia, altresì, alla giurisprudenza della Corte costituzionale e nello specifico alla sentenza n. 85 del 2013, considerato in diritto n. 9, con la quale si è affermato che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

<sup>23</sup> Sulla distinzione tra società multiculturale e multiculturalismo si veda, GINEVRA CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *www.rivistaic.it*, 11.1.2017, p. 3 e ss., la quale precisa che con "società multiculturale" si intende "uno stato di fatto, una situazione empirica di convivenza su di uno stesso territorio nazionale di una molteplicità di gruppi sociali con valori, pratiche, credenze, norme giuridiche, strutture di relazioni sociali differenti"; mentre "con il termine "multiculturalismo" si fa riferimento, invece, ad un modello politico, giuridico ed etico per le società pluraliste che, in un quadro democratico, preveda la tutela e la valorizzazione di gruppi sociali minoritari, della loro identità culturale e della loro partecipazione politica". Spunti di rilievo sul pluralismo multiculturale si rinvencono in GAETANO DAMMACCO, *La primavera araba tra democrazia e dialogo. Il valore delle identità*, in ANNA MARIA NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Cacucci, Bari, 2016, p. 443 e ss.

# *Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale: alcune considerazioni di diritto costituzionale italiano ed europeo*

RAFFAELE GUIDO RODIO

## 1. *Rilievi preliminari.*

La circostanza che la Costituzione rappresenti la legge fondamentale di un sistema giuridico e finisca quindi con il permeare la struttura stessa dell'ordinamento e di tutte le sue componenti, fa sì che spesso il giuspubblicista possa individuare utili spunti di riflessione anche in studi di settori disciplinari diversi e talvolta lontani da quello di appartenenza o, a volte, anche in documenti non necessariamente giuridici, ma suscettibili di indirizzare verso una speculazione sulle possibili implicazioni che talune concezioni o teorizzazioni possono generare sul piano costituzionale.

È il caso di un breve passaggio (par. 41) della Enciclica *Ecclesia de Eucharistia* di Papa Giovanni Paolo II che, nel riprendere alcune considerazioni già in precedenza illustrate (in particolare nelle Lettere apostoliche *Dies Domini* e *Novo millennio ineunte*), ha riportato ancora una volta all'attenzione degli studiosi l'importanza di alcuni punti cardine della religione cattolica, costituiti dalla Messa e dalla Eucaristia domenicale, definiti testualmente quali "luogo privilegiato dove la comunione è costantemente annunciata e coltivata", anche perché "proprio attraverso la partecipazione eucaristica, il giorno del Signore diventa anche il giorno della Chiesa, che può svolgere così in modo efficace il suo ruolo di sacramento di unità".

L'accentuazione della necessità della "santificazione della domenica" da parte del Papa, al di là delle implicazioni religiose, etiche e culturali (che in questa sede, ovviamente, non possono rilevare) appare tuttavia suscettibile di dischiudere al giurista, sotto taluni profili, una possibile diversa chiave di lettura di alcuni diritti costituzionalmente tutelati ed in particolare, nel caso di specie, di quello stabilito nell'ultimo comma dell'art. 36 della Costituzione in materia di riposo settimanale del lavoratore, che offre al costituzionalista numerosi spunti di riflessione, sia con riferimento alla disciplina interna

di un singolo sistema, sia con riferimento al diritto euro-unitario.

L'analisi della tematica del diritto al riposo settimanale costituisce una riflessione di sicuro interesse, atteso che la sua disciplina – a seconda di come essa viene strutturata – può tradursi, specie in una società ormai multi-etnica e multiculturale com'è quella europea, in un fattore di esclusione oppure di inclusione sociale.

È evidente, infatti, che un irrigidimento di tale disciplina (ad esempio imponendo il riposo settimanale solo in una determinata giornata o, al contrario, lasciando ai datori di lavoro ampia libertà di scelta nella fissazione di tale giornata) può comportare notevoli ripercussioni su numerose situazioni giuridiche tutelate a livello costituzionale, tra le quali l'unità familiare, la libertà religiosa, etc., favorendo la creazione di possibili fattori di esclusione sociale a carico dei singoli o delle formazioni sociali.

## 2. *Il diritto al riposo settimanale nel sistema italiano: la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione.*

Nel sistema italiano il diritto del lavoratore al riposo settimanale previsto dall'art. 36 Cost. è stato visto per un lungo periodo di tempo – forse in una visione sotto taluni aspetti limitativa – come un diritto afferente quasi esclusivamente la mera sfera economica dell'individuo (in una sorta di contrapposizione/compensazione tra il diritto/dovere di lavorare ed il correlato diritto/dovere di riposare).

Oggi, in realtà, non sembra più così recisamente sostenibile la sostanziale “indifferenza” – frutto di una lettura meramente economicistica del diritto al riposo – del *dies* nel quale il lavoratore è esentato dalla propria prestazione, come a suo tempo sostenuto dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze nn. 146/1971, 105/1972 e 150/1987 e come parimenti ritenuto dalla dottrina<sup>1</sup>.

Il riposo settimanale non sembra solo – o non pare possa essere visto solo – quale momento per ritemperare le forze di un individuo inserito in una catena produttiva, così limitando gli “interessi apprezzabili” in gioco (Corte costituzionale, n. 150/1967) al solo diritto alla salute psico-fisica del lavoratore che, pur costituendo comunque “uno dei criteri fondamentali in base ai quali si deve valutare la «ragionevolezza» della determinazione della periodicità dei riposi”<sup>2</sup>, non sembra possa però esaurire del tutto il novero di siffatti interessi.

---

<sup>1</sup> Cfr. in proposito TIZIANO TREU, *Art. 36-37*, in GIUSEPPE BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Tomo I, Zanichelli, Bologna, 1982, p. 119 e ss.

<sup>2</sup> SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della*

Tale diritto, infatti, appare correlato a tutta una serie di altri doveri, diritti e principi che la Costituzione ha consacrato in altre disposizioni e che non sembra possano essere del tutto disattesi in una – alla fine – semplicistica individuazione dei limiti del diritto al riposo settimanale<sup>3</sup>.

Da tale punto di vista è ben nota la contrapposizione che per lunghi anni ha caratterizzato le posizioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione (che individuava il riposo settimanale come quello da godersi con periodicità ogni sei giorni di lavoro) e della dottrina dominante (che invece riferiva il termine “settimanale” al riposo goduto, appunto, nell’ambito del periodo di una settimana di calendario); così come altrettanto noti sono le ragioni ed i presupposti che hanno condotto la questione innanzi alla Corte costituzionale, che l’ha affrontata in più di un’occasione.

Nella prima (sent. n. 150/1967) la Corte accolse la questione di legittimità costituzionale dell’art. 16 del R.D.L. n. 2328/1923, precisando che l’art. 36 Cost. impone “un’alternanza periodica fra lavoro e riposo, concretata nella interruzione del lavoro per 24 ore consecutive, ogni settimana”, anche se il precetto costituzionale “non regola l’esercizio del diritto”, per cui devono considerarsi costituzionalmente legittime quelle norme che, “nei limiti strettamente indispensabili, di volta in volta, autorizzano il riposo ad intervalli più lunghi di una settimana, ponendo la condizione che nel ciclo di lavoro di un certo periodo di tempo rimanga ferma la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative”<sup>4</sup>.

In proposito correttamente una parte della dottrina<sup>5</sup> nei primi anni ’70 dello scorso secolo sottolineava che era «evidente come la Corte non si fosse pronunciata in ordine al contrasto interpretativo più volte ricordato», segnalando che «ciò che, secondo la sentenza del 1967, si poteva ricavare dalla norma costituzionale è solo che *numericamente* i riposi debbono essere uno per settimana, ma non quale [debba] essere la periodicità»<sup>6</sup>.

---

*Costituzione secondo l’orientamento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2057.

<sup>3</sup> Come giustamente rilevato dallo stesso SERGIO PANUNZIO, cit., p. 2057, che evidenziava, seppur forse un po’ sinteticamente, che «non si possono dimenticare gli interessi morali, quali la soddisfazione delle esigenze culturali, familiari e in genere di tutte quelle che attengono alle relazioni sociali, le quali pure devono trovare nel riposo settimanale uno strumento di realizzazione che sia adeguato allo scopo».

<sup>4</sup> Tale impostazione della Corte, che sostanzialmente finiva con il separare la previsione di un diritto dal suo contenuto, è stata oggetto di attenta critica da parte di ALESSANDRO PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 126 e ss.

<sup>5</sup> SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l’orientamento della Corte costituzionale*, cit., p. 2045.

<sup>6</sup> SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l’orientamento della Corte costituzionale*, loc. ult. cit.

Nell'originaria concezione della Corte, dunque, deve prendersi atto di una scissione tra la previsione del diritto – stabilita a livello costituzionale – e la regolamentazione del suo esercizio, demandata invece alla fonte normativa ordinaria.

Secondo la Corte, in sostanza, “l'ampia formulazione” dell'art. 36 fa sì che l'alternanza periodica di un giorno di riposo dopo sei di lavoro, pur essendo la “forma di periodicità che più comunemente si verifica”, non sia tuttavia la sola possibile, essendo lasciata alla discrezionalità del legislatore l'eventuale individuazione di altre, nel rispetto del limite di ragionevolezza di una “media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative”.

Né a risultati significativamente diversi è pervenuta poi la Corte nella successiva sentenza n. 146/1971, nella quale si parte ancora una volta dal presupposto che l'art. 36 non pone alcuna prescrizione in ordine all'esercizio del diritto al riposo settimanale, per cui questo deve essere disciplinato “necessariamente” dal legislatore in attuazione del disposto costituzionale nei limiti di ragionevolezza già individuati nella precedente decisione del 1967.

Poiché “l'art. 36, comma 3, Cost., col termine “riposo settimanale” intende esprimere *sostanzialmente* il concetto di periodicità del riposo, nel rapporto di un giorno su sei di lavoro”<sup>7</sup> e poiché la notevole varietà di tipologie di lavoro rende estremamente difficile l'elaborazione di una disciplina normativa unitaria ed uniforme, “deve necessariamente ammettersi la legittimità di una periodicità differente da quella sopraindicata”, purché nel rispetto del principio di ragionevolezza già indicato dalla stessa Corte<sup>8</sup>.

Il punto critico della “divaricazione” operata dalla Corte tra previsione (costituzionale) del diritto e regolamentazione (legislativa o, addirittura, in sede di contrattazione collettiva) del suo effettivo contenuto è naturalmente costituita dai limiti che tale regolamentazione deve osservare.

Se la regola generale deve essere costituita dal principio della periodicità di un giorno di riposo ogni sei di lavoro, l'eventuale deroga non può che ricollegarsi ad esigenze di “tutela di altri apprezzabili interessi” che – nell'opinione della Corte la quale, in realtà, estrapola un criterio abbastanza vago – non necessariamente devono essere tutelati a livello costituzionale.

---

<sup>7</sup> Cfr. sul punto le acute osservazioni di SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l'orientamento della Corte costituzionale*, cit., p. 2046, sull'utilizzo, da parte della Corte, del termine “sostanzialmente”.

<sup>8</sup> La possibilità della individuazione di una previsione di una riserva di legge nel terzo comma dell'art. 36 Cost. è ampiamente analizzata dallo stesso SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l'orientamento della Corte costituzionale*, cit., p. 2049 e ss., al quale si rinvia per gli approfondimenti.

La contemperazione tra tali “apprezzabili interessi” della collettività e quelli del singolo lavoratore, se da un lato deve necessariamente passare attraverso l’applicazione del principio di ragionevolezza della disciplina prescelta, dall’altro lato ha spinto la dottrina ad interrogarsi sulla individuazione di tali interessi, in particolare di quelli del lavoratore. Si è così evidenziato che in materia di diritto al riposo «si dovrà tenere conto precipuamente dell’interesse alla salute» del lavoratore<sup>9</sup>, «anche se non si possono dimenticare gli interessi morali, quali la soddisfazione delle esigenze culturali, familiari e in genere di tutte quelle che attengono alle relazioni sociali, le quali pure devono trovare nel riposo settimanale uno strumento di realizzazione che sia adeguato allo scopo»<sup>10</sup>.

In sostanza, non potrà non tenersi conto di tutte quelle esigenze “che corrispondono del resto anche all’interesse proprio di svariate formazioni sociali a che i propri membri dispongano con una determinata frequenza e regolarità di un congruo periodo di tempo libero durante il quale riunirsi per svolgere attività comuni e partecipare ad iniziative o manifestazioni collettive”, come a suo tempo evidenziato da Cass. SS.UU., 10.11.1982 n. 5923<sup>11</sup>.

### *3. I rapporti tra la disciplina interna e quella europea, con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Dal punto di vista costituzionale siffatte “esigenze” trovano riscontro e tutela in svariate disposizioni della Carta fondamentale.

Si allude, in proposito, anzitutto alla tutela (apprestata dall’art. 2) dei diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, il che necessariamente comporta la tutela, in primo luogo, delle occasioni di confronto e di dialogo nell’ambito della primaria formazione sociale – la famiglia – certamente possibili in modo pieno e compiuto solo quando i suoi componenti siano liberi da altri impegni lavorativi e di studio, e quindi essenzialmente nella giornata della domenica. Ma anche alla necessità di raggiungere un “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3) ed al

---

<sup>9</sup> In sostanza, delle sue «esigenze di recupero fisiologico, al fine di una più razionale utilizzazione delle energie fisiche», come precisa GIAMPAOLO GALLI, *Riposi settimanali e infrasettimanali*, in *Enc. Giuridica*, Treccani, Roma, *ad vocem*, p. 1.

<sup>10</sup> SERGIO PANUNZIO, *Sul significato del diritto al riposo settimanale ex art. 36, ultimo comma, della Costituzione secondo l’orientamento della Corte costituzionale*, cit., p. 2057.

<sup>11</sup> Cfr. in proposito GIAMPAOLO GALLI, *Riposi settimanali e infrasettimanali*, cit., p. 1.

dovere “di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o *spirituale* della società” (art. 4), che inevitabilmente riporta l’attenzione su un dato a volte trascurato, ovvero la percentuale della popolazione cattolica nel Paese, chiamata al rispetto del *Dies Domini*.

L’elenco delle disposizioni costituzionali correlate alla problematica in questione potrebbe essere in effetti ancora più ampio – si pensi al “diritto di professare liberamente la propria fede religiosa ... e di esercitarne in privato o in pubblico il culto” (art. 19), al riconoscimento dei “diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29, I comma), al “dovere e diritto dei genitori (di) mantenere, istruire ed educare i figli” (art. 30, I comma), alla “protezione (della) maternità, infanzia e gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo” (art. 31, II comma), alla previsione per la donna lavoratrice di “condizioni di lavoro” tali da consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione” (art. 37, I comma) – ma supererebbe di certo i limiti della presente riflessione.

In sede di attuazione del diritto al riposo settimanale il legislatore ha fissato il principio che esso deve essere normalmente effettuato di domenica, salve le eccezioni stabilite dalla legge (art. 3 Legge n. 370/1934 e, da ultimo, D.Lgs. n. 66/2003 attuativo delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE) e negli stessi termini si dispone sostanzialmente da parte dell’art. 2109 cod. civ., delle Convenzioni OIL n. 14 del 1921 e n. 106 del 1957 e dell’art. 2 della Carta Sociale Europea<sup>12</sup>.

La molteplicità dei profili di tutela imposti dalla Costituzione rende particolarmente problematica l’individuazione di un punto di equilibrio assiologicamente corretto nell’ambito della tematica del riposo settimanale.

Invero, se la previsione della coincidenza di quest’ultimo con il giorno festivo della domenica<sup>13</sup> sembra appagare le esigenze correlate all’assolvimento dei doveri e dei diritti nell’ambito familiare, dall’altro potrebbe porsi

---

<sup>12</sup> Per l’analisi di tali fonti si rinvia a GIAMPAOLO GALLI, *Riposi settimanali e infrasettimanali*, cit., p. 4 e ss., la quale rileva, tra l’altro, che il «divieto di lavoro domenicale» sancito dalle predette disposizioni «resta volutamente distinto, ancorché intimamente connesso, dal principio del riposo settimanale previsto dall’art. 36 Cost., che rimane comunque applicabile anche laddove il divieto di lavoro domenicale non vige»; inoltre, sui rapporti tra norme costituzionali e disposizioni preventive si consenta il rinvio a RAFFAELE GUIDO RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Cedam, Padova, 1990, p. 12 e ss.

<sup>13</sup> Le conseguenze della diversa terminologia utilizzata nella Legge n. 370/1934 (“il riposo ... deve essere dato la domenica”) e nel D.Lgs. n. 66/2003 (il riposo deve essere fruito “di regola in coincidenza con la domenica”) sono analizzate in MICHELE MARIANI, *Ancora sul lavoro prestato oltre il sesto giorno: il possibile patto della nuova disciplina sul riposo settimanale*, in *Giust. Civ.*, 2004, 11, 2689.

come limitativa – o addirittura lesiva – per altre esigenze quali quelle religiose e culturali delle fedi non cattoliche.

Si allude al ben noto dibattito sulla cosiddetta “discriminazione indiretta” che la previsione di un determinato giorno per la fruizione del riposo settimanale può indurre per i cittadini per i quali la fede religiosa imponga l’astensione dal lavoro in giornate diverse (com’è per il riposo sabbatico della religione ebraica ed avventista o il venerdì – in parte, per il tempo della preghiera comunitaria – per la fede islamica).

Come si è avuto modo di osservare, in proposito la Corte costituzionale, in realtà (sent. 4.2.1982 n. 23), si è limitata a sottolineare lo “scopo umano e sociale” della giornata di riposo costituzionalmente prevista, senza soffermarsi più di tanto sul profilo del valore religioso che quel riposo può avere, atteso che esso è stato inteso “non solo come diretto alla preservazione ed al recupero delle energie psico-fisiche ma anche come possibilità del lavoratore di dedicarsi e partecipare adeguatamente alla vita familiare, alla vita sociale e di relazione”, senza quindi alcun riferimento alla sfera della religione individuale o collettiva (Corte Cost., 22.1.1987 n. 16).

Volendo cercare qualche ulteriore elemento di riflessione su tali profili nel diritto comunitario, non può non farsi riferimento all’esplicito divieto, in materia di lavoro, di discriminazioni fondate sulla religione e le convinzioni personali (previsto dalla direttiva 2000/78); il che, tuttavia, apre un ulteriore fronte di problematiche interpretative, specie in ordine al quesito relativo al «se e in quali termini tali norme possano incidere su aspetti relativi all’esercizio della libertà religiosa nel rapporto di lavoro, ad esempio sulla regolamentazione dei giorni festivi»<sup>14</sup>.

Da questo punto di vista la formale “neutralità” delle disposizioni regolamentanti il riposo settimanale – neutre in quanto finalizzate ad una disciplina unitaria valida per tutti i lavoratori – rischia infatti di trasformarsi, in assenza di adeguate eccezioni, in una sostanziale discriminazione “indiretta” a carico dei lavoratori appartenenti a determinate fedi religiose.

Ed il problema è ancor più aggravato dalla circostanza che la stessa direttiva 2000/78 (art. 2, n. 2, lett. b) rende anche giustificabile la possibilità di una discriminazione indiretta quando essa risponda ad una finalità legittima, perseguita con mezzi «appropriati e necessari» ed impone anzi «che le situazioni discriminatorie vadano individuate attraverso una com-

---

<sup>14</sup> STELLA COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 3, p. 376; sul punto cfr. anche alcuni rilievi di NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006 e RAFFAELE COPPOLA, *Il lavoro, il diritto e il tempo libero: profili ecclesiasticistici*, in *Dir. Fam. e persone*, 1996, p. 661 e ss.



parazione», aprendo però, così, «la complessa questione della *prova* della discriminazione»<sup>15</sup>.

Sul punto la stessa Corte di Giustizia, nel pronunciarsi sull'art. 5.2 della direttiva 93/104/CE (che conteneva la previsione “in linea di principio” della domenica quale giorno fissato per il riposo settimanale), ha proceduto all'annullamento di tale disposizione, affermando la competenza dei legislatori nazionali a disciplinare la materia sulla scorta dei “fattori culturali, etnici e religiosi dei vari Stati membri” e ribadendo che “il Consiglio ha omesso di motivare per quale ragione la domenica, come giorno di riposo settimanale, soddisfi in maggior misura le istanze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori rispetto ad un diverso giorno della settimana” (sent. 12.11.1996 in causa C-84/94)<sup>16</sup>; indirizzo peraltro già esplicitato nella precedente sentenza del 20.6.1996 in materia di chiusure domenicali degli esercizi commerciali, le cui norme di regolamentazione “costituiscono l'espressione di determinate scelte, rispondenti alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali”, per cui “spetta agli Stati membri effettuare queste scelte”<sup>17</sup>.

Né da tale tipo di impostazione si è discostata la risoluzione del Parlamento europeo del 12.12.1996 in tema di “lavoro domenicale”, nella quale la domenica è stata individuata come il giorno più consono alle “tradizioni ed esigenze culturali, sociali, religiose e familiari” dei lavoratori, pur con il riconoscimento della possibilità che nella società attuale, multietnica e multiculturale, si evidenzino delle esigenze diverse da parte di gruppi anche consistenti di cittadini, che dovranno essere tenute in debito conto dai legislatori nazionali<sup>18</sup>.

In assenza, dunque, di indirizzi specifici da parte delle fonti comunitarie – se non quello, minimale, di tenere in considerazione le predette esigenze differenziate – la regolamentazione del riposo settimanale resta devoluta alle fonti nazionali, alle quali spetta il compito di individuare la eventuale sussistenza di tali esigenze e la loro conseguente diversa disciplina rispetto al regime ordinario<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> STELLA COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, cit., p. 384.

<sup>16</sup> Sulla decisione citata ed i suoi effetti, nonché sulla giurisprudenza successiva, si sofferma MARIA CRISTINA IVALDI, *Il fattore religioso nel diritto dell'Unione Europea tra riconoscimento giurisprudenziale e codificazione normativa*, Ediz. Nuova Cultura, Roma, 2012, p. 28 e ss.

<sup>17</sup> Su tali aspetti cfr. anche le considerazioni di MICHELE MARIANI, *Ancora sul lavoro prestato oltre il sesto giorno: il possibile impatto della nuova disciplina sul riposo settimanale*, cit., p. 2691 e ss.

<sup>18</sup> Per tali profili si rinvia alla approfondita analisi di STELLA COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, cit., p. 387 e ss.

<sup>19</sup> Con riferimento particolare alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nella dogmatica lavoristica italiana non è mancato chi (VITO SANDRO LECCESE, *Il diritto del lavoro europeo: l'orario di lavoro*.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

Ritornando al sistema italiano, le considerazioni sopra svolte evidenziano la necessità di una rilettura critica dell'ultimo comma dell'art. 36 Cost., alla luce del diverso quadro sociale oggi esistente, profondamente differente rispetto a quello tenuto presente dai Costituenti e dal legislatore in sede di attuazione, nonché dalla stessa Corte costituzionale nella sua originaria giurisprudenza.

Invero, se la previsione del riposo settimanale quale necessaria pausa dal lavoro, da fruirsi – salvo eccezioni – nella giornata della domenica appare del tutto logica in un sistema sociale caratterizzato in termini sostanzialmente monoculturali, anche sotto il profilo religioso, assai arduo sembra oggi poter conservare la medesima impostazione in un sistema radicalmente mutato e che si sposta sempre più velocemente verso un modello decisamente orientato al multiculturalismo ed alla multietnicità, nel quale le esigenze di differenziazione rispetto ai previgenti parametri “comuni” si fanno sempre più forti.

Da qui la necessità che l'interpretazione della disposizione costituzionale in questione si “apra” ad una lettura assiologicamente orientata dei precetti costituzionali richiamati, superando la concezione troppo meccanicistica del rapporto tra giorni lavorativi e pausa settimanale sinora individuato dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria.

Tale più ampia prospettiva, consentirebbe non solo il raggiungimento dello scopo del riposo del lavoratore ma, altresì, quello di realizzare (salvo i casi di reale accertata necessità individuati da Corte cost., n. 452/1991) la sinergica attuazione del disegno costituzionale di una società fondata su un effettivo rispetto della persona umana e delle formazioni sociali, in linea con quanto peraltro disposto anche dalla Carta di Nizza, il cui art. 33, garantendo la “protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale”, pone un particolare accento, appunto, sulla necessità di “conciliare vita familiare [in tutti i suoi possibili aspetti] e vita professionale”.

---

*Un focus sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Relazione al Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su “Il diritto sociale europeo”, Firenze, 27-29 giugno 2016, p. 5 e ss.) ha acutamente rilevato che «quel che merita, soprattutto, di essere evidenziato è che la ratio protettiva ha costituito il faro che ha guidato la Corte nella successiva opera interpretativa, che ha riguardato, su sollecitazione dei giudici di diversi Strati membri, non poche previsioni della direttiva. Come ha rammentato ancora di recente la stessa Corte, dalla propria costante giurisprudenza si evince “che la direttiva 2003/88 intende fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello dell'Unione europea in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è intesa a garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo – in particolare giornaliero e settimanale – e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro” (CGE 14 ottobre 2010 (C-243/09, caso Fuß), punto 32)».

# *La «post-transizione» serba in tema di libertà religiosa: prove pratiche di armonizzazione della tradizione sinfonica bizantina con i modelli giuspluralisti europei*

FABIO VECCHI

## 1. Introduzione

La dottrina giuridica comparata, occupandosi dei processi di democratizzazione nella regione dei Balcani occidentali a cavallo tra i due secoli, solo pochi anni orsono descriveva quella in atto in Serbia, come transizione «finta»<sup>1</sup>. Quella medesima posizione di pensiero stemperava poi il rigore della sentenza ammettendo che, pur potendosi parlare di transizione, si trattava di un processo per tappe, la cui innegabile progressione dal totalitarismo marxista alla liberal-democrazia restava intervallata ed appesantita dal fardello di un'ingombrante ombra nazionalista.

Tali più immediate valutazioni, rilette attraverso la lente della legislazione

---

<sup>1</sup> ANGELA DI GREGORIO, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in AA.VV., *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani. Diritti e garanzie*, (a cura di L. Montanari – Roberto Toniatti – J. Woelk), Quaderni del Dipartimento, n.92, Univ. Studi di Trento, 2010, p. 14; PHILIP SPENCER, «Nazionalismo», AA.VV., (Direzione scientifica di M. Flores), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, UTET, Torino, 2007, pp. 949-954.

In una classificazione sul grado di democratizzazione raggiunta nell'area dei Balcani occidentali stilata nel 2007 la Serbia veniva inquadrata come regime politico di tipo democratico-elettorale, a fianco di Montenegro, Macedonia e Albania. In tal caso, il governo «presidenzialista» (più prossimo a modelli di regime autoritario) si è coniugato con la soluzione parlamentare democratica, permettendo un temperamento delle derive nazionaliste. Cfr. DAVIDE GRASSI, *Le nuove democrazie: i processi di democratizzazione dopo la caduta del muro di Berlino*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 107; MARKO BOŽIĆ, *Slobodan Jovanović et la tradition du libéralisme doctrinaire serbe: pour un changement du paradigme*, in *Cahiers balkaniques*, sito on-line Revue.org (<http://ceb.revues.org/5081>), 42 (2014), pp. 1-29. Nelle rivendicazioni nazionaliste, seppure di minore entità in Serbia, risiederebbero i ritardi imputabili alla transizione democratica: sull'ipoteca politica dell'era Milosevic all'avvio di una democratizzazione in Serbia, GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878 ad oggi*, Carocci, Roma, 2010<sup>2</sup> p. 123. Per una trattazione generale sulla Serbia, ZELJAN E. ŠUSTER, *Historical dictionary of the Federal Republic of Yugoslavia*, European Historical Dictionaries, n. 29, The Scarecrow Press, 1999. Utili rilievi sulla transizione in Serbia in prospettiva politico-economica sono sviluppati da MILICA UVALIĆ, *Serbia's transition: towards a better future*, Palgrave, MacMillan, Basingstoke, 2010.

giusecclesiastica più recente, ricevono un ulteriore avallo, per essere corredate da elementi rivelatori diretti a cogliere le reali tensioni riformiste di Belgrado.

Il prolungato periodo di fluidità istituzionale che dalla morte di Slobodan Milosevic percorre le istituzioni serbe offre un segno inequivoco delle lacerazioni e delle contraddizioni ideologiche dei suoi governanti, stretti tra il mito nazionalista di un vagheggiato Stato ideale e l'esigenza di aggiornare l'ordinamento giuridico, con lo sguardo volto al pluralismo europeo. L'esperienza serba ha così assunto i contorni mobili ed incerti di un ago della bilancia geopolitico (tra Unione Europea e sovietismo espansionista di Putin) e confessionale interreligioso (specialmente nei rapporti tra Roma e Chiesa ortodossa serba *Srpska Pravoslavne Crkva*, immedesimata nel Patriarcato di Pec).

Dalla legislazione riformista di questi ultimi lustri appare chiaro che le pulsioni etno-nazionaliste, solo apparentemente esorcizzate dall'animo slavo, hanno subito una mimesi estetica ed un temperamento concettuale. Nelle leggi adottate dalla *Skupčina* ricorre frequentemente il trinomio «nazionalità-etnie-religione», ma una serie di ammortizzatori giuridici, tra clausole interpretative e rinvii formali al diritto internazionale con funzione di principi correttivi, ne disinnescano le potenzialità emotive. Così, nel diritto serbo, fanno ingresso criteri ermeneutici inconsueti: il divieto di pratiche assimilationiste o l'intervento del cd. «principio di discriminazione positiva» (art. 29.3, l. n. 36/2006; art. 18, l. n. 22/2009; Accordi per l'assistenza religiosa nelle Forze armate, art. 21) segnalano la volontà di cogliere un punto di equilibrio tra le due opposte polarità dell'etnofiletismo e del dialogo.

Quello che va sempre più nitidamente delineandosi nel teatro serbo è, insomma, un legislatore riformista ispirato da una potente carica pragmatica. Per paradosso, è il peso del modello sinfonico interpretativo, tuttora vitale e risorgente nella mentalità slavo-ortodossa – e in una Costituzione che, nel 2006, si professa «separatista» – a dirigere le scelte di politica ecclesiastica e, con esse, la legislazione sui temi etici, sulla cultura, sui diritti umani e le minoranze<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> A domandarsi dell'effettività della dichiarazione costituzionale sul separatismo, di fronte al vistoso recupero in termini di riferimenti di valore nella società serba della Chiesa Ortodossa, è MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church as a political actor in the aftermath of October 5, 2000*, in *Politics and Religion*, 1 (2008), p. 239. Occorre qui sottolineare che il modello sinfonico si sviluppa storicamente come «contesto di interessi convergenti» tra Stato e Chiesa. Ciò ne spiega non solo l'attitudine nel risolvere le controversie tra potestà, ma anche la formidabile fortuna. Vedasi, SILVIO FERRARI, *Tra geo-diritti e teo-diritti. Riflessioni sulle religioni come centri transnazionali di identità*, in *QDPE*, 2007/1, pp. 5-6. Si veda, inoltre, BOJAN ALEKSOV, *The new role of the Orthodox Church in Serbia*, in *Südost-Europa Zeitschrift für politik und gesellschaft*, De Gruiter Oldenburg ed., 2008, pp. 353-375; ALBERTO BECHERELLI, *Il Regno dei Serbi, Croati e Sloveni nell'Europa di Versailles (1918-*

Sarebbe un atto di leggerezza rinfacciare a quel legislatore un atteggiamento compromissorio, di comodo, o bollare come opzione dettata da vieto conservatorismo, quella di tutelare, anche ossessivamente, la lingua (e l'alfabeto cirillico) o di introdurre nel testo costituzionale il riconoscimento del solo matrimonio eterosessuale, o di rinviare in forma pervasiva al criterio-limite della moralità (si vedano gli artt.2 e 11.1 l. n. 101/2005) a fianco dell'imperituro ordine pubblico, innalzati come *totem* autoritari nel timore di incontrollabili espansioni della sfera delle libertà soggettive di recente riconoscimento (art. 54 Cost.).

Una valutazione troppo corriva finirebbe per cedere alla scontatezza e all'erronea interpretazione sul fallimento della politica concordataria, o sullo stallo internazionale dell'inestricabile nodo gordiano del Kosovo o sulla delicata autonomia amministrativa in cui versano le Province di Methochia e di Vojvodina<sup>3</sup>, mentre occorre contestualizzare il quadro della complessa vicenda nelle aspirazioni, nei sogni e nelle frustrazioni di Belgrado per un'ormai perduta egemonia «jugoslavista» regionale balcanica<sup>4</sup>.

Per altro verso, il Paese denuncia una preoccupante stasi riguardo all'avvio di riforme impellenti, specie nella articolazione della P.A., nell'indipendenza del potere giudiziario e nella piena realizzazione dello Stato di diritto.

I successi sono tuttavia incontestabili e molteplici e la legislazione sulla libertà religiosa (si veda la fondamentale l. n. 36/2006) e sui diritti umani si è dimostrata uno dei settori più vivaci, malleabili e promettenti per un'armonizzazione del diritto domestico con gli *standard* europei. Ciò, anche in considerazione degli irrigidimenti imposti in corso d'opera da Bruxelles con le clausole di condizionalità e le stringenti periodiche valutazioni sui progressi in tema di *acquis* comunitari. Il corpo normativo votato nell'ultimo

---

1921), Aracne, Roma, 2017; MARIKA MC ADAM, *Balcani occidentali*, EDT ed., Lonely Planet, 2009; YVES TOMIĆ, *Du réveil national au «réveil» religieux? Le cas de la Serbie au tournant du XXIe siècle*, in *Balkanologie*, Revue d'études pluridisciplinaires, IX, nn. 1-2, 2005, pp. 219-234.

<sup>3</sup> La dottrina non esita qui a rintracciare l'impronta nazionalista, consacrata nel principio dell'indissolubile unità territoriale Serbo-kosovara, trascritta nel Preambolo al testo costituzionale. Cfr. ROBERTO TONIATTI, *La transizione nei Balcani Occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., pp.367-368.

<sup>4</sup> MILA ORLIC, *Dal post-comunismo al post-jugoslavismo. L'associazione per l'iniziativa democratica jugoslava* in AA.VV. *Dopo la pioggia. Gli Stati della ex-Jugoslavia e l'Albania (1991-2011)* (a cura di A. d'Alessandri - A. Pittasio), Argo ed., Lecce, 2011, p. 175. Sulle storiche ambizioni unitarie del popolo serbo, sublimata dal Patriarcato di Pec, JANJA JERKOV, *Seobe. La diaspora della Chiesa ortodossa serba e bulgara nel XVIII secolo*, in AA.VV., *Storia religiosa di Serbia e Bulgaria* (a cura di L. Vaccaro), Centro Ambrosiano, Milano, 2008, p. 310; SLOBODAN VITANOVIC, *La Jugoslavia. Alcune cause della sua tragedia*, in AA.VV., *Etnia e Stato. Localismo e universalismo*, Studium, Roma, 1995, p. 86; IRENA MARČETA, *The international anchoring of Serbia's democracy: the seeds of a crisis embedded*, in *Rivista italiana di scienza politica*, Il Mulino, Bologna, 2/2010, agosto, pp. 195-218.

quindicennio è eloquente: dalla legge sulle minoranze nazionali (n. 11/2002) all'*Ombudsman* (n. 79/2005), alla legge sul diritto d'asilo (n. 109/2007) e sulle migrazioni (n. 107/2012); dalla legge sul divieto di discriminazione (n. 22/2009) a quella sulla gioventù (n. 20/2011), intersecando a più riprese il rovente terreno scolastico (in ultimo, l. n. 55/2013)<sup>5</sup>.

Si tratta di un poderoso scenario innovativo, in cui la religione fa capolino con grande frequenza, affiancata, specie nella legislazione dell'ultimo decennio, da un richiamo sempre più esplicito agli *standard* europei e al diritto internazionale convenzionale. In questo quadro il legislatore serbo offre un saggio di equilibrismo, mediando tra emancipazioni laiciste e persistenti – e più o meno espliciti – condizionamenti alla precettistica ortodossa: il riconoscimento delle unioni di fatto e dei rapporti extraconiugali (l. sulla famiglia n. 18/2005, art. 1 e la l. sulla parità dei sessi, n. 104/2009, art. 27) suona come un segno di svolta nel sentiero del separatismo, nel perdurante, millenario, e vitalissimo modello sinfonico.

Per le osservazioni ora esposte, la formula «post-transizione» qui intenzionalmente adoperata con valore paradigmatico intende sottolineare il percorso temporale in atto, soggetto ai condizionamenti delle istituzioni statuali e alle forze modellatrici degli eventi storici.

## *2. Il lento incedere verso le libertà democratiche e lo Stato di diritto nella prolungata transizione costituzionale*

La storia costituzionale della Serbia annovera un cospicuo numero di Carte fondamentali<sup>6</sup>. Nel segnare le tappe evolutive della storia nazionale,

---

<sup>5</sup> Per riferimenti testuali, si rinvia al sito on-line [www.licodu.cois.it](http://www.licodu.cois.it).

<sup>6</sup> La libertà di religione è contemplata in tutte le Costituzioni serbe: Cost. 1853 (cd. Costituzione di Stretenje) art. 97; Cost. 1869, art. 119; Cost. 1888, art. 18; Cost. 1901, art. 33; Cost. 1921 (Cost. del Regno dei Serbi, Croati e Sloveni o «Cost. di San Vito»), art. 12; Cost. 1931 (Cost. del nuovo Regno di Jugoslavia o «Costituzione di Settembre»), art. 11.; Cost. 1946 (I Cost. federale titoista), art. 21.1 e 21.3, art. 23 e art. 25; Cost. 1963 (II Cost. federale titoista), art. 46; Cost. 1974 (III Cost. federale titoista), art. 154; Cost. della Repubblica di Serbia 1990, art. 41; Cost. della Repubblica Federale di Jugoslavia (RFY, o «Costituzione della Terza Jugoslavia») 1992, artt. 18, 43, 50; Cost. dell'Unione di Stati Serbia-Montenegro 2002, artt. 9-11; Cost. della Repubblica di Serbia 2006.

<sup>Ap</sup>pare davvero istruttivo l'art. 46.4, Cost. Jugoslava 1963, secondo cui: «È anticostituzionale l'abuso della religione e dell'attività religiosa a fini politici». Cfr. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzioni straniere contemporanee*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 277 e edizione interamente riveduta del 1975<sup>2</sup>, pp. 267 ss., spec. p. 334; ENRICO GATTA, *La Costituzione jugoslava del 1931*, Sansoni, Firenze, 1947; *Constitutions of the Communist Party-States* (ed. Jan F. Triska), Stanford University, 1969<sup>2</sup>, pp. 454 ss.; BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le Costituzioni europee*, Edizioni di Comunità, Milano, 1954, pp. 445 ss.; FRANÇOIS RODOLPHE e PIERRE DARESTE, *Les Constitutions modernes; Europe III*, Recueil

quelle pietre miliari ne attestano il dinamismo istituzionale e il contraddittorio atteggiamento verso il fattore religioso e categorie giuridiche nuove (i diritti umani), nell'intreccio di elementi ideologici e nazionali<sup>7</sup>.

È sufficiente restringere il campo d'osservazione alle Carte redatte nell'ultimo secolo per disporre di un campionario di modelli giuridici assai diversificati e descrittivi della continuità tra il *vetus* ed il *novum ius*<sup>8</sup>. Le Costituzioni federaliste titine (1946, 1963, 1974) illustrano esperimenti normativi in progressivo divorzio dagli schemi ideologici marxisti, ma che circondano la religione di capziose e soffocanti prevenzioni; la prima Costituzione post-socialista (1990) mantiene l'impianto federalista nell'effimera Unione Serbia-Montenegro<sup>9</sup>; il modello si replica nella Costituzione del 1992 che rafforza l'intento centralista dell'unità territoriale della Serbia e Montenegro, incluse le regioni di Kosovo e Vojvodina e dichiara la separazione tra Chiesa e Stato (art.18) a fianco delle libertà e dei diritti fondamentali dell'uomo, del cittadino e delle minoranze (artt. 19-68)<sup>10</sup>.

La Costituzione di Serbia-Montenegro (2002) rettificata nel breve termine (2003) dà luogo a modelli garantisti e che avvolgono la religione in una generica e neutrale affermazione dei diritti e libertà civili<sup>11</sup>; in quel processo di riforma correttiva che evidenzia il progresso della transizione, risiede tuttavia l'incertezza della discontinuità che illustra Costituzioni «provvisorie»<sup>12</sup> o anche icasticamente ribattezzate «Costituzioni della crisi»<sup>13</sup> o denunciate

---

Sirey, Paris 1931.

<sup>7</sup> Sottolinea la decisa impronta sovietica della Costituzione jugoslava del 1946, GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud (sloveni, croati e serbi)*, CEDAM, Padova, 1995, p. 173. Circa i molteplici casi in cui la Jugoslavia oppose riserve alla firma di trattati internazionali che la vincolassero al rispetto dei diritti dell'uomo, si veda EDOARDO VITTA – VALERIO GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>8</sup> VELJKO MRATOVIC, *Le innovazioni istituzionali nelle nuove Costituzioni*, in *Documentazioni sui Paesi dell'Est*, CESES, Milano, nn. 4-6 (1974), pp. 140 ss.

<sup>9</sup> LAURA MONTANARI, *Il principio di Rule of Law e la tutela dei diritti nei Balcani Occidentali*, in AA.VV., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 207, n. 7. Per spunti critici su tale Costituzione, S. SRDJAN DJORDJEVIC, *La nuova Costituzione della Serbia. Basi per una vera transizione*, in Silvio Gambino (a cura), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 185 ss.

<sup>10</sup> GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., p. 269, n. 74; SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia*, in AA.VV., (a cura di COLE W. DURHAM, ELIZABETH A. SEWELL, S. FERRARI), *Law and religion in post-communist Europe*, Leuven, Paris, Dudley, Peeters, 2003, p. 299.

<sup>11</sup> GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in AA.VV., *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 13.

<sup>12</sup> SILVIO GAMBINO, *Potere costituente e transizioni democratiche nell'area balcano-occidentale*, in *I Balcani Occidentali* cit., p. 20.

<sup>13</sup> ROBERTO SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo nei Balcani e metodologia comparatistica*, in *Il pluralismo nella transizione* cit., p. 260; VOJIN DIMITRIJEVIC, *Preface in constitutional reform in Serbia*

fatalisticamente come «Costituzioni a termine», in cui una larga ipoteca sulla stabilità è imposta dalle procedure di redazione «guidate» dall'esterno<sup>14</sup>. Preso atto dell'abbondante ed estensiva produzione legislativa e dell'attitudine della cultura giuridica serba ad accogliere modelli ordinamentali occidentali, le istituzioni europee sollecitano la neo-Repubblica ad affrontare i nodi centrali, in modo che ciò che è stato delineato un «processo di transizione descrittivo», perché non ancora ultimato, possa ritenersi un capitolo chiuso<sup>15</sup>.

Esistono tuttora riserve culturali risalenti al panslavismo serbo, ridotto alle sue radici storiche più profonde. Dal post-comunismo al post-jugoslavismo federalista, il più ostico muro da infrangere, sembra consistere nell'abbandono dei residui centralisti-unitaristi, riassunti dalla questione del Kosovo<sup>16</sup>: un problema inesistente, a seguire la lettura della Costituzione del 2006 che, nel Preambolo, dichiara essere, assieme alla Methochia, «parte integrante del territorio della Serbia».

Altra questione è l'effettiva realizzazione, costantemente segnalata dalle istituzioni europee<sup>17</sup>, di un consolidato Stato di diritto, ossia di quella condizione preliminare al cui difetto, avvertiva Pavle Nikolic, andava addebitata la «grave crisi del diritto»<sup>18</sup> jugoslavo. Ancora oggi l'effettiva distribuzione ed autonomia tra poteri e il reale *spatium* giuridico della libertà soggettiva dei cittadini e della tutela alle lesioni subite, in osservanza dei criteri di Copenhagen, resta un principio fissato astrattamente sulla Carta fondamentale del 2006<sup>19</sup>.

---

*and Yugoslavia. Proposal by an independent group of experts*, Belgrado, 2001; Id., *Human rights in Yugoslavia 1999: legal provisions and practice in the Federal Republic of Yugoslavia compared to international human rights standards*, Belgrade Center for Human Rights, 2000.

<sup>14</sup> Circa la Cost. Serbia-Montenegro 2003, LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti nelle nuove Costituzioni dei Balcani occidentali*, in AA.VV., *I Balcani Occidentali* cit., p.174.

<sup>15</sup> pp. 218 e 255; SILVIO GAMBINO, *Potere costituente* cit., p.44.

<sup>16</sup> MILA ORLIC, *Dal post-comunismo al post-jugoslavismo* cit., p. 178.

<sup>17</sup> *Risoluzione 2015 sui progressi compiuti dalla Serbia. Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2015 sulla relazione 2014 sui progressi compiuti dalla Serbia* (2014/2949(RSP) (2016/C 316/07), GUUE 316/61, *Considerando D*: «che l'UE ha posto lo Stato di diritto al centro della sua politica di allargamento»; *Considerando E*: «(...) che la Commissione ha sottolineato la necessità di rafforzare la *governance* economica, lo Stato di diritto e le capacità della pubblica amministrazione in tutti i paesi dei Balcani occidentali». Inoltre §4: «(...) rileva che la Serbia deve compiere ulteriori progressi per quanto concerne la sua riforma prioritaria, lo Stato di diritto».

<sup>18</sup> PAVLE NIKOLIC, *I sistemi costituzionali dei nuovi Stati dell'ex-Jugoslavia*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 76.

<sup>19</sup> Art. 1 Cost. di Serbia 2006: «Republic of Serbia is a State of Serbian people and all citizens who live in it, based on the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and freedoms, and commitment to European principles and values». Art. 3: «Rule of law is



Va poi detto che tra i due problemi ora enunciati c'è solo un'apparente estraneità: entrambi chiedono una pianificazione istituzionale, l'una di tipo territoriale, l'altra, di ordine più strettamente normativo: in ogni caso, si assiste ad una macroregionalizzazione giuridico-politica in cui un centro di riferimento, l'UE, in certo modo fagocita o livella le diversità culturali. Tale processo si rivela più estenuante laddove sussistano, come in Serbia, modelli culturali di elevata maturazione<sup>20</sup>. Lo Stato di diritto, e la sua affermazione (nelle proposizioni del 1. principio di legalità; 2. di separazione dei poteri e 3. di certezza del diritto), corrisponde, insomma, al tragitto volto a rendere effettivo e compiuto il primato dell'individuo a scapito della dimensione pubblico-collettivista. Si tratta, in altre parole, dell'archiviazione delle dottrine ispirate al socialismo reale, con la pianificazione dell'individuo e delle sue peculiari esigenze di libertà e di proclamazione dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>.

L'avanzamento effettivo della «post-transizione» attende dunque lo smantellamento di residue resistenze che impediscono la piena corrispondenza dei diritti del cittadino con i diritti dell'uomo. La tendenza a collegare la nozione di «Stato di diritto» a quella di costituzionalismo -tratto caratterizzante negli Stati ex-comunisti volti ad abbracciare modelli di democrazia occidentale- non si è rivelata, anche in Serbia, determinante all'andamento dei processi transitori<sup>22</sup>.

---

a fundamental prerequisite for the Constitution which is based on inalienable human rights. The rule of law shall be exercised through free and direct elections, constitutional guarantees of human and minority rights, separation of power, independent judiciary and observance of Constitution and Law by the authorities».

<sup>20</sup> Cfr. COSTANZA MARGIOTTA, «Stato di diritto», in *Diritti umani. Dizionario*. I cit., pp. 1244-1445; LARA APPICIAFUOCO, *La promozione dello Stato di diritto nei paesi dei Balcani Occidentali: il ruolo dell'Unione Europea*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 131. Quanto alle diversità culturali, queste non vanno intese in senso oggettivo: il pensiero giuridico serbo è assai attento alla cultura europea e legami profondi hanno segnato il suo elemento dottrinale con quello francese, mentre la codificazione austriaca ha improntato largamente di sé i codici civili. Sul punto, GIANMARIA AJANI, *Diritto dell'Europa Orientale*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. Sacco), UTET, Torino, 1996, p. 90.

<sup>21</sup> ROBERTO TONIATTI, *La transizione nei Balcani Occidentali e il paradigma costituzionale europeo* cit., pp. 338-339. Sul principio di legalità, PETER PACZOLAY, *Traditional elements in the Constitutions of Central and East European Democracies*, in MARCIN KRYGIER - ADAM W. CZARNOTA, *The Rule of law after Communism. Problems and prospects in East-Central Europe*, Aldershot, Ashgate, 1999, pp. 109 ss. Sul rapporto tra Stato di diritto, democratizzazione e diritti umani, UGO VILLANI, *Democratizzazione all'Est e Nazioni Unite*, pp. 63 e 72 e GIULIANA ZICCARDI CAPALDO, *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale generale*, p. 57, entrambi in AA.VV., *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998. Sul controllo di costituzionalità delle leggi ricorda GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., p. 186, che la Jugoslavia fu il primo Paese socialista ad introdurlo nell'ordinamento giuridico (7 aprile 1963), imitando, in aperta rottura con tradizione sovietica, il modello austriaco kelseniano.

<sup>22</sup> GIANMARIA AJANI, *Diritto dell'Europa Orientale* cit., p. 233; PATRICE GÉLARD, *Rapport de Synthèse*,

Il riassetto organizzativo tra poteri dello Stato doveva necessariamente rielaborare il sistema a semipresidenzialismo autoritario attraverso la ricostituzione dei vertici della giustizia statale<sup>23</sup>. Tale scelta è stata confortata nella Cost. 2006, art. 4.3 con l'importante correttivo del principio di «*checks and balances*»<sup>24</sup> in grado di aprire varchi inusuali all'esercizio della giustizia costituzionale e di «depotenziare», sebbene con tutti i limiti fisiologici e simbolici di uno strumento transitorio, il modello di governo semipresidenziale<sup>25</sup>.

L'impegno sottoscritto dalla Serbia è consolidare il processo di democratizzazione della sfera di libertà politiche soggettive, passando anche attraverso quelle zone d'ombra, peraltro significativamente illuminate dalla recente legislazione riformista, relative alle tutele delle minoranze<sup>26</sup>. La Costituzione del 2006 (art.14) colloca tra i principali principi costituzionali la «speciale» protezione delle minoranze nazionali: «The Republic of Serbia shall protect the rights of national minorities. The State shall guarantee special protection to national minorities for the purpose of exercising full equality and preserving their identity». Ad esso si aggiunge la Parte II, Capo 3 interamente dedicata alle «Persone appartenenti alle minoranze nazionali» (artt. 75-81).

Di questi fondamentali principi si rammenta qui l'art.78 sul divieto di assimilazione forzata, che contempla anche il rifiuto di ogni mezzo volto a produrre modifiche artificiose degli equilibri etno-demografici nel territo-

---

in (Slobodan Milacic, a cura), *La démocratie constitutionnelle en Europe Centrale. Bilan et perspectives*, Bruxelles, 1999, p. 621.

<sup>23</sup> La Corte Cost. è stata ristabilita in Serbia ex artt. 166-175 Cost.2006. GIANMARIA AJANI, *Diritto dell'Europa Orientale* cit., p. 227.

<sup>24</sup> Si veda art. 4.3 Cost. Serbia 2006: «The legal system is unique. Government system shall be based on the division of power into legislative, executive and judiciary. Relation between three branches of power shall be based on balance and mutual control. Judiciary power shall be independent». SILVIO GAMBINO, *Potere costituente* cit., p. 42; ROBERTO TONIATTI, *La transizione nei Balcani Occidentali e il paradigma costituzionale europeo* cit., p. 341; RUTI TEITEL, «Giustizia di transizione», in *Diritti umani. Dizionario I* cit., pp. 638 ss.

<sup>25</sup> MARINA CALAMO SPECCHIA-LAURA FABIANO, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione nell'area balcanica (sistemi elettorali, partiti politici e società civile)*, in *Il pluralismo nella transizione* cit., p. 175. Registra questo fenomeno nelle recenti costituzioni dei Balcani occidentali di Albania (1998), Montenegro (2007), Croazia (2000), ANGELA DI GREGORIO, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista* cit., pp. 16-18 e 33 ss. Vedi, però, FRANÇOIS FRISON-ROCHE, *Le modèle "semi-presidentiel" comme instrument de la transition en Europe post-communiste*, Bruxelles, 2005. <sup>26</sup> Il valore transitorio, e quindi instabile, e dunque non in grado di garantire ancora l'auspicata stabilità del sistema, RUTI TEITEL, «Giustizia di transizione», cit., pp. 642-643.

<sup>26</sup> GIULIANA ZICCARDI CAPALDO, *Democratizzazione all'Est* cit., p. 33; ROBERTO TONIATTI, *La transizione nei Balcani Occidentali* cit., pp. 374-377, giudica «altamente sofisticato» l'art. 14 Cost. serba 2006 e gli artt. 75-81, in virtù dei quali è possibile parlare di una «piccola Costituzione delle minoranze». Vedi anche MILA ORLIC, *Dal post-comunismo al post-jugoslavismo* cit., p. 179.

rio<sup>27</sup>: di tale norma farà tesoro una cospicua legislazione successiva; analogamente, l'art.79, che, nell'epigrafe di «diritto alla preservazione delle specificità» espone un vero decalogo normativo<sup>28</sup>, di rilievo pari alla tolleranza ed al dialogo interculturale tra i popoli stanziati, proclamati all'art.81.

Da una rapida perlustrazione della vigente Carta fondamentale serba sul riconoscimento dei diritti e libertà del fattore religioso si evince l'idea di un progetto in atto, poggiante su una fitta rete di principi che si richiamano l'un l'altro, dando corpo alla tendenza, già emersa nelle Costituzioni del 1990 e del 2003, volta a solidificare in cataloghi di diritti (*bill of rights*) costituzionalizzati, le garanzie del cittadino. È possibile individuare norme in cui il fattore religioso è l'oggetto prioritario del riconoscimento (ed inquadramento entro precisi recinti di diritti e libertà) e della tutela: artt.11, 43 e 44 Cost.<sup>29</sup> A questi parametri apicali va aggiunto il folto gruppo di norme disseminate lungo l'intera Parte I e II della Costituzione (Principi costituzionali; Diritti umani, delle minoranze e libertà). In questi ultimi, il fattore religioso è strumentale all'enunciazione di un diritto principale o funzionale alla de-

---

<sup>27</sup> Art. 78 Cost. 2006: «Forced assimilation of members of national minorities shall be strictly prohibited.

<sup>28</sup> Protection of members of national minorities from all activities directed towards their forced assimilation shall be regulated by the Law. Undertaking measures, which would cause artificial changes in ethnic structure of population in areas where members of national minorities live traditionally and in large numbers, shall be strictly prohibited».

<sup>29</sup> Art.79 Cost. 2006: «Members of national minorities shall have a right to: expression, preservation, fostering, developing and public expression of national, ethnic, cultural, religious specificity (...).».

<sup>29</sup> Art. 11 Cost.2006: «The Republic of Serbia is a secular State. Churches and religious communities shall be separated from the State. No religion may be established as State or mandatory religion».

Art. 43 Cost. 2006: «Freedom of thought, conscience, beliefs and religion shall be guaranteed, as well as the right to stand by one's belief or religion or change them by choice. No person shall have the obligation to declare his religious or other beliefs.

Everyone shall have the freedom to manifest their religion or religious beliefs in worship, observance, practice and teaching, individually or in community with others, and to manifest religious beliefs in private or public. Freedom of manifesting religion or beliefs may be restricted by law only if that is necessary in a democratic society to protect lives and health of people, morals of democratic society, freedoms and rights guaranteed by the Constitution, public safety and order, or to prevent inciting of religious, national, and racial hatred.

Parents and legal guardians shall have the right to ensure religious and moral education of their children in conformity with their own convictions».

Art.44 Cost.2006: «Churches and religious communities are equal and separated from the State. Churches and religious communities shall be equal and free to organize independently their internal structure, religious matters, to perform religious rites in public, to establish and manage religious schools, social and charity institutions, in accordance with the law.

Constitutional Court may ban a religious community only if its activities infringe the right to life, right to mental and physical health, the rights of child, right to personal and family integrity, public safety and order, or if it incites religious, national or racial intolerance».

Cfr. LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., p. 179.

scrizione dello stesso o ai limiti/divieti che, nel rispetto della religione o di altri valori, a tali diritti possono essere opposti. Il fattore religioso viene così fatto oggetto di ulteriori strumenti di garanzia: il divieto ai partiti politici di svolgere attività il cui scopo consiste nell'incitamento all'odio religioso (art. 5.3 Cost.) o il divieto generale alla discriminazione (art. 21.3 Cost.); l'appartenenza di fede riemerge nell'obiezione di coscienza (art. 45.1 Cost.), o nella promozione al rispetto delle diversità (art. 48 Cost.), o nella gestione della libertà nei *mass-media* (art. 50.3 Cost.); ancora, la religione fa parte dei limiti alla libertà di associazione (art. 55.4 Cost.) ed è contemplata nella disciplina sul diritto di asilo (art. 57.1 Cost.); la tutela religiosa contribuisce alla più generale tutela delle minoranze nazionali sia in termini di preservazione delle specificità (art. 79.1 Cost.), sia in termini di tolleranza (art. 81 Cost.).

Ne sortisce un quadro normativo che non si limita ad una formale elencazione di diritti, ma che appare in grado di dare forma ad un complesso di regole saldamente compenstrate e flessibilmente armonizzate.

Dal confronto tra i diversi segmenti istituzionali sin qui esposti (abbracciati diritti, libertà e strutture di gestione del potere) si deduce che l'apparato legale nella Serbia attuale sia tuttora il prodotto di forze contrastanti, in cui gli elementi di conservazione e continuità tendono ad opporre resistenze verso l'azione riformista. Il prolungato periodo di fluidità istituzionale transitoria non sembra ancora aver imboccato la fase conclusiva<sup>30</sup>.

Nazionalità, etnie, religione, decontestualizzati e ricomposti nel referente materiale dei gruppi umani diffusi, separati e riaggregati in un territorio i cui confini politici sono stati oggetto di periodiche correzioni, scavano nel dettato della Costituzione del 2006 per proporre nuovi parametri di valore. L'art. 76 proclama il diritto di eguaglianza e il divieto di discriminazione, ma equivoche alchimie di livellamento quantitativo di maggioranze-minoranze nazionali sostengono la clausola della legittimazione dello Stato ad interventi «correttivi» intesi a garantire una «*full equality*» nazionale<sup>31</sup>. Gli equilibri geo-demografici restano condizionanti su tutta l'impalcatura costituzionale e sul primato da attribuire o agli *standard* democratici o alle tradizioni culturali nazionali<sup>32</sup>.

Un quadro di luci ed ombre riepiloga anche la libertà di religione. Il

---

<sup>30</sup> LEONARDO MORLINO, «*Democratizzazione*», in *Diritti umani. Dizionario I cit.*, p. 264. Sulla conservazione (relativamente al profilo costituzionale) dei modelli socialisti nella Cost. serba 2006, si veda ANGELA DI GREGORIO, *Il modello interno nella configurazione della giustizia costituzionale nei Paesi della ex-Jugoslavia, ovvero delle ascendenze socialiste*, in *I Balcani Occidentali cit.*, p. 262.

<sup>31</sup> ROBERTO TONIATTI, *La transizione nei Balcani Occidentali cit.*, p. 379.

<sup>32</sup> ALESSANDRO TORRE, *I governi locali nella grande transizione costituzionale balcanica*, in *I Balcani Occidentali cit.*, p. 57.

riconoscimento di confessioni religiose esterne al cerchio delle «Chiese tradizionali» porta a concludere che il «giurisdizionalismo amministrativo» sia un ostacolo superato dal legislatore di Belgrado<sup>33</sup>. Il concetto di separazione Chiesa-Stato, ora introdotto, va certo inteso come «separazione collaborativa», ma è necessario precisare che quel modello di separatismo ha ben poco da spartire con l'omologo partorito dalla fucina della laicità ottocentesca francese, stante il connotato «sinfonico» che consacra, in forma surrettizia, un primato storico della Chiesa ortodossa sull'intero universo confessionale dei Balcani occidentali.

Il fattore religioso riemerge nella dimensione pubblica e si conforma alla percezione culturale che il legislatore ha della società vivente: una libertà piena che è soggetta ai veti della Corte Costituzionale quando si opponga al diritto alla vita, all'integrità familiare, così come quando ceda alle lusinghe tragiche dell'apologia dell'odio religioso, nazionale o razziale o attenti all'ordine pubblico.

### 3. ...e il ridimensionamento delle aspirazioni panslaviste serbe. Lo speciale vincolo unitivo tra Serbia e Montenegro

All'indomani della tormentata fase di ricostruzione istituzionale, la Serbia tratteggiata dalla Carta Fondamentale del 2006 ha sostituito al modello federalista quello di un'unità solo apparentemente monolitica<sup>34</sup>.

Il trinomio nazione-etnia-religione, in certo modo, continua ad esercitare la riaggregazione del consenso nazionale nell'assetto geo-politico della regione balcano-danubiana: la Serbia mantiene un ruolo egemone che si estende ben oltre i nuovi confini ridisegnati sulle mappe della geografia politica per logiche imposte o «eterodirette». Il risultato attuale è l'affermazione di opzioni autonomiste interne o esterne allo Stato serbo, in cui l'elemento etnico-nazionale riscopre spunti di radicamento nel magistero dell'etica ortodossa e viene inquadrato nel modulo dell'autogoverno locale e dei distretti cantona-

---

<sup>33</sup> MATTEO LUGLI, JLIA PASQUALI CERIOLI, INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 31-32 e 36 ss.

<sup>34</sup> Il referendum costituzionale del 1990 consacrò sulle ceneri della decomposta federazione jugoslava la nuova Repubblica di Serbia. L'opzione federativa Serbia-Montenegro (cd. «Repubblica Federale di Jugoslavia») durata un decennio, tra il 1992 e il 2003, e mutata in Unione Statuale di Serbia e Montenegro (2003), si chiude con il referendum del Montenegro per l'indipendenza (2006). Lo scioglimento consensuale dei due soggetti dava così luogo a due Stati sovrani ed indipendenti. Vedi anche ANGELO MACCHI, *La repubblica di Serbia e Montenegro oggi*, in *La Civiltà Cattolica*, Roma, 2004/III, p. 424, e ID., *La Serbia dopo la morte di Slobodan Milosevic*, 2006/II, p. 289.

li. Se, infatti, Serbia e Montenegro restano, pur dopo il divorzio consensuale del 2006, due entità statuali culturalmente ed etnicamente omogenee<sup>35</sup>, una sorta di dipendenza o «attrazione» culturale è esercitata da Belgrado anche sulla Repubblica Srpska della Bosnia-Erzegovina<sup>36</sup>, mentre il legame con la Vojvodina, la Methochia o il Kosovo sembra ora reggersi solo su contrapposizioni più o meno plateali o bracci di ferro intesi a reclamare il riconoscimento di un'autonomia dall'ampiezza variabile.

Questo complesso di fattori è disceso in forma alluvionale sulle istituzioni della Jugoslavia titina ed il suo impatto avrebbe poi generato conseguenze devastanti sullo Stato federale. La disgregazione federalista, da un lato, si è infatti manifestata nel quadrante serbo-montenegrino con una duplice rottura rispetto al modello giuridico sovietico di riferimento<sup>37</sup>. Del resto, una buona dose di pragmatismo aveva fatto da equilibrato suggeritore all'orecchio del governante serbo durante tutto l'arco storico del «secolo breve»: una logica «piccolo-serba» destinata ad alimentare sentimenti nazionalisti era apparsa nelle congiunture economiche degli anni Ottanta, ma già nell'esperienza anteriore della Jugoslavia monarchica, all'indomani della prima Guerra Mondiale, si era manifestata l'attitudine del ceto intellettuale serbo, classe giuridica inclusa, all'adattamento e all'innovazione<sup>38</sup>.

Sotto il profilo religioso, al contrario, il legame tra Serbia e Montenegro, consacrato dal medesimo credo ortodosso, racconta una storia molto diver-

---

<sup>35</sup> Circa L'Unione di Serbia-Montenegro si è parlato di esperienza di riaggregazione, in forme nuove e diversificate, ma da collocare in un processo transitorio, stante il richiamo agli *standard* europei. MAURIZIO CERMEI, (a cura), *La transizione alla democrazia di Serbia e Montenegro. La Costituzione della Repubblica Federale di Jugoslavia 1992-2002*, Marsilio, Venezia, 2002; PAOLO DIMAN, *The Economic and monetary Constitutions of the Western Balkans*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p. 301, n. 20; SILVIO GAMBINO, *Potere costituente e transizioni* cit., pp. 32-34.

<sup>36</sup> JENS WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?* Cedam, Padova, 2008, spec. pp. 85 ss., circa la disciplina vigente nel Distretto internazionale di Brčko; ILIC MILE, *A critical review on the new solution in the new Law on Local self-government in the Republic of Serbia*, in *Facta Universitatis*, serie *Law and Politics*, Vol. I, n. 6 (2002), pp. 711-718. Per richiami alla situazione in Vojvodina, GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878 ad oggi* cit., p. 88. In proposito, si segnala qui l'importante «Accordo sull'istituzione di speciali relazioni parallele tra la Repubblica di Serbia e la Repubblica Srpska» (Banja Luka, 26 settembre 2006), consultabile al sito on-line: ILO-NATLEX.

<sup>37</sup> LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., pp. 161-162.

<sup>38</sup> Osserva GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., p. 145, l'attitudine della dottrina legale jugoslava ad emanciparsi dal municipalismo giuridico, per leggere ed assorbire modelli di esperienze esterne, pur inquadrandoli nel regime unitario di un diritto comune jugoslavo. Vedi anche GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878* cit., pp. 87-88. ŽIVOJIN PERIC, *L'évolution du droit civil en Serbie depuis 1869, jusqu'à nos jours*, in *Livre du cinquantenaire de la Soc. Leg. Comp. T.II*, Paris, 1923, p. 305 ss.; ID., *L'influence du droit germanique sur le droit privé des peuples en Jugoslavie*, in *Introduction à l'Etude du droit compare recueil d'études en l'honneur de Lambert*, Paris, 1938, p. 667.

sa dar resto del variegato quadro dei Balcani occidentali<sup>39</sup>. La notevole sovrapposizione culturale, linguistica, etnica e confessionale delle due Entità, ha fatto della Serbia e Montenegro una effettiva «zona franca» dei conflitti etno-religiosi intercorsi nel resto della Jugoslavia tra serbi e kosovari, bosniaci e croati o tra macedoni e albanesi facendo, semmai, da cassa di risonanza al «diritto all'integrità territoriale» della Jugoslavia (Serbia-Montenegro) a fronte delle istanze indipendentiste nascenti un po' ovunque.

Quella omogeneità costituzionale ha così scongiurato, almeno localmente, l'orrore della pulizia etnica o i rigurgiti di un nazionalismo sanguinario<sup>40</sup>.

Lo speciale «vincolo unitivo» tra Serbia e Montenegro appare chiaro nella Costituzione Unitaria del 2002. Quella Carta, nel pariordinare le due entità in condizione di reciprocità, confermava l'unità giuridica soggettiva sia alla luce della personalità giuridica internazionale, sia nelle relazioni internazionali e nella potestà di concludere trattati (art.14 e 15), sia nel trasferimento per successione della posizione giuridica internazionale derivata dalla Repubblica Federale di Jugoslavia (art.63).

Restava ancora in alto mare il tema della libertà religiosa, garantita in astratto, a fianco alla libertà di esprimere liberamente l'appartenenza nazionale, culturale, linguistica e d'uso del segno alfabetico proprio, ma al tempo, ancora privo di strumenti di tutela realmente efficaci<sup>41</sup>.

#### 4. *Ortodossia, cattolicesimo, Islam, ebraismo: le religioni monoteiste a confronto. E le minoranze etno-confessionali? La legge sulle minoranze nazionali n. 11/2002*

Nel quadro confessionale della Serbia della «post-transizione» persiste un divario che, ingiustificatamente, l'osservatore delle istituzioni europee trascura. La legge sui culti n.36/2006 traccia coordinate visibili cui sovrapporre, con la distinzione tra Chiese «tradizionali» e non, gerarchie meno

---

<sup>39</sup> GRZEGORZ WOJCIECHOWSKI, «Serbo-montenegrina (Iglesia)», in DGDC, VII, pp. 295-296. Questione ben diversa riguarda le vicende scismatiche all'interno della Chiesa ortodossa, con al pretesa autocefalia della Chiesa Ortodossa di Montenegro. Cfr. VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols. Religion and nationalism in Yugoslav States*, Oxford University Press, 2002, pp. 154 e 174-175.

<sup>40</sup> MASSIMO LEONE, «Conflitti religiosi», in *Diritti umani. Dizionario I cit.*, p. 168; SARA V. DI PALMA, «Conflitti razziali», *Ult. loc. cit.*, p. 164. Sul tema dell'integrità territoriale di una vagheggiata Jugoslavia, MASSIMO IOVANE, *Democratizzazione all'est e Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa*, in *Democratizzazione all'Est cit.*, p. 96.

<sup>41</sup> PAVLE NIKOLIC, *I sistemi costituzionali cit.*, pp. 43-47.

facilmente percepibili<sup>42</sup>. Per altro verso, la Costituzione serba del 2006, ora commentata, destina un significativo *corpus* di norme al tema delle minoranze, tentando in tal modo un approccio sistematico alla questione che in Serbia lega, per fusione ancestrale tra storia e mito, il fattore del consorzio umano minoritario di tipo cellulare (la società familiare di base) con l'attributo della etno-confessionalità. Su questo piano, tra l'altro, le istituzioni UE sembrano avvertire una maggiore sensibilità<sup>43</sup>.

Al mito della Serbia come «Piemonte balcanico» in cui etnia, nazione, religione, lingua, epopea dei re e monaci-santi si fondono indistintamente nella dimensione dell'identità si può, infatti, far risalire la chiave di lettura del panslavismo serbo e delle sue complesse varianti culturali<sup>44</sup>. Il legislatore serbo del XXI secolo, filooccidentale e teso ad assecondare le aspettative europee per ottenere la sospirata inclusione nel suo *club* di Stati-membri non sembra voler (o poter) rinunciare al consenso del clero ortodosso: la principale confessione che attinge ad un codice di valori che la elevano esponenzialmente a simbolo di unità nazionale, censore di condotte morali, idolo e custode del patriottismo rievocatore della tradizione slava di San Sava e della Battaglia del Kosovo. Alla Serbia come «Piemonte» dell'unità nazionale corrisponde, per simmetrie sacrali, il mito analogico del Kosovo come Gerusalemme<sup>45</sup>.

Sacro e profano supportano modelli sinfonici tra Stato e Chiesa destinati a perdurare nel tempo. È quindi inevitabile che il legislatore riformista di Belgrado, affrontando il tema delle minoranze, abbia destinato un largo margine disciplinare, seppur non assimilabile ai modelli adottati in Bosnia, in Kosovo o in Macedonia, alla «istituzionalizzazione delle etnie», con ciò favorendo l'affiliazione etnica e l'inquadramento non rigido delle identità<sup>46</sup>.

Un'occhiata panoramica sulla legislazione serba degli ultimi tre lustri in-

---

<sup>42</sup> Cfr. MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church as a political actor* cit., pp. 237-269.

<sup>43</sup> Risoluzione 2015 cit., *Considerando H*: «in materia di tutela delle minoranze deve essere garantito appieno, in particolare per quanto concerne l'istruzione, l'utilizzo della lingua e l'accesso ai media e ai servizi religiosi nelle lingue minoritarie».

<sup>44</sup> Per una diversa prospettiva, che distingue tra etnie ed entità storiche, ROLAND SCHOENFELD, *Stato, ortodossia e identità serba nel XIX e XX secolo*, in AA.VV., (a cura di Anna Baldinetti e Armando Pitassio), *Dopo l'Impero Ottomano. Stati-nazione e comunità religiose*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, p.72.

<sup>45</sup> VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., p.124. In generale, cfr. MIHAILO PUPIN, *Serbian Orthodox Church*, Murray ed., London, 1918; ĐOKO SLIJEPCÉVIĆ, *History of the Serbian Orthodox Church*, 3 voll., Iskra, Monaco, 1962-1986. Si vedano gli articoli apparsi su *Il Regno. Attualità*, EDB, Bologna: MARCELLO MATTÉ - FRANCESCO STRAZZARI, *La Serbia, il Kosovo e l'Occidente*, 2008/6, pp. 166-167; LORENZO PREZZI, *Irinej dopo Pavle*, 2010/4, p. 93.

<sup>46</sup> SIMONA MAMELI, *State building e diversity management nella post-disgregazione: organizzazione politica e sperimentazioni istituzionali nello spazio ex jugoslavo*, in *Dopo la pioggia* cit., p.147.



dica un preciso criterio d'orientamento. Scartata l'ipotesi dell'autodeterminazione delle minoranze nella forma estrema del diritto alla secessione, in uno Stato multietnico a minoranze diffuse, restava praticabile ancora una sola via: il riconoscimento attivo, inclusivo e partecipativo a tutti i livelli di godimento e allargamento della platea dei destinatari dei diritti soggettivi originariamente previsti per il cittadino<sup>47</sup>. In questo quadro, al legislatore belgradese va riconosciuto senso di realismo: da un lato, riguardo alle confessioni «tradizionali», questi sembra avere abbracciato un criterio-guida di preservazione delle culture minoritarie sotto l'egida formale dell'autogoverno; dall'altro, ha preso atto della consegna storica che consacra *de facto* il ruolo primaziale della Chiesa Ortodossa serba.

In tal senso la legge sulla tutela dei diritti e delle libertà delle minoranze nazionali, n.11/2002, assolve la funzione di cassa di espansione dell'onda d'urto depositata nelle potenzialità emotive dei popoli minoritari<sup>48</sup>. Siffatta normativa costituisce anche la «soluzione laica» verso l'apertura e la convivenza tra etnie, a fronte dei ricorrenti fallimenti in cui sono incorsi gli esperimenti di dialogo ecumenico tra le diverse fedi e in cui una considerevole spinta alla chiusura, all'insegna di un tendenziale isolamento teologico, è stato alimentato dal Patriarcato ortodosso<sup>49</sup>.

Né sembrano profilarsi all'orizzonte motivi di un cambiamento di mentalità in un oriente slavo che si compiace di immergere i panni della sua tradizione «nelle acque della storia». In tale senso la convivenza con le minoranze etno-confessionali si priva dell'essenziale strutturazione di un dialogo interreligioso, delegando alla statuizione legale il modello di convivenza da seguire<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> MASSIMO IOVANE, *Democratizzazione all'est* cit., p. 95. Vedi anche NICOLA GULLO, *La tutela delle minoranze nello spazio giuridico europeo*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa* (a cura di I. Trujillo e F. Viola), Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 239 ss.

<sup>48</sup> Per tutti, SERGIO BARTOLE, «*Minoranze nazionali*», in *Noviss. Dig. It.*, Appendice V, UTET, Torino (1984), pp.44 ss.; ELISABETTA DI SUNI PALICI PRAT, «*Minoranze*», in *Digesto Disc. Pubbl.*, IX, UTET, Torino, 1994, pp. 547 ss.; CIRO LIPARITTI, «*Minoranze nazionali*», in *Noviss. Dig. It.*, X, UTET, Torino, 1964, pp. 749-759; ALESSANDRO PIZZORUSSO, «*Minoranze etnico-linguistiche*», in *Enc. Giur.*, Giuffrè, Milano, XXVI (1976), pp.527 ss.

<sup>49</sup> Sebbene ormai datata, resta di eloquente portata la «Lettera appello contro l'ecumenismo» (1977) del clero ortodosso serbo contro ogni esperimento di dialogo ecumenico interreligioso, censurato come «veleno dei missionari occidentali». Cfr. VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., pp.180-181. Vedi anche gli articoli su cattolici-ortodossi in Serbia, pubblicati su *Il Regno. Attualità*, EDB, Bologna, da: DIMITRI SALACHAS, *Autorità e conciliarità*, 2006/18, p. 59 7 e MARCELLO MATTÉ - FRANCESCO STRAZZARI, (a cura di) *Chiediamo stabilità. Intervista a Mons. Hocevar*, Arcivescovo di Belgrado, 2008/6, p. 165. Sulle storiche prevenzioni del clero serbo che intravedeva nel cattolicesimo una minaccia per l'ortodossia, cfr., EMANUELA SGAMBATI, *I cattolici in Serbia e Bulgaria: sguardo diacronico*, in *Storia religiosa di Serbia e Bulgaria* cit., p. 407.

<sup>50</sup> Circa la questione della minoranza cattolica, la terza in ordine di grandezza in Serbia, si veda SARAH NUMICO, *Intervista a mons. Hocevar. Non lasciateci soli*, in *Il Regno. Attualità*, 3/2015, pp. 207-210.

È in ogni caso dalla menzionata legge n.11/2002<sup>51</sup> che può ricavarsi il fondamento libertario che la Serbia garantisce oggi alle minoranze nazionali. L'aggancio agli accordi internazionali a garanzia dei riconosciuti diritti individuali e collettivi e degli strumenti di protezione da ipotesi di discriminazione a danno delle minoranze nazionali, nonché l'impegno a «(...) facilitare la partecipazione delle minoranze nel governo e nella gestione della cosa pubblica» è stabilito all'art.1.

Il riferimento a fonti di diritto internazionale è ribadito all'art.8, in considerazione dell'eventuale abrogazione di leggi precedenti o di successione di Stati<sup>52</sup>. Il fattore religioso è collocato tra le «caratteristiche distintive» volte a delineare i cittadini serbi appartenenti ad una minoranza nazionale: di questa, l'art.2 propone la nozione giuridica, con un'operazione che collega il complesso dei caratteri identitari con un legame «storico» consolidato sul territorio (art.2.1)<sup>53</sup>.

---

La questione cattolica si concentra geograficamente nella regione della Vojvodina, il cui cattolicesimo deriva dalla precedente appartenenza territoriale all'impero asburgico. Più complesso il fenomeno islamico, oggi seconda fede in Serbia, attraversato da fermenti di cambiamento e pluralizzazione ma anche di spaccature interne (nel Sangiacato serbo) in un più marcato orientamento alla sovrapposizione tra identità nazionale e religiosa. Cfr. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 296; XAVIER BOUGAREL, *Nuovi orizzonti, nuove sfide: musulmani nello spazio jugoslavo dopo il comunismo*, in AA.VV. *Dopo la pioggia* cit., p. 461 ss.; VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., pp. 31-32. Quanto alle Comunità ebraiche, occorre rammentare che in epoca monarchica le era stato concesso da Alessandro I un importante ed assai progredito statuto di libertà con la legge sul riconoscimento della Comunità ebraica (Zakon) n. 301/1929. La legge garantiva ai fedeli la libertà di praticare pubblicamente la propria fede (art.1); riconosceva il diritto di organizzarsi in comunità confessionali e un'autonomia statutaria (art. 2); riconosceva il diritto di associarsi e di istituire fondazioni con personalità giuridica sotto il controllo dello Stato (art. 3); riconosceva autonomia di gestione finanziaria (art. 4); ammetteva scioglimento o alleanza interne tra comunità confessionali (art. 5); ammetteva un'embrionale forma di partecipazione legislativa, giacché gli enti rappresentativi, su richiesta del Ministro di Giustizia, potevano esprimere l'opinione su progetti di legge e regolamenti inerenti la Comunità ebraica (art. 6); riconosceva l'immunità agli edifici di culto (art. 10) e la libertà di comunicazione (art. 11).

La legge, inoltre, definiva le sedi territoriali dei rappresentanti religiosi e la riserva del foro canonico per le competenze materiali spirituali (artt. 13-20). Era ammessa la libertà di fondare scuole religiose e teologiche e la libertà di educazione religiosa nelle scuole pubbliche e private (artt. 21 e 22). Speciale attenzione era attribuita agli elementi identitari delle minoranze, riconoscendo l'uso ufficiale della lingua ebraica (art. 23), la libertà dei riti (art. 24) e la rilevanza pubblica delle festività ebraiche (art. 25).

Altra attenzione il sovrano serbo riservò per le confessioni protestanti, con una legge sulla Chiesa Cristiana Evangelica e la Chiesa riformata (1930).

<sup>51</sup> Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina (Закон о заштити права и слобода националних мањина) in *Službeni list SRJ*, n. 11/2002.

<sup>52</sup> Art. 8, l. n. 11/2002: «Questa legge non modifica o abroga i diritti delle minoranze nazionali acquisiti ai sensi della normativa vigente fino all'entrata in vigore (...), nonché i diritti acquisiti in base ad accordi internazionali cui la Repubblica federale di Jugoslavia ha aderito».

<sup>53</sup> L'art. 2.1, l. n.11/2002 considera come «minoranza nazionale»: «(...) qualsiasi gruppo di cittadini

Il fattore religioso ricompare nuovamente nella rosa dei principi di base della legge (artt.3 ss.) quando, con l'art.7, viene introdotto un principio di bilanciamento tra le libertà riconosciute e l'abuso dei diritti concessi. La disposizione è di stile incerto e di contenuto ambiguo, giacché le norme-principio dovrebbero sempre godere di chiarezza e linearità, in modo da scongiurare equivoci interpretativi. La norma, infatti, delinea una serie di ipotesi di violazione di diritti concorrenti, tra i quali emerge l'obbligo del rispetto dell'ordine costituzionale (art. 7.1) e della morale (art. 7.2): la formula è esemplare e sintomatica. Lo Stato serbo che si affaccia alle forme della democrazia, muoveva con questa normativa i primi passi verso uno statuto post-ideologico dei diritti soggettivi, ma necessitava di punti di riferimento stabili, a prezzo di un irrigidimento della sfera di libertà, incanalata nel recinto chiuso di categorie di diritti *sub condicione*. Tra i punti cardinali di orientamento, il limite opposto del rispetto della morale richiamava alla memoria le istanze etiche della teologia ortodossa e, con esse, la deferenza del parlamento, neppure troppo mascherata, verso le aspettative del Patriarcato<sup>54</sup>.

Il fattore religioso è poi in diretta relazione con tutti i parametri volti a garantire le minoranze, venendo ad articolarsi: con il divieto di discriminazione; con l'applicazione del principio di eguaglianza tra gruppi etno-nazionali (art. 4); con l'attività di legiferazione a tutti i livelli normativi; con la libertà di espressione dell'appartenenza nazionale, compreso il divieto di ogni misura coercitiva (come registrazioni forzate) e il divieto di operare qualsiasi misura di assimilazione forzata (art. 5)<sup>55</sup>; con il diritto di stringere legami con i connazionali residenti all'estero (art. 6).

---

della Repubblica federale di Jugoslavia, che siano sufficientemente rappresentativi, anche se in minoranza nel territorio della Repubblica federale di Jugoslavia, appartengono ad un gruppo di residenti che hanno un lungo periodo di permanenza e un saldo legame con il territorio e siano in possesso di alcune caratteristiche distintive come lingua, cultura nazionale o appartenenza etnica, origine o religione, in base alle quali si differenzino dalla maggior parte della popolazione e i cui membri dovrebbero mostrare la loro preoccupazione per la conservazione della loro identità comune (...)».

<sup>54</sup> Art. 7, l. n. 11/2002: «È vietato abusare dei diritti garantiti dalla presente legge, con lo scopo di mirare al rovesciamento violento dell'ordine costituzionale, alla violazione dell'integrità territoriale della Repubblica federale di Jugoslavia, alla violazione della libertà garantite e dei diritti dell'uomo e del cittadino e all'istigazione all'intolleranza e all'odio nazionale, razziale e religioso. I diritti garantiti dalla presente legge non devono essere asserviti per conseguire obiettivi incompatibili con i principi del diritto internazionale o diretti contro la sicurezza pubblica, la salute pubblica o la morale. L'esercizio dei diritti garantiti dalla presente legge non può influenzare i compiti e le responsabilità che derivano dalla cittadinanza».

<sup>55</sup> Norma integrata dall'art. 22, l. n. 11/2002: «Sono vietate misure che modificano le proporzioni della popolazione nelle aree abitate da minoranze nazionali e che ostacolano l'esercizio dei diritti delle minoranze nazionali».

Il passaggio storico era ormai tratto: nuovi principi entravano a far parte del corredo dei valori legislativi dell'ordinamento giuridico serbo. L'introduzione di un generale principio di preservazione delle caratteristiche proprie delle minoranze nazionali si sarebbe eretto a stella polare nell'orientamento a favore della futura normativa garantista.

L'uso dei nomi tradizionali e dell'ortografia (art. 9) e della lingua propria, anche in atti pubblici (artt. 10-11) veniva riordinato in un più complesso quadro in cui il diritto alla cultura e alla tradizione minoritarie era elevato al rango di patrimonio culturale. Un patrimonio, in altri termini, di «specificità nazionale, etnica, culturale, religiosa, linguistica» che riceveva dallo Stato il riconoscimento dell'inalienabilità e il sostegno al finanziamento pubblico (art. 12). Anche l'uso della lingua madre come tramite di informazione attraverso i *mass-media* riceveva un adeguato riconoscimento (art. 17). Analogamente, la legislazione scolastica beneficiava del positivo cambio di rotta, con l'obbligo in capo allo Stato di garantire un programma di istruzione fondato sul bilinguismo, con l'oggettiva garanzia dell'operatività delle tutele a prescindere dal numero minimo di studenti frequentanti, e con l'impostazione dei piani educativi aperti ad una cultura «comprensiva» e tollerante verso le minoranze etniche (art. 13). Pari garanzie valevano per il riconoscimento all'uso dei simboli nazionali e alle ricorrenze festive (art. 16). Anticipando i principi della Costituzione serba del 2006, la legge n.11/2002 regolava modi e condizioni di attuazione del principio di partecipazione rappresentativa e decisionale nell'attività politico-amministrativa delegata alle minoranze, a livello di governo centrale e periferico (artt. 18-21). Infine, corredeva l'intero sistema di garanzie con strumenti di tutela giurisdizionale effettiva, attraverso il ricorso alla magistratura ordinaria o anche a quella costituzionale (art. 23)<sup>56</sup>.

Un utile parametro di misura della neutralità del legislatore nell'eguale trattamento delle diverse fedi è offerto dalla normativa volta a disciplinare le festività religiose, che si pone in armonia con la legislazione sulla libertà di coscienza. Posto che assicurare ai fedeli l'adempimento dei precetti religiosi ricade pienamente nel profilo del più ampio diritto all'esercizio della libertà

---

<sup>56</sup> Art. 23, l. n. 11/2002: «Al fine di tutelare i loro diritti, le minoranze nazionali e i consigli nazionali possono avviare una causa per danni al giudice competente.

In conformità con le disposizioni della Corte costituzionale federale, il Ministero federale dei consigli nazionali delle minoranze nazionali e comunità etniche e nazionali ha il diritto di presentare un ricorso costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale federale nel caso in cui constati l'avvenuta violazione dei diritti e delle libertà delle persone appartenenti a minoranze nazionali costituzionali (...).

religiosa<sup>57</sup>, la legge sulle feste civili e religiose n. 93/2011<sup>58</sup> segnala un'eloquente attenzione per il calendario ortodosso.

Complessivamente, la normativa fotografa un abito mentale che trascende il più immediato scopo di regolamentare i giorni lavorativi e gli enti esentati dal riposo a causa della esigenze tecnologiche dell'attività produttiva (artt. 3 e 4)<sup>59</sup>. Tale legge, infatti, getta una luce illuminante sulla compenetrazione tra dimensione laica e confessionale delle ricorrenze di precetto e, in ultima analisi, su quella prospettiva sinfonica ricorrente nell'ordinamento giuridico serbo, in cui le vicende storiche di identità, popolo, nazione miti ed eroismo patriottico, si fondono in una liturgia comune diretta al cittadino-credente.

In tal senso, una disciplina apparentemente marginale assume una valenza prospettica di più profondo respiro, nell'identificazione delle connessioni storiche degli eventi di causa ed effetto che governano i processi di transizione giuridica. Ci basti il tenore dell'art.5, il cui potente segno evocativo richiama la formula legislativa italiana del «giorno della memoria», secondo cui: «Nella Repubblica di Serbia si celebrerà la spiritualità del giorno di San Sava, il Vidovdan-Memoriale della battaglia di Kosovo, il giorno della memoria delle vittime dell'Olocausto, il genocidio e altre vittime del fascismo nella Seconda Guerra Mondiale e il giorno della memoria delle vittime serbe nella seconda guerra mondiale, il 21 ottobre 1941, e la sanguinosa occupazione tedesca e i crimini di guerra contro i civili a Kragujevac e in tutta la Serbia (...)».

Un indicatore attendibile dell'imparzialità del legislatore serbo nel trattamento delle confessioni di minoranza è offerto, infine, dalla disciplina dell'assistenza religiosa nelle cd. «comunità separate». Questo settore è usualmente disciplinato attraverso lo strumento delle intese (fonte che il governo, anche sulla scorta dell'art.31 l. n.36/2006, ha trascurato con sistematicità). Tali accordi, tradotti in un pacchetto unitario, sono stati impiegati nel 2011 per disciplinare i presidi di libertà religiosa a favore dei fedeli impegnati nelle Forze armate ed hanno riguardato le confessioni «tradizionali» e le Chiese riformate<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (aggiornato da A. Bettetini e G. Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2009<sup>10</sup>, p. 201.

<sup>58</sup> Zakon o državnim i drugim praznicima u Republici Srbiji, (Закон о државним и другим празницима у Републици Србији) in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 93/2011 (nel testo consolidato della l. n. 92/2011).

<sup>59</sup> Art. 4, l. n. 93/2011: «I dipendenti hanno il diritto al riposo nei giorni delle seguenti festività religiose ossia: 1) per la Chiesa ortodossa, il primo giorno della Festa della Gloria; 2) i cattolici e membri di altre Comunità cristiane, -il primo giorno di Natale e nei giorni delle vacanze di Pasqua a partire dal venerdì Santo a concludere con il secondo giorno di Pasqua, secondo il loro calendario; 3) i membri della Comunità islamica, il primo giorno della Festa di Ramadan e il primo giorno della Ricorrenza del Kurbanskog; 4) i membri della Comunità ebraica, il primo giorno di Yom Kippur».

<sup>60</sup> Si tratta dell'Accordo sull'esercizio del servizio religioso nell'Esercito serbo con: 1. la Chiesa

Le sette Intese, sostanzialmente sovrapponibili, ne riflettono la natura attuativa di principi di libertà confessionale ricavabili da altre fonti legali (Cost. 2006, art.43)<sup>61</sup>. Il servizio religioso è inquadrato come forma di attività nel contesto della vita militare e il suo funzionamento e modalità organizzativa ricade sotto la diretta responsabilità della gerarchia militare (art. 2.5). A tale attività viene tuttavia attribuita una speciale funzione normativa, in cui nuovamente risalta la fusione tra valori civili e spirituali, tipica nel costume slavo (art. 2.2)<sup>62</sup>.

Nell'organizzazione religiosa sono inquadrati i cappellani militari «autorizzati a svolgere le pratiche di culto e le altre attività spirituali in accordo con le (proprie norme confessionali)» (art. 3) ed i loro assistenti, che sono militari professionisti e non possono svolgere i riti religiosi (art. 3.4)<sup>63</sup>. Essi sono equiparati ai religiosi delle altre confessioni d'appartenenza e godono dei diritti di assistenza, previdenza e retribuzione in conformità alla loro condizione, secondo la legislazione vigente (art. 5). Lo *status* di religiosi cappellani militari, i quali ricevono un formazione professionale nell'Accademia militare (art. 6) e soggiacciono alle valutazioni per esami professionali dello Stato Maggiore dell'Esercito (art. 13), a livello di comando operativo, è quello di ufficiali comandanti subordinati e rispondono gerarchicamente ai propri superiori religiosi (art. 4). A conferma di tale autonomia sta l'obbligo di immediata informativa alla gerarchia confessionale delle misure detentive irrogate sul religioso (art. 8.12), il generale principio dell'immunità testimoniale per notizie rese sotto il sigillo del sacramento della confessione o dell'azione assistenziale strettamente intesa (art. 8.4) e la facoltà decisionale univoca della Chiesa di appartenenza circa la cessazione del servizio militare assistenziale (art.16).

---

Ortodossa Serba (28 giugno 2011); 2. la Comunità Islamica Serba; 3. la Chiesa Cattolica in Serbia; 4. la Comunità Ebraica Serba; 5. la Chiesa Cristiana Riformata; 6. la Chiesa Evangelica Cristiana; 7. la Chiesa Slovacca Evangelica (tutti firmati il 18 ottobre 2011).

<sup>1a</sup> sostanziale uniformità disciplinare del contenuto delle Intese spinge gli eccessivi allarmismi di chi paventava il pericolo di una nuova escatologia nazional-militarista sulla scia ispiratrice di San Sava e della «Celeste Serbia». Si veda MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., p. 256.

<sup>61</sup> Pur restando normativa di dettaglio, ciò non preclude all'atto formale di assumere il rango formale di accordo concordatario, come attesta l'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Slovacca circa l'assistenza religiosa ai fedeli cattolici nelle Forze armate e nei Corpi armati della Repubblica Slovacca (21 agosto 2002), in *A.A.S.*, (2003), pp. 176-184.

<sup>62</sup> Art. 2.2, Accordo sull'assistenza religiosa nelle Forze Armate (in seguito, Accordo F.A.): «Il servizio religioso nella esercito serbo è organizzato per l'esercizio della libertà religiosa, il rafforzamento dei valori spirituali e morali dell'Esercito di Serbia, coltivando la virtù militari e di patriottismo, così come la formazione di responsabilità civica».

<sup>63</sup> Un'altra differenza tra i due ordini di religiosi è posto all'art. 8.1 e 8.12 secondo cui non si applica agli assistenti cappellani il divieto fatto ai cappellani del porto d'armi.

È questo uno degli aspetti più interessanti della fusione tra norme statuali e leggi canoniche, le quali non si sovrappongono, ma si coordinano in un rapporto di autonomia e di connessione diretta a riconoscere nelle gerarchie confessionali lo *ius nominandi* del personale militare (art. 11).<sup>64</sup>

Le Intese regolano minuziosamente le attività deputate ai cappellani militari e ne distinguono due ambiti operativi: le prestazioni di culto o rituali strettamente intese (sacramenti; liturgia; insegnamento religioso) e le altre funzioni militari (organizzazione e pianificazione delle attività militari, con specifica attenzione alla cooperazione nell'organizzazione delle iniziative volte a celebrare il culto della memoria storico-nazionale serba)<sup>65</sup>.

L'attività di programmazione congiunta è intesa ad armonizzare le funzioni religiose con le esigenze della vita militare e può coinvolgere l'esercito sul territorio, anche in operazioni internazionali<sup>66</sup>. Un particolare interesse destano alcune disposizioni (artt. 14, 20 e 21), volte a garantire il diritto del fedele ad un'assistenza spirituale, anche in difetto delle condizioni formali minime *de iure et facto*, che ne assicurerebbero il servizio. In tal senso va interpretato il cd. ricorrente «principio di discriminazione positiva» (art. 21). Il criterio dell'assegnazione dei cappellani militari è empirico-quantitativo e si basa sul rapporto numerico di un assistente spirituale-ministro di culto su quote di cinquecento fedeli militari (art.14) Nel caso in cui la soglia minima

<sup>64</sup> Per tutte, cfr. l'Intesa con la Chiesa Ortodossa Serba, art. 11: «La Santa Assemblea dei Vescovi della Chiesa ortodossa Serba determina la gerarchia (di seguito: il vescovo militare) e designa sacerdoti militari in carica con la base del diritto canonico e dei diritti autonomi della Chiesa ortodossa serba». Una norma speciale è dettata, invece, all'art. 11.2 dell'Intesa con la Chiesa Cattolica, per cui: «L'Arcivescovo cattolico di Belgrado e Metropolitano è responsabile del coordinamento dei cappellani militari sulla base del diritto canonico e dei diritti autonomi della Chiesa cattolica romana. Svolge le sue funzioni in concerto con tutti i vescovi cattolici nella Repubblica di Serbia». La disciplina concertata con i vescovi della Repubblica di Serbia sarà probabile oggetto di revisione, una volta che verrà posta mano alla trasformazione della Conferenza Episcopale Internazionale dei Ss.Cirillo e Metodio. In argomento cfr. FABIO VECCHI, *La Conferenza Episcopale Internazionale dei Santi Cirillo e Metodio: riorganizzazione conservativa o smantellamento? Una questione aperta per la Chiesa nei Balcani Occidentali*, in *Anuario de Derecho Canónico*, Universidad Católica de Valencia «S. Vicente Mártir», Valencia, VII, 2018 (in corso di stampa).

<sup>65</sup> Art. 7.6, Accordo F.A.: «I cappellani sono impegnati (...) Con gli altri organi di comando del gruppo o istituzione nell'organizzazione di cerimonie religiose in occasione della celebrazione delle feste civili, militari e religiose e gli anniversari di eventi significativi del periodo delle guerre di liberazione della Serbia».

<sup>66</sup> Tutte le Intese precisano che la partecipazione dei cappellani ai programmi di cooperazione militare internazionale è ammessa nei limiti di un coinvolgimento di ordine esclusivamente religioso (art. 18). L'allargamento della partecipazione dell'organizzazione ecclesiastica alle attività militari ricorre con maggiori dettagli, tuttavia, solo nell'Intesa con la Chiesa Ortodossa Serba (artt. 10 e 17, Accordo F.A.). Questa disciplina rappresenta un indice di favore verso tale confessione, non erroneamente considerata di fatto un *primus inter pares*. Sul punto, MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., p. 243.

di fedeli non venga raggiunta si applica il disposto ex art. 21. Si tratta di un'evidente opzione garantista in *favor Ecclesiae*. Non pochi dubbi, tuttavia, nascono dalla norma ex art. 20 che impone al cappellano di assistere il fedele di diversa fede ma oggettivamente privo del suo ministro di culto. La ragionevolezza di tale disposizione, comprensibile sin quando il sostegno al rispetto delle esigenze religiose sia diretto a sorreggere ed ottenere il rispetto di precetti di condotta esterna, come l'osservanza di diete specifiche o le feste religiose, si dimostra inefficace di fronte ad esigenze spirituali più prossime alle verità di fede ricavabili unicamente dagli insegnamenti teologici del credo di appartenenza<sup>67</sup>.

Per altro verso, la normativa tende a predisporre un solido spazio protetto per il ministro di culto militare: desta interesse l'art. 19 che riconosce un'azione giurisdizionale congiunta secolare-canonica tra i comandi militari e religiosi volta ad assicurare sia l'esercizio del servizio religioso, sia la protezione da qualsiasi tipo di molestia, coercizione, o azione di indole offensiva volta a compromettere tali libertà. Una medesima *ratio* normativa sovrintende la disposizione sull'inviolabilità degli spazi liturgici (art. 22).

#### 5. *Il «depositum fidei et nationis» della Chiesa Ortodossa Serba e l'apparente assopimento del parametro sinfonico nei rapporti Stato-Chiesa*

Prima di esaminare in dettaglio il corpo legislativo riformista e di rapida occidentalizzazione della società serba del dopo-Milosevic, che, per la *libertas Ecclesiae*, ha come punta di diamante la legge sulla libertà di culto n. 36/2006 e il complesso normativo sul diritto di asilo, dei profughi e immigrati, varato tra il 2007 e il 2012, occorrerà soffermarsi rapidamente sul ruolo istituzionale attualmente assunto dal Patriarcato ortodosso serbo. Sarebbe infatti illusorio e fuorviante per una corretta analisi e interpretazione del nuovo corso serbo, alla luce di un esame oggettivo sulla «post-transizione», attribuire un significato dogmatico univoco al principio di separazione-secolarizzazione, esposto negli artt. 11, 43 e 44 della Costituzione del 2006.

Sarà opportuno, al contrario, prendere atto dell'esistenza nell'ordinamento giuridico serbo, di un separatismo istituzionale, una bilocazione culturale oltre che politico-legislativa, più percepibile in alcuni passaggi critici del tessuto legislativo positivo. Si tratta, insomma, di prendere atto della sus-

---

<sup>67</sup> Ulteriori perplessità sull'effettivo trattamento paritario tra confessioni religiose si può evincere dalla menzione dei soli fedeli appartenenti alle Chiese «tradizionali» o comunità religiose, con esclusione della confessioni minoritarie.



sistenza di norme che contraddicono palesemente il portato costituzionale in favore di una concreta influenza *de facto* – o meglio, di una riappropriazione di antichi ambiti di dominio – della Chiesa Ortodossa Serba nelle scelte legislative e nella amministrazione della guida politica interna, comunitaria ed internazionale<sup>68</sup>. Bisogna, in altre parole, tener presente che la Serbia in larga parte è, e resta, anche nel suo corso riformista e declericalizzato, espressione della Chiesa ortodossa e che, in tal senso, il termine toponomastico «Serbia» va scisso dalla sua valenza giuridico-formale di Stato, così da focalizzare il fattore sociale del suo popolo, il portato etno-nazionalista, con la sua storia, i suoi simboli e le sue identificazioni religioso-sacrali<sup>69</sup>.

La Chiesa ortodossa è il convitato di pietra che al desco dei riformatori siede con la solidità granitica di un *moloch* e la leggerezza di una libellula. L'essenza dell'ortodossia può essere percepita solo attraverso la dimensione monastica che le è propria e che pervade la sacralità battesimale dei suoi re<sup>70</sup> e della sua Chiesa, così come ci perviene da una poderosa tradizione agiografica di santi-monaci effigiati nelle chiese orientali, nella storia missionaria dei fratelli slavi Cirillo e Metodio e in una portentosa consapevolezza delle fonti storiche patrie, come patrimonio intangibile di verità, insieme organizzativa e teologica da conservare e difendere.

Il Regolamento per la vita monastica approvato dalla Santa assemblea dei vescovi della Chiesa Ortodossa Serba nel 1963 riassume queste riflessioni<sup>71</sup>. I monasteri sono «parte integrante» della Chiesa Ortodossa serba (art.1.2); sono la fonte della formazione spirituale dei novizi e della conoscenza della storia di una Chiesa nazionale che, integrata dalla liturgia propria dello slavo ecclesiastico e del canto, diviene una storia specifica, inserita e distinta dalla *historia generalis* della Chiesa cristiana (art. 8.2). Analoghe e anche maggiori distanze valgono nei confronti delle potestà civili e delle loro giurisdizioni, giacché, avverte l'art. 60.1, al monaco è fatto espresso divieto di appellarsi ad un giudice secolare, salva l'approvazione dell'abate, ed in ogni caso vale la raccomandazione «di non interferire negli affari del mondo» (art. 60.2).

<sup>68</sup> ROLAND SCHOENFELD, *Stato, ortodossia* cit., p. 79. In argomento, interessanti approfondimenti sono in KLAUS BUCHENAU, *The Serbian Orthodox Church*, in AA.VV., *Eastern Christianity and the Cold War, 1945-1991* (Lucian N. Leustean ed.) Routledge, London-New York, 2010, pp.60-78.

<sup>69</sup> CYRILLE TOUMANOFF, *The social Myth: introduction to Byzantinism*, Viella, Roma, 1984; SIMA CIRKOVIC, *I Serbi nel medioevo*, Jaca Book, Milano, 1992.

<sup>70</sup> Stefano Simeone è il nome monastico prescelto da Stefano Nemanja, «gran Zupano» e capostipite della dinastia dei sovrani serbi. ENRICO MORINI, *La Chiesa ortodossa*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1996, pp. 210-230.

<sup>71</sup> Regolamento della vita monastica interna ed esterna 1963, Uredba za unutrašnji i spoljašnji manastirski život (Уредба за унутрашњи и спољашњи манастирски живот, 1963).

A tale proposito, illuminano le parole del teologo Radovan Bigović che, nel descrivere i rapporti Stato-Chiesa nel mondo ortodosso-salvo-bizantino, avverte che: «Orthodoxy is neither monarchist nor republican, neither democratic nor republican. Orthodoxy is the Church. The church cannot be identified with any type of State»<sup>72</sup>. Il rapporto interpotestatico va dunque impiantato sul naturale sganciamento del Patriarcato ortodosso dalle istituzioni temporali, quali che siano le forme giuridiche costitutive, sempre sdegnosamente giudicate mere espressioni transitorie dell'umano potere<sup>73</sup>. Il modello sinfonico-sinallatico, ce lo dimostrano le dinamiche vivacissime del corrente riformismo legislativo, non è un cappio al collo del patriarcato, ma uno strumento di dialogo dai vincoli mobili, per nulla corrispondente ai modelli occidentali di separatismo e di giurisdizionalismo. Queste osservazioni sono essenziali per comprendere l'attuale legislazione riformista e la singolare mutazione alchemica di principi liberali trasfusi a più riprese nella tradizione, attraverso la tutela della lingua o della morale-ordine pubblico, o dell'etnia nazionale.

La Chiesa ortodossa, in quanto «aggregazione morale», si fa controllore e garante della retta via della politica. Sin dai tempi remoti essa esprime una relazione di solidarietà attiva tra due soggetti esponenziali che si avvertono reciprocamente autonomi, ma che colgono l'ineluttabile necessità, tutta contingente, del reciproco sostegno<sup>74</sup>. È dunque inevitabile per il Patriarcato ortodosso identificare come punto d'appoggio materiale il territorio ed il suo popolo e, come fattore didattico-magisteriale, la storia dei padri, interpretata attraverso la decantazione dei valori imbevuti in una rigida morale

---

<sup>72</sup> RADOVAN BIGOVIĆ, *The Church and society (Crkva i društvo)*, Hilendarski Fond, Belgrado, 2000, p. 270. Sul modo di intendere i valori democratici da parte della Chiesa Ortodossa Serba, cfr. MATEI CAZACU, *Modelli occidentali e modernizzazione del mondo ortodosso nell'epoca illuminista*, in Aa.Vv., *L'Ortodossia nella nuova Europa. Dinamiche storiche e prospettive* (a cura di Andrea Pacini), Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2003, pp. 119 ss., spec. pp. 126 ss.

<sup>73</sup> VITTORIO PARLATO, «*Orthodoxas (Iglesias)*», in *Diccionario General de Derecho Canónico-DGDC* (J.OTADUY - A.VIANA - J.SEDANO) Istituto Martín de Azpilcueta – Facoltà Dir. Canonico, Università di Navarra, V, Thomson Reuters/Aranzadi ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p.845; DIMITRI SALACHAS, *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa nella costituzione della Repubblica Ellenica*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, CdV, Roma, 1985, pp. 617-626.

<sup>74</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State* cit., p. 295; CONSTANTINOS G. PITSAKIS, *Dalla Nuova Roma al Commonwealth bizantino: il modello politico religioso di Costantinopoli e la sua espansione oltre i confini dell'Impero*, in *L'Ortodossia nella nuova Europa* cit., pp.3 ss., spec. pp. 12 ss. Per ragguagli storici sulla Chiesa Ortodossa Serba in Jugoslavia, BERNARD STASIEWSKI, *Le Chiese orientali separate*, in HUBERT JEDIN, Aa.Vv., (collana diretta da) *Storia della Chiesa*, Jaca Book, Milano, Vol. X/1, *La Chiesa nel XX secolo*, 1995<sup>2</sup>, pp. 416-437; CIRILL KOROLEWSKIJ, «*Ortodossa, Chiesa*», in *Enc. Treccani*, XXV, Roma, 1935, p. 630; CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 59.

ed inquadri in un'altrettanto inflessibile liturgia. Anzi, di questo speciale legame che talvolta assume le connotazioni emotive dell'etnofiletismo, in una complessa mescolanza tra identità culturale e patriottismo, la Chiesa ortodossa si fa non solo speciale interprete, ma un «*plenus custos*», tutore dell'unità della sua gerarchia e del suo popolo di fedeli entro un territorio concepito come unico ed indivisibile<sup>75</sup>. Questo spiega la legittimazione ad intervenire nelle questioni temporali dello Stato e all'indifferenziazione tra «ciò che è di Cesare e ciò che è di Dio».

Su questi presupposti si è giocata la questione – su cui sia l'OCSE che il Consiglio d'Europa hanno diplomaticamente sorvolato – dei rapporti tra Chiesa Ortodossa serba e macedone: vicenda nella quale non a caso il premier macedone Ljubco Georgievski indirizzava, nel 2000, un appello al patriarca ecumenico Bartolomeo per riconoscere alla Chiesa macedone quell'autocefalia che ne avrebbe poi sancito l'ufficialità della secessione dalla Chiesa ortodossa «madre» di Pec. Analoghe osservazioni valgono per l'altra ferita aperta a seguito della nascita della Chiesa Ortodossa del Montenegro<sup>76</sup>.

Nessuno stupore, dunque, se la Chiesa Ortodossa serba sia stata destinataria di periodiche gratificazioni da parte del governante di turno. La copiosa legislazione emanata durante gli anni Trenta nella monarchia di Alessandro I, e sottoscritta dal patriarca Varnava, è eloquente prova del moto sinusoidale che tratteggia i rapporti tra le due autorità apicali<sup>77</sup>. Nessuno stupore, an-

<sup>75</sup> Il Concilio ortodosso del 1872 aveva condannato apertamente il «filetismo» come eretico. Vedi anche FABIO VECCHI, *Il ruolo della Chiesa ortodossa serba nelle dinamiche di transizione e negli scenari riformisti dei Balcani Occidentali*, in *Anuario de Derecho Canónico*, cit., IV, 2015, pp. 331 ss. Riguardo al ruolo-guida accampato dall'ortodossia in Serbia, cfr. contributi apparsi su *Il Regno. Attualità*, EDB, Bologna: (Jugoslavia-Serbia, Pavle), *La difesa del popolo serbo*, 1992/7, pp. 244-245; CHIESA ORTODOSSA SERBA, *Il destino della nazione serba*, 1995/15, p. 512, 518; GIOVANNI PAOLO II, *Rimodellare le anime*, 1995/19, p. 590; LORENZO PREZZI, *I compiti della Chiesa serba*, 2006/14, p. 449.

<sup>76</sup> MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., pp. 249 ss.

<sup>77</sup> Riguardo alla copiosa massa di norme regolanti i più disparati settori dell'organizzazione della Chiesa Ortodossa serba, a partire dalla legge generale sul riconoscimento della medesima entità confessionale, si veda: la Costituzione della Chiesa Ortodossa serba (1931); il Regolamento su fondi e proprietà della Chiesa ortodossa serba (1936); il Regolamento su parrocchie, clero e benefici (1936); il Regolamento sui funzionari della Chiesa ortodossa serba e i loro benefici (1936); il Regolamento sulle pensioni del clero e i loro familiari (1936); il Regolamento per l'amministrazione, gestione, controllo e supervisione dei fondi della Chiesa ortodossa (1936). I testi sono ritracciabili al sito on-line: [www.licodu.cois.it](http://www.licodu.cois.it).

Questo corpus legislativo improntato sul *favor Ecclesiae*, e spianato da un accordo finanziario tra Santo Sinodo e Ministero per il culto (1926) esplicitava la strumentalità perseguita dalla monarchia, per il sostegno del Patriarca Varnava. Cfr. PEDRO RAMET, *The Serbian Orthodox Church*, in *Eastern Christianity and Politics in the Twentieth Century*, Duke Univ.Press., Durham-London, 1998, p. 235; ARMANDO PITASSIO, *Stato e Chiesa in Bulgaria e Serbia tra Ottocento e Novecento. Appunti e riflessioni*, in *Storia religiosa di Serbia e Bulgaria* cit., p. 377.

cora, se la gerarchia ortodossa non abbia perso tempo a colmare, con accenti nazionalisti, l'*horror vacui* lasciato dal passato regime socialista. Il *ralliement*, dopo cinquanta anni di rigido comunismo, tra il premier Vojislav Kostunica e il Patriarcato conferma quanto il flessibile modello sinfonico non abbia bisogno alcuno di revisioni strutturali<sup>78</sup>. Un eloquente indicatore dell'autorità e dell'autonomia politica e scientifica goduta dalla Chiesa Ortodossa serba, ma anche dello *status* di interlocutore paritario con le autorità civili, è nella condizione di ente giuridico indipendente riconosciuta alla Facoltà di Teologia: inserita all'interno dell'Università statale di Belgrado il suo statuto è stato rimaneggiato nel 2006<sup>79</sup> garantendo conformità con le leggi vigenti nello Stato e dei regolamenti universitari.

L'istituzione si promuove come «(...) la più alta istituzione scientifica e didattica nel campo della teologia presso l'Università di Belgrado e la Chiesa ortodossa serba» (art.3.1) con lo scopo della formazione teologico-scientifica del clero e del corpo docente, con un approccio scientifico critico e interdisciplinare<sup>80</sup>. Lo statuto promuove la libertà di pensiero come diritto-devere di cui è destinataria la realtà accademica nel suo complesso: in tal modo viene garantita la neutralità politica dell'istituzione. L'art.7.5 e 7.6 afferma infatti che: «I membri della comunità accademica sono obbligati a operare all'interno della Facoltà con metodi politicamente neutrali, senza il condizionamento di opinioni politiche personali. Nella Facoltà non è consentito organizzare o promuovere l'azione dei partiti politici o riunioni associative o altre iniziative che sono alla base degli obiettivi politici o di parte (...)». Analogamente, gli studenti sono tutelati da ogni forma di discriminazione (art.44, n.8), mentre un «Codice etico» cui orientare i principi di verità scientifica e l'esercizio critico, è alla base della condotta di quanti vivono e partecipano dell'attività universitaria (art.77).

Risalta qui un duplice ordine di problemi: il dialogo ecumenico con la Chiesa di Roma e le altre Chiese ortodosse autocefale e le lacerazioni passate e futuribili della diaspora del cristianesimo serbo. Si tratta di questioni tra loro molto distanti, ma accomunate da una volontà pragmatica: quella di ri-

---

<sup>78</sup> Di rischi di risorgente nazionalismo, parla esplicitamente STEFANO BIANCHINI, *Oltre la disgregazione: le fonti dell'instabilità permanente nello spazio culturale jugoslavo*, in AA.VV. *Dopo la pioggia* cit., pp. 216 e 220-221.

<sup>79</sup> Legge sull'istruzione superiore (Zakonom o visokom obrazovanju), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.76/2005; bollettino universitario di Belgrado n. 131.

<sup>80</sup> Oggetto di insegnamento sono: «la teologia biblica, la teologia sistematica, la filosofia cristiana, la storia della Chiesa, la patrologia, la liturgia, il diritto canonico, la teologia pastorale, l'arte cristiana, la lingua del Vecchio Testamento ebraico, il Nuovo Testamento, la patristica greca e lo slavo ecclesiastico» (art.3, u.c.).

discutere il tema del primato e dell'intangibilità dell'ecclesiologia ortodossa. Nessuna sfida ecumenica e nessun dialogo sono ipotizzabili sin quando non vengano smantellate le opzioni aprioristiche che negano la natura di «Chiesa» alle altre aggregazioni confessionali<sup>81</sup>. La possibilità di addivenire ad un accordo concordatario tra Santa Sede e Repubblica di Serbia, allo stato di fatto, passa attraverso questa precondizione esimente.

Anche riguardo al doloroso problema dell'esodo di fedeli ortodossi serbi (cd. «*ethnofugal*»), ricorrente nei conflitti balcanici lungo il corso del Novecento, e l'impianto di nuove comunità di fedeli ed il radicamento di nuove giurisdizioni ecclesiastiche<sup>82</sup>, la Chiesa Ortodossa serba ha affrontato decisioni importanti, in grado di assecondare il principio canonico del *prótos*, quale vescovo unico nella stessa sede, con le esigenze dei fedeli, confidando nel contempo in una nuova attenzione alle risorse della sinodalità<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Cfr. *la Relazione della Chiesa ortodossa con il resto del mondo cristiano*, in *Il Regno, Documenti* 7, EDB, Bologna, 2016, p. 236; VJEKOSLAV PERICA, *Balkan Idols* cit., pp. 35 e 257, n. 72.

<sup>82</sup> La diaspora ha originato un articolato quadro di giurisdizioni autonome dal Patriarcato serbo. Lo stato di fatto è chiarito nell'Introduzione dello storico documento di «Proposta di riconciliazione tra il Patriarcato Serbo ortodosso e la libera Chiesa Ortodossa serba» (23-24 aprile 1991) secondo cui: «La divisione all'interno della Chiesa ortodossa serba al di fuori della Jugoslavia, fondata nel 1963 (comporta che) una parte della Chiesa della diaspora Jugoslavia è rimasta nella giurisdizione del Santo Sinodo della Chiesa ortodossa serba a Belgrado, (ora «Patriarcato ortodosso serbo»). Una seconda parte della Chiesa della diaspora di Jugoslavia è stata organizzata dalla Libera Chiesa Ortodossa Serba, composta di tre eparchie: la libera diocesi serbo-ortodossa d'America e Canada, le libere diocesi serbo-ortodosse di Australia e Nuova Zelanda e la libera diocesi serbo-ortodossa dell'Europa occidentale. Sede disponibile della Chiesa serbo-ortodossa nel monastero della Santa Vergine, «Nuova Gra anica», Third Lake, Illinois, Stati Uniti d'America». Con l'atto di riconciliazione il Patriarcato serbo riconosceva la validità delle ordinazioni episcopali del clero e lo status di fedeli ortodossi dei laici nella Chiesa scismatica e la sua organizzazione gerarchica (che veniva riaggregata al Patriarcato serbo) e concedeva la conservazione della struttura organizzativa ormai eretta. Analogamente, era mantenuta la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, ma i ricorsi in ultima istanza (delle decisioni emesse dal Consiglio Episcopale della New Graciana Metropolitanate) venivano decisi con sentenza definitiva della Santa Assemblea dei vescovi del Patriarcato Ortodosso serbo.

<sup>83</sup> FABIO VECCHI, *Il ruolo della Chiesa ortodossa* cit., p. 336. Vedi anche ANDREA PACINI, *L'ortodossia in Europa e nel mondo: profilo demografico e organizzazione ecclesiale*, in *L'Ortodossia nella nuova Europa* cit., pp. 165 ss.; BORIS BOBRINSKOY, *La diaspora ortodossa in Europa occidentale: un ponte tra le due tradizioni europee?*, in *Ult.loc.cit.*, pp. 305 ss.

Sulla ricomposizione della rottura scismatica tra Chiesa Ortodossa degli USA e d'Australia con Belgrado (1991), SARA BERNARD, *Emigrazione, riti e coscienza d'appartenenza: il caso dell'emigrazione serba prima e dopo la dissoluzione della Jugoslavia*, in *Dopo la pioggia*. cit., pp. 493 e 499-500. Il tema della diaspora è stato ancora più recentemente affrontato nel corso dei lavori del Concilio di Creta (2016) nel decreto «La diaspora ortodossa». Cfr. *Il Regno*. Attualità, EDB, Bologna, 10 (2016), p. 266. FABIO VECCHI, *Il ruolo della Chiesa ortodossa* cit., p. 336. Vedi anche ANDREA PACINI, *L'ortodossia in Europa e nel mondo: profilo demografico e organizzazione ecclesiale*, in *L'Ortodossia nella nuova Europa* cit., pp. 165 ss.; BORIS BOBRINSKOY, *La diaspora ortodossa in Europa occidentale: un ponte tra le due tradizioni europee?*, in *Ult.loc.cit.*, pp. 305 ss.

Sulla ricomposizione della rottura scismatica tra Chiesa Ortodossa degli USA e d'Australia con Belgrado (1991), SARA BERNARD, *Emigrazione, riti e coscienza d'appartenenza: il caso dell'emigrazione*

6. *Un assetto legislativo in progressione democratica sulla libertà di religione. La fondamentale legge n. 36/2006 e l'estensione del divieto di discriminazione nella legge n. 22/2009*

Un chiaro segno di discontinuità sulla normativa in tema di religione e sul ridimensionamento della sua influenza sulla politica e il diritto<sup>84</sup> è ravvisabile nella legge sui culti n. 36/2006<sup>85</sup>. Il legislatore serbo ha manifestato una costante attenzione verso le tematiche confessionali. Il precedente normativo diretto risale ad una legge fondamentale sullo statuto giuridico delle Comunità religiose, n.22/1953: un impianto legale appiattito sul dogma ideologico del confinamento della religione nella sfera privata<sup>86</sup>. Quella normativa fu successivamente aggiornata con due leggi (1965 e 1977) che ribadivano la natura restrittiva della libertà religiosa, per poi maturare con la disciplina sullo *status* legale delle Comunità religiose (25 marzo 1993) abrogativa del precedente assetto «socialista»<sup>87</sup>. Il testo normativo più aggiornato risulta essere un progetto di legge generale sulla libertà religiosa del dicembre 2001, più volte rimaneggiato, sino alla bozza del luglio 2004 che, in applicazione dei principi delle Costituzioni della Repubblica di Serbia (1990) e della RFY (1992), è pressoché sovrapponibile alla legge n.36/2006 successivamente varata dalla *Skupcina*.

La disciplina vigente regola lo *status* giuridico della Chiese e Comunità religiose (artt. 4-16); introduce una procedura di registrazione (artt. 17-25); prevede un assetto di diritti riconosciuti sulla proprietà e le modalità

---

serba prima e dopo la dissoluzione della Jugoslavia, in *Dopo la pioggia*, cit., pp. 493 e 499-500. Il tema della diaspora è stato ancora più recentemente affrontato nel corso dei lavori del Concilio di Creta (2016) nel decreto «La diaspora ortodossa». Cfr. *Il Regno*. Attualità, EDB, Bologna, 10 (2016), p. 266.

<sup>84</sup> Sul ruolo della religione nelle guerre balcaniche e sulla sua influenza sulla politica, ROBERTO MOROZZO DELLA ROCCA, *Le religioni e la dissoluzione della Jugoslavia*, in AA.Vv. *Dopo la pioggia* cit., p.480; per particolari rilievi sul Patriarcato di Pec, GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici* cit., pp. 138-141 e p. 156.

<sup>85</sup> Law on Churches and religious communities of the republic of Serbia, in *Službeni glasnik RS*, n. 36/2006. Per immediati rilievi, cfr. DRASKO DJENOVIC, *Serbia: religion law rusched through parliament*, in [www.forum18.org](http://www.forum18.org) (21 aprile 2006)

<sup>86</sup> La l. n. 22/1953 riduceva la religione alla sfera privata (art. 1); imponeva la censura sulle pubblicazioni religiose (art. 3) e ne circoscriveva l'istruzione entro i luoghi di culto (art. 4). Si veda ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Cerf, Paris, 2012, p. 172; GIOVANNI BARBERINI, *Stati socialisti e confessioni religiose*, Milano, 1973, pp. 362-364. Cfr. MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., p. 243, con giudizio assai ingeneroso e non sempre condivisibile, censura il progetto di legge del 2004, come una «normativa dall'intento discriminatorio» che denuncia un palese *favor religionis* verso la Chiesa Ortodossa, ed osserva che: «Even in the pre-war Kingdom of Yugoslavia churches hardly enjoyed so much autonomy and so many privileges».

<sup>87</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 298.

di finanziamento (artt. 26-30); riconosce ampi spazi per l'attività di missione siano esse quelle più strettamente inerenti agli scopi istituzionali (artt. 31-33), di promozione dell'attività di insegnamento (artt. 34-40) o più latamente culturali (artt. 41-44).

I principi direttivi sono espressi nella libertà di religione (art. 1) quale norma positiva che pone in condizione di equivalenza libertà di coscienza e di credo (art.1, 1.cpv.) ed elenca le modalità espressive di tale libertà, che sarà personale o in forma associata (art.1, 2.cpv.)<sup>88</sup>. Queste norme confermano il mutamento verso una prospettiva poggiante su diritti individuali concepiti nella cornice di una piena libertà pubblica collettiva.

L'art. 2, sulla proibizione di discriminazioni di tipo religioso, integra come norma «negativa» la predetta disposizione, insistendo sul divieto di ogni forma di coercizione della libertà religiosa, la quale si esprime in forme di libera organizzazione, partecipazione o associazione (art. 2.2). La norma si chiude con l'affermazione che «There is no State religion» (art. 2.3) così introducendo un principio di aconfessionalità aperto alla cooperazione ma ben distinto dal principio di separazione, e quindi in sintonia con il modello normativo di impronta tedesca<sup>89</sup>.

All'art. 2 si lega strettamente il principio della subordinazione della libertà religiosa al dettato costituzionale e all'eventuale restrizione di tale libertà in osservanza dei principi costituzionali sovraordinati di ordine pubblico, salute, morale (art.3.1)<sup>90</sup>. Si tratta di norma piuttosto singolare, che può leggersi in favore di una potestà ordinatoria del legislatore in caso di controversie di tipo confessionale, da contestualizzare con la realtà multietnica e plu-

---

<sup>88</sup> Art. 1, l. n. 36/2006: «(Freedom of religion). In compliance with the Constitution, everyone is guaranteed the right to freedom of conscience and religion.

The freedom of religion includes: freedom to profess belief in God; freedom to have or to have not, preserve or change religion or religious conviction; freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest religion or religious conviction in worship, teaching, practice and observance, cherishing and developing religious tradition; freedom to develop and advance religious education and culture».

<sup>89</sup> Art. 2, l. n. 36/2006: «(Prohibition of religious discrimination). No one shall be either subjected to coercion which could threaten the freedom of religion or be coerced to declare his religion, religious belief or its absence thereof.

No one shall be disturbed, discriminated or privileged due to his/her religious convictions, affiliation or non-affiliation to a religious community, or due to participation or nonparticipation in religious services or due to practicing or not practicing all guaranteed religious freedoms and rights.

There is no State religion».

Sull'influenza della dottrina tedesca all'adozione del modello cooperativo Stato-Chiese, SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., pp. 299-300.

<sup>90</sup> Il progetto di legge del 2001, art. 24, prevedeva anche il rispetto «dell'integrità della famiglia». SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 303.

riconfessionale della Serbia. Il timore di manipolazione del fattore religioso, in chiave nazionalista, orienta la norma e il divieto di strumentalizzazione della libertà di religione, subito dopo espresso (art. 3.2)<sup>91</sup>.

La legge 36/2006 distingue le confessioni sotto tre profili: Chiese e Comunità religiose; Comunità confessionali (*Konfesionalne zajednice*) e altre organizzazioni religiose, accorpandole tutte nella comune accezione giuridica di «Chiese e Comunità religiose» (art.4).

Posto che ai cittadini è riconosciuta la libertà di associazione e riunione in entità confessionali (art.5)<sup>92</sup>, la legge del 2006 garantisce l'ampiezza dell'autonomia giuridica delle Chiese e Comunità religiose agli artt.6 e 7. Esse sono indipendenti dallo Stato ed autonome tra loro e sono libere nell'autodeterminazione statutario-organizzativa (art.6)<sup>93</sup>. La nomofilachia è chiaramente affermata, con il principio di non ingerenza dello Stato nella legislazione confessionale interna (art.7.1), che si rafforza con il riconoscimento delle sentenze emesse, entro i limiti di competenza, dai tribunali confessionali, nei cui confronti lo Stato ipotizza l'intervento *ad adiuvandum*, ricorrendone le condizioni (art.7.2)<sup>94</sup>. L'importanza di tale norma è evidente se rapportata alla Chiesa Ortodossa Serba nel cui credo si riconosce la maggioranza della popolazione e verso la quale la «deferenza legislativa» traspare dalla speciale posizione «simbolica» goduta dal Patriarcato<sup>95</sup>: per il mantenimento di que-

---

<sup>91</sup> Art. 3, l. n. 36/2006: «(Restrictions to religious freedom). Freedom to religion and religious belief may be subject only to such restrictions as are prescribed by the Constitution, laws and ratified international documents and are necessary in a democratic society to protect public safety, public order, moral and for protection of the freedom and rights of others.

Religious freedom may not be used in such a way to either threaten the right to life, right to health, the right of the child, right to personal and family integrity and right to property, or to provoke and instigate religious, national and racial intolerance».

<sup>92</sup> Art. 5, l. n. 36/2006: «(Freedom of association and assembly). In compliance with the Constitution, citizens have freedom of association and public assembly for the purpose of manifesting their religious belief.

In compliance with the Constitution, citizens have freedom to accede Churches and religious communities».

<sup>93</sup> Art. 6, l. n. 36/2006: «(Autonomy of Churches and religious communities). Churches and religious communities are independent from the State and are equal in the eyes of the law.

Churches and religious communities are free and autonomous in defining their identity. Churches and religious communities have the right to independently regulate and conduct their order and organization and to independently conduct their internal and public affairs».

<sup>94</sup> Art. 7, l. n. 36/2006: «(Autonomous legislation of Churches and religious communities). The State shall not interfere with the application of autonomous legislation of Churches and religious communities».

For enforcement of the enforceable decisions and judgements passed by the competent bodies of Churches and religious communities, only at their request, the State shall provide adequate assistance in accordance with the law.

<sup>95</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 300.



sto *status* doveva necessariamente intervenire in una garanzia comune alle altre confessioni religiose, nel rispetto del principio di eguaglianza.

In sintonia con i contenuti dell'art. 7.1 è garantita la libertà di nomina del proprio clero (elezione e destinazione) da parte delle Chiese (art. 8.1), e la libertà di praticare i propri riti (artt. 8.2-8.4), nonché il diritto di indossare i simboli ed abbigliamento propri (art. 8.9). Al clero è anche riconosciuta la garanzia al godimento dei diritti civili e politici (art. 8.6) e la più ampia intangibilità del segreto confessionale (art.8.7), mentre è prescritto agli organi giurisdizionali l'obbligo di informativa immediata alle autorità ecclesiastiche circa i provvedimenti restrittivi irrogati sui religiosi (art.8.8)<sup>96</sup>.

L'art.8 introduce il sistema della registrazione, in base al quale le Chiese e Comunità religiose ottengono lo *status* di persone giuridiche (9.1) con tutti i vantaggi e facoltà derivanti, ma che devono essere in armonia con la legislazione confessionale ed in ordine ai quali le Chiese conservano la potestà di emendamento e abrogazione (artt. 9.2 e 9.3)<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Art. 8, l. n. 36/2006: «(The rights of the clergy i.e. religious servants). The clergy i.e. religious servants are elected and appointed by Churches and religious communities in compliance with their autonomous legislation.

Discharging of religious rites and duties is regulated by autonomous legislation of Churches and religious communities.

The clergy i.e. religious servants are free and independent in practicing their religious rites conducted in accordance with the autonomous legislation of Churches and religious communities.

The clergy i.e. religious servants may not be called to answer before the authorities for their acting when practicing religious rites, conducted pursuant to paragraph 3 of this Article.

Every member of the clergy i.e. religious servant is entitled to participate in all forms of public life, except when prohibited by internal rules or particular decision passed by appointing Churches and religious communities.

The State may not restrict civil or political rights of the clergy i.e. religious servants based on their religious rank or service they discharge.

A member of the clergy may not be summoned to bear witness to facts and circumstances learned about during a confession or from other confidential communications entrusted to him in discharging his duties.

If a relevant State body deprives a member of the clergy i.e. religious servant of his freedom, then it is obliged to immediately notify relevant bodies of Churches i.e. religious communities to which the member of the clergy i.e. religious servant belongs».

The State protects official uniform and its pertaining parts as well as symbols of ranks and dignity of the clergy i.e. religious servants, in accordance with autonomous legislation of Churches and religious communities.

<sup>97</sup> Art. 9, l. n.36/2006: «(Legal attributes of Churches and religious communities). Churches and religious communities, which are registered pursuant to this Law, shall have the status of legal entity. Organizational units and institutions of Churches and religious communities may be afforded attributes of legal entity in compliance with autonomous legislation of Churches and religious communities and if reported so by Churches and religious communities.

Churches and religious communities may, by their acts, amend and abolish their individual comprising parts, bodies and institutions having the attributes of legal entity.

Churches and religious communities, their comprising parts and institutions having attributes of

La legge del 2006 delinea così due nette tipologie di soggetti confessionali: ad un primo gruppo afferiscono le cd. «Chiese tradizionali» (oggi, cinque entità confessionali) e le «Comunità tradizionali» (Islam e ebraismo), le quali soddisfino due condizioni: 1. vantare una plurisecolare e continuativa presenza storica in Serbia e 2. possedere una soggettività legale ottenuta attraverso la legislazione separata (artt.10.1 e 10.2)<sup>98</sup>. Il secondo gruppo comprende le altre Comunità confessionali (ex art.16).

Il ruolo degli elementi storico-nazionalisti sull'identità culturale serba si palesa chiaramente nell'azione di guida alla civilizzazione del popolo serbo assegnato alla Chiesa Ortodossa Serba, ex art.11.2<sup>99</sup>. Una formula che, al contrario, non si rinviene nella più ripetitiva dizione che disciplina la Chiesa cattolica (art. 12)<sup>100</sup>, le tre Chiese riformate, ossia la Chiesa Evangelica Slovacca, la Chiesa Cristiana Riformata e la Chiesa Cristiana Evangelica (art.13)<sup>101</sup>, la Comunità religiosa giudaica (art. 14)<sup>102</sup>

---

legal entities may publicly use only their official name under which they were registered».

<sup>98</sup> Art. 10, l. n. 36/2006: «(Traditional Churches and religious communities). The status of traditional Church is recognized to Churches with centuries-long historic continuity in Serbia, having acquired legal subjectivity pursuant to separate legislation, those being: the Serbian Orthodox Church, the Roman Catholic Church, Slovakian Evangelist Church a.v., Christian Reformist Church and the Evangelist Christian Church a.v.

The status of traditional religious communities with centuries-long historic continuity, having acquired legal subjectivity pursuant to separate legislation, those being: the Islamic Religious Community and the Jewish Religious Community».

<sup>99</sup> Art. 11, l. n. 36/2006: «(The Serbian Orthodox Church). This Law recognizes to the Serbian Orthodox Church the continuity of legal subjectivity it had acquired pursuant to the document titled «*Nacertanije o duhovnim vlastima*» (The Scheme on Ecclesiastical Authorities), adopted by the National Assembly of the Principality of Serbia on 21 May 1836 and the Law on Serbian Orthodox Church. («The Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia», no. 269/1929).

The Serbian Orthodox Church plays highly significant historic, nation-building and civilization building role in forming, preserving and developing of the Serbian national identity».

<sup>100</sup> Art. 12, l. n. 36/2006: «(The Roman Catholic Church). This Law recognizes to the Roman Catholic Church the continuity of legal subjectivity it had acquired pursuant to the Law on the Concordat between the Kingdom of Serbia and the Holy See (the decision adopted by the National Assembly of the Kingdom of Serbia on 26 July 1914; «Serbian Gazette» no. 199/1914)».

<sup>101</sup> Art. 13, l. n.36/2006: «(Slovakian Evangelist Church a.v., Christian Reformist Church the Evangelist Christian Church a.v.). This Law recognizes to Slovakian Evangelist Church a.v., Christian Reformist Church and the Evangelist Christian Church the continuity of legal subjectivity they had acquired pursuant to the Law on Evangelist Christian Churches and the Law on Christian Reformist Church of the Kingdom of Yugoslavia («The Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia», no. 95/1930)».

<sup>102</sup> Art. 14, l. n.36/2006: «(The Jewish Religious Community). This Law recognizes to the Jewish Religious Community the continuity of legal subjectivity it had acquired pursuant to the Law on Religious Community of Jews in the Kingdom of Yugoslavia («The Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia», no.301/1929)».

e la Comunità Islamica (art.15)<sup>103</sup>.

Quanto alle residuali Comunità confessionali, si tratta di soggetti ecclesiali che raggruppano altre Chiese riformate (Battisti, Avventisti, Metodisti, Pentecostali, Evangelici, ecc.) ed altre organizzazioni religiose le quali hanno ricevuto il riconoscimento giuridico attraverso la registrazione regolamentata da leggi relativamente più recenti (art.16)<sup>104</sup>. Questo strumento, introdotto dal progetto di legge del 2001, è stato inteso a risolvere la questione della disparità di trattamento verso le confessioni di «recente» nascita, ossia quelle registrate nella vigenza della legislazione confessionale socialista (tra il 1953 e il 1977), le quali non accedevano automaticamente ai riconoscimenti di libertà derivanti dalle norme temporalmente a noi più prossime ed erano costrette, dal 1993 in poi, a registrarsi come semplici associazioni private di cittadini<sup>105</sup>. La procedura è di competenza del Ministero per gli affari religiosi (art. 17) che ha anche potestà di monitoraggio sull'applicazione della disciplina (art. 25), indicando primariamente la documentazione necessaria alla raccolta dei dati identificativi del soggetto richiedente. Oltre allo statuto, devono essere rese circostanziate informazioni sui fondamenti teologici e rituali ispiratori, nonché sulle fonti economiche di sostentamento dell'ente confessionale (art. 18.2, n. 2-4)<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Art. 15, l. n.36/2006: «(The Islamic Religious Community). This Law recognizes to the Islamic Religious Community the continuity of legal subjectivity it had acquired pursuant to the Law on Islamic Religious Community of the Kingdom of Yugoslavia («The Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia» no. 29/1930)».

<sup>104</sup> Art. 16, l. n. 36/2006: «(Confessional Communities). Confessional communities are: Christian Baptist Church, Christian Adventist Church, the Evangelist Methodist Church, the Pentecost Church, Evangelic Christian Churches and other religious organizations registered pursuant to the Law on legal status of religious communities («The Official Gazette of the Federal People's Republic of Yugoslavia» no. 22/1953) and the Law on legal status of religious communities («The Official Gazette of the Socialist Republic of Serbia», no.44/1977)». Ad oggi, le Comunità religiose presenti in Serbia ammontano ad oltre una trentina di entità. Cfr. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 300.

<sup>105</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 301; MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., p. 245. Si dissente dalle valutazioni negative di tale A. circa il fatto che la legge non faccia cenno delle condizioni giuridiche delle organizzazioni confessionali alle quali sarebbero negati diritti altrimenti concessi alle confessioni regolamentate (es. Testimoni di Geovah; Buddisti; Hare Krishna; Sai Baba ecc.): queste critiche infatti trascurano il fatto che tali confessioni esercitano in piena libertà la scelta di non registrarsi.

<sup>106</sup> Art. 18, l. n. 36/2006: «(Registration procedure for religious organizations). The following documents shall be submitted to the Ministry when applying for registration of a religious organization: 1) name of the religious organization; 2) address of the seat of the religious organization; 3) name, surname and the function of the person authorized to represent the religious organization. Religious organizations are to enclose to the application form the following documents: 1) the decision on founding the organization with names, surnames, number of identification documents, signatures of at least 0,001 % of the Republic of Serbia citizens of age with residence in the Republic

L'obbligo della chiarezza ed univocità del nome, onde evitare equivoci identificativi tra Chiese, è tanto stringente da condizionare l'esito della registrazione (art.19). La valutazione ministeriale<sup>107</sup>, da compiersi entro 60 giorni dall'avvio della procedura, prevede anche il rifiuto, qualora la documentazione prodotta sia in contrasto con i principi costituzionali dello Stato (art. 20.3)<sup>108</sup>. Si tratta di una procedura ponderata, giacché la decisione ministeriale tiene conto degli orientamenti giurisprudenziali della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle autorità giurisdizionali competenti (art.20.4)<sup>109</sup>.

Le informazioni raccolte nel registro descrivono approfonditamente il soggetto confessionale nella sua attualità: i dati sono infatti di natura organizzatoria (art. 21.1) ed operativa (art.21.2). Ogni modifica è soggetta ad obbligo di tempestiva notifica entro 30 giorni (art.21.3) mentre il Ministro ha facoltà di irrigidire la disciplina sul conferimento dei dati (art.21.4)<sup>110</sup>.

---

of Serbia according to the latest official census or foreign nationals with permanent residence in the territory of the Republic of Serbia; 2) the Statute or other written document of the religious community describing organizational structure, manner of managing the organization, rights and obligations of the members, procedure for founding the organization and its dissolution, a list of organizational units with an attribute of legal entity and other pieces of information of relevance pertaining to religious organization; 3) information on fundamentals of religious teachings, religious rites, religious goals and basic activities of religious organization; 4) information on permanent sources of income». Cfr. Il progetto di legge 2001, art. 8, in SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 302.

<sup>107</sup> In Serbia è istituito uno specifico Ministero dei culti, che è l'amministrazione centrale e che durante il regime federativo esercitava competenze estese a livello degli Stati federati.

<sup>108</sup> Il progetto di legge del 2001 prevedeva un lasso di novanta giorni di tempo per la decisione. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 302.

<sup>109</sup> Art. 20, l. n. 36/2006: «(Deliberation on the application for entering into the Register). The Ministry shall issue a decision on application for registration in the Register within 60 days upon the receipt of proper application and required documents.

In the event of incomplete application or if the stated name is contrary to Article 21 of this Law, the Ministry shall invite the applicant to supplement or rectify the application within 30 days. If the application is not supplemented or rectified within the set period, the Ministry shall refute the application.

The Ministry passes the decision on refuting the application for entering into the Register should it be proven that the goals, teachings, rites and activities of religious organization are contrary to the Constitution and public order or they threaten life, health, freedom and rights of others, the right of the child, right to personal and family integrity and right to property.

When passing the decision on the application for registration the Ministry relies on and takes into consideration the decisions of the European Court for Human Rights, as well as administrative and court decisions relating to the registration procedure or activities of a religious organization in one or more member States of EU.

Once entered into the Register, religious organization acquires an attribute of legal entity».

<sup>110</sup> Art. 21, l. n. 36/2006: «(Data contained in the Register). The following data shall be entered into the Register: name of a Church, religious community or religious organization; the seat and address, organizational units and territorial organization; name, address and the function of the person authorized to represent a Church, religious community or religious organization; number

La legge prevede anche i casi di cancellazione dal registro e l'eventuale ricorso amministrativo (artt. 22 e 23).

Nel quadro delle libertà garantite alle Chiese sono previsti ampi riconoscimenti per i diritti economici e per una sfera di autonomia relativa sia alle modalità di autofinanziamento (art. 26.1 e art. 29.4) sia di gestione patrimoniale, sia di attività di impresa (artt. 26.2 e 26.3)<sup>111</sup>.

Si colma di una speciale valenza programmatica l'art. 27.1 che sancisce l'intangibilità del patrimonio culturale confessionale, specialmente con riferimento alle norme sulle restituzioni dei beni confiscati negli anni del regime socialista titino. L'art. 27.2 enuncia l'ipotesi di cessione informale preventiva (alle procedure di restituzione) da parte delle pubbliche autorità, di beni confiscati di cui le Chiese abbiano inoltrato domanda<sup>112</sup>.

Meritevole di collocazione tra i parametri di punta della legge del 2006, l'art.28 dichiara che il principio di cooperazione, anche in termini di sostegno economico, preordina i rapporti Stato-Chiesa, con il fine di rafforzare la libertà religiosa nel quadro del bene pubblico e del comune interesse<sup>113</sup>.

---

and date of registration decision; number and date of deletion decision from the previous Register of legal entities, including all changes to entered data.

The Register also contains data on religious schools, cultural institutions and associations, humanitarian, charity and health organizations founded by Churches, religious communities or religious organizations, as well as the data on economic and other activities conducted by Churches, religious communities and religious organizations.

Churches, religious communities and religious organizations are obliged to notify the relevant State body on any changes to the data entered into the Register within 30 days as of their occurrence.

The Minister responsible for of religious affairs passes the regulation prescribing more closely the contents and the keeping of the Register».

<sup>111</sup> Art. 26, l. n. 36/2006: «(Property). Churches and religious communities secure the funds for their activities using income stemming from their own property, from legacies, endowments and funds, inheritances, gifts and contributions, other legal business and activities on non-for-profit basis pursuant to the Law.

Churches and religious communities are independent in managing their property and funds, all in accordance with their own autonomous legislation.

Churches and religious communities may discharge an economic or any other activity in the manner and in compliance with the regulations which stipulate and define these activities».

<sup>112</sup> Art. 27, l. n. 36/2006: «(Protection of property). Sacral and cultural heritage of Churches and religious communities, including immovable cultural goods, may not be dispossessed.

Until the decision on restitution of property to Churches and religious communities is passed the relevant State body or the local self-government body may, at the request of a Church or religious community and pursuant to the law, cede for use the confiscated property or its parts».

<sup>113</sup> Art. 28, l. n. 36/2006: «(Cooperation between the State and Churches and religious communities). The State exercises cooperation with Churches and religious communities with an aim of advancing religious freedoms and achieving public good and common interest.

The State can financially support Churches and religious communities for further advancing of religious freedoms and cooperation with Churches and religious communities, to the mutual interest». Nonostante l'art. 41. II Cost. dichiara il favore dello Stato al supporto economico delle Chiese, non

Il criterio ora esposto trova immediata applicazione nel riconoscimento dei diritti sociali e in una politica di assistenza verso il clero coperta dal bilancio dello Stato (artt. 29.1 e 29.2).

Il principio di «discriminazione positiva» assicurerà, in base ad un criterio di proporzionalità, l'equa distribuzione ed il pari trattamento a sostegno di tutte le soggettività confessionali, tenuto conto della loro ampiezza organizzativa (art. 29.3). Al fine di evitare discriminazioni, l'art. 29.5 prescrive l'eguale trattamento tra clero nazionale e straniero qualora in Serbia quest'ultimo svolga un ufficio stabile e abbia una residenza permanente<sup>114</sup>.

Sotto il profilo fiscale la legge assicura sia l'esenzione parziale o totale da tassazione delle Chiese, sia sgravi o detrazioni per atti di liberalità compiuti da persone fisiche o giuridiche (art. 30)<sup>115</sup>.

Molto ben articolato appare il quadro normativo delle attività svolte dalle Chiese e Comunità religiose. L'art.31 conferisce ai luoghi privati o pubblici teatro di svolgimento di riti, liturgie o altre attività religiose, uno speciale *status* protettivo di piena inviolabilità (artt. 31.1-3)<sup>116</sup>. La classificazione «aperta» di tali luoghi fisici – estesa alle carceri – illustra bene il favore del

---

esistono nell'ordinamento giuridico leggi che contemplino strumenti di finanziamento stabile a loro favore. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 305.

<sup>114</sup> Art. 29, l. n. 36/2006: «(Social rights of the clergy). The members of the clergy i.e. religious servants are entitled to health, retirement and disability insurance pursuant to the law.

With an aim of advancing religious freedoms and in agreement with Churches and religious communities, the funds for health, retirement and disability insurance of the clergy i.e. Religious servants may be provided for from the budget of the Republic of Serbia pursuant relevant laws.

Should these fund be provided for from the budget of the Republic of Serbia, the Government sets the amount of funds for covering the social rights of the clergy i.e. religious servants, on equal footing and prorated to the number of congregation of Churches and religious communities as per the latest census conducted in Serbia, whereas the principle of positive discrimination may be applied to Churches and religious communities with small congregations.

Churches and religious communities may found their own funds for social, retirement and disability insurance of their clergy i.e. religious servants pursuant to their autonomous legislation.

A member of the clergy i.e. religious servant who is a foreign national, discharging permanent office in compliance with the law and autonomous legislation of Churches and religious communities and having a permanent residence in the Republic of Serbia, enjoys all the rights stipulated in this Article, pursuant to the law». Tra gli anni Ottanta e il nuovo corso, le provvisori stali a favore dei religiosi si sono drasticamente ridotte a causa della crisi economica.

<sup>115</sup> Art. 30, l. n. 36/2006: «(Tax allowances). In discharging the activities and securing the income pursuant to this Law, Churches and religious communities may fully or partially be exempted from tax and other dues, in compliance with the laws which introduce respective public income.

Natural persons and legal entities giving contributions and gifts to Churches and religious communities may be exempted from paying tax dues, in compliance with the laws, which introduce respective public incomes».

<sup>116</sup> Insieme alla tutela dei beni culturali di interesse religioso, è quello dei riti celebrativi l'unico settore in cui la «mano pubblica» interviene con strumenti economici di sostegno. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 306, n. 18.

legislatore per l'allargamento di tale specialità ad ogni spazio fisico in cui sia possibile celebrare riti (art. 31.4).

In armonia con l'art. 28 che enuncia il principio di cooperazione, l'art. 31.5 sancisce l'obbligo delle pubbliche istituzioni a cooperare con le Chiese nello svolgimento dei riti, sulla base dell'osservanza delle modalità e condizioni dell'esercizio stabilite dalle norme confessionali (art. 31.6)<sup>117</sup>.

Assai liberale appare anche la previsione sulla libertà di erigere immobili, siano questi edifici di culto (nel senso semantico tecnico di «templi»), sia che si tratti di altri manufatti funzionali al servizio religioso («strutture religiose»), sia di strutture residenziali (artt. 32.1 e 32.2).

Riguardo ai progetti edilizi di urbanizzazione, la legge prescrive le consuete competenze amministrative nel rilascio di permessi (art. 32.4) ma è fatto puntuale obbligo agli enti locali di autogoverno di tenere in considerazione le specifiche esigenze edificatorie delle confessioni in fase di elaborazione dei piani regolatori (art. 32.3).

Enti locali e centrali potranno promuovere una politica di sostegno anticipando i fondi a copertura dei costi di urbanizzazione o anche di manutenzione (art. 32.6)<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Art. 31, l. n. 36/2006: «(Premises for discharging religious services). Churches and religious communities perform their liturgies, religious rites and other religious activities in their temples, other buildings or other premises of their own or in rented premises.

Liturgies, religious rites and other religious activities may also be held in public i.e. open places, and places related to important historical events or individuals, pursuant to relevant laws.

As per the Constitution and autonomous legislation of Churches and religious communities, these places and time of their holding are protected and inviolable/sacred.

Liturgies, religious rites and religious activities may also be held in schools, hospitals, army and police facilities, welfare and children's institutions, State penitentiaries and other institutions and facilities. At the request of their members or the users of their services and in accordance with their possibilities, the competent bodies of institutions referred to in the above paragraph 4 of this Article, are obliged to provide for holding of liturgies, religious rites and religious activities.

In agreement with the competent body of the institution, Churches and religious communities determine the manner and conditions under which they shall meet the requests for occasional, constant or event-related holding of religious services».

<sup>118</sup> Art. 32, l. n. 36/2006: «(Building activity). Churches and religious communities may independently erect temples and other buildings for the needs their religious services, including parish homes, monastery lodgings, administrative clerical buildings, schools, boarding schools and hospitals (hereinafter «religious structures»).

In compliance with the law, Churches and religious communities may also erect residential blocks, production facilities and other structures for their own needs.

When drafting urban construction plans, a competent local self-government body is obliged to take into consideration the needs of Churches and religious communities for erection of religious structures.

The erection of religious structures may be carried out upon passing of the decision by a Church or religious community, and upon obtaining necessary permits prescribed by the law and acts regulating this area, coupled with professional monitoring by the competent State body.

Tra le attività tutelate dallo Stato, quella diretta a fondare istituzioni o associazioni confessionali socio-caritatevoli riceve uno specifico assetto normativo, non solo perché i correlativi servizi religiosi sono considerati «autonomi» (art. 33.2), ma anche per l'obbligo delle Chiese di conferire a tali attività la massima visibilità e trasparenza (art. 33.3)<sup>119</sup>.

Il capo dedicato alle attività educative religiose è di primaria importanza e segna un fondamentale passaggio evolutivo nei rapporti Chiesa-Stato: rispecchia il rilievo legislativo attribuito dalla politica serba alla disciplina scolastica, come momento di formazione e consolidamento dell'identità storica nazionale della sua gioventù, e come tramite di emancipazione post-ideologica, in transizione verso modelli inclusivi europei. Ciò sembra animare il principio ex art. 40 che garantisce il diritto all'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche e private<sup>120</sup>, cui si lega il principio di parificazione nel trattamento e nei diritti degli studenti iscritti in istituti religiosi (art. 39)<sup>121</sup>.

L'art. 34 afferma la libertà di fondare istituti di educazione religiosa con lo scopo della formazione del clero e della promozione della cultura religiosa

---

Competent State body is obliged to respect the right of a Church or religious community to independently organize and conduct works and to determine purpose, style and interior decoration of the structure.

Competent State body and local self-government body may anticipate in their budgets the funds for erection of buildings, their maintenance and reconstruction, in accordance with their needs and possibilities.

In compliance with the law, competent local self-government body is obliged to declare its opinion on the initiative of a Church or religious community on calling the referendum on introducing a voluntary specified-purpose tax for erecting structures, their maintenance and reconstruction».

<sup>119</sup> Art. 33, l. n. 36/2006: «(Charity activities). In compliance with the law, Churches and religious communities may, within the framework of their social and charity activities, establish separate institutions and organizations.

Social and charity activities of Churches and religious communities are independent from their religious services.

In performing social and charity activities Churches and religious communities, referred to in paragraph 1 of this Article, are obliged to visibly post their full name».

<sup>120</sup> Art. 40, l. n. 36/2006: «(Religious teaching in public and private schools). The right to religious teaching in public and private schools is guaranteed pursuant to the relevant Law». Ampie riserve sull'effettività dei principi qui enunciati sono espresse da MILAN VUKOMANOVI, *The Serbian Orthodox Church* cit.

<sup>121</sup> Art. 39, l. n. 36/2006: «(Social rights of students attending religious education institutions). Regular students of religious education institutions are entitled to health and social protection, adequate student standard, postponement of military service, civilian military service and their parents are entitled to receiving children's allowances valid for student attending the State education institutions». Alla reintroduzione dell'educazione religiosa nella scuola pubblica, che ha trovato fieri oppositori nelle organizzazioni ispirate alla tutela dei diritti umani, il governo serbo replicò sulla base di un preesistente obbligo istituzionale dello Stato ad assicurare il pluralismo formativo. Così, SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 304.



(art. 34)<sup>122</sup>: scopi cui corrisponde la libertà di stabilire integralmente le strutture formative, dall'asilo all'università (art. 35).

A corollario del principio di collaborazione Chiesa-Stato (ex art. 28) sta la fondamentale norma a garanzia della libertà di creare un sistema scolastico integrato pubblico-privato fondato sul sistema dell'accreditamento dell'insegnamento religioso (art. 36.1). La norma apre una finestra su questioni delicate, dipendenti dalla redistribuzione statistica della «presenza» scolastica dei soggetti confessionali, a maggior ragione per il sostegno finanziario pubblico di cui risultano beneficiari gli istituti di educazione religiosa «accreditati» (art. 36.2)<sup>123</sup>.

L'importanza della norma ex art.36.2 non può far sottovalutare il potenziale discrimine di trattamento che porrebbe in essere tra scuole confessionali finanziate e non. A riequilibrare la disciplina sovviene, in parte, la parificazione agli effetti legali per i titoli rilasciati dalle scuole statali, di analoghi diplomi e certificati rilasciati dagli istituti religiosi «accreditati» e non (art. 38.2)<sup>124</sup>. È inoltre consequenziale che le scuole confessionali «accreditate» siano soggette allo specifico obbligo di conformarsi ai principi vigenti (circa organizzazione e *curricula*) nella scuola pubblica (art. 37.3): ciò, in opposizione al generale principio di autonomia che governa l'organizzazione degli istituti scolastici confessionali (art. 37.1 e 37.2)<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Art. 34, l. n. 36/2006: «(Religious education institutions). Churches and religious communities may establish religious education institutions for the purpose of educating future religious servants, advancing spiritual and theological culture and other kindred goals (hereinafter: «religious education institutions»)).»

<sup>123</sup> Art. 36, l. n.36/2006: «(Religious education institutions within the public education system). In compliance with the relevant laws on education, Churches and religious communities may instigate procedure for verification i.e. accreditation of religious education institution with an aim of its inclusion in the public system of education.

Religious education institutions being awarded accreditation are entitled to financing from the State budget, prorated to the number of their congregations and according to the latest census conducted in the Republic of Serbia.

With an aim of advancing religious freedoms and education, the State may also offer financial support to those religious education institutions outside the public system of education».

<sup>124</sup> Art. 38, l. n. 36/2006: «(Diplomas and certificates of religious education institutions). Diplomas and certificates of accredited religious education institutions have the same legal effect as corresponding diplomas and certificates issued by the State education institutions.

Upon conducting procedure for establishing the equivalency, diplomas and certificates issued by other religious education institutions may have the same legal effect as corresponding diplomas and certificates issued by the State education institutions».

<sup>125</sup> Art. 37, l. n. 36/2006: «(Autonomy of religious education institutions). Religious education institutions have organizational and curricular autonomy.

Churches and religious communities independently establish their curricula, text books and books of reference, appoint and dismiss teaching and other staff and monitor the work of religious education institution.

La terza ed ultima sezione della legge generale sui culti, dedicata alle attività culturali, illustra la sintonia tra Stato e Chiesa nell'individuare nei beni di rilevanza storico-culturale un peculiare strumento a tutela dell'identità nazionale serba: ne è segno la politica di speciale tutela, valorizzazione e sostegno finanziario che impegna l'amministrazione statale del centro e della periferia (art. 41)<sup>126</sup>. Il principio di pubblico intervento è ribadito all'art. 42.2 e si conforma al riconoscimento dello *status* proprietario che circonda il patrimonio religioso a valenza sacra e culturale (art. 42.1)<sup>127</sup>.

Di ampio respiro sono le disposizioni che regolano la programmazione culturale posta in essere da istituzioni scientifiche confessionali, in favore delle quali lo Stato e gli enti locali possono, entro la disponibilità del *budget* loro assegnato, prevedere liberalità (art. 44)<sup>128</sup>. La pubblicizzazione di tali programmi e attività culturali trova il largo sostegno statale, anche attraverso il diritto di usufruire di servizi di telecomunicazione pubblica e il diritto di utilizzare e gestire autonomamente tali mezzi, salvo l'obbligo della Chiesa di garantire la massima visibilità di sé e del suo operato (art.43)<sup>129</sup>.

---

In compliance with the relevant laws on education, religious education institutions included in the public system of education are obliged to honor conditions and standards pertaining to the public system of education».

<sup>126</sup> Art. 41, l. n. 36/2006: «(Bearers of cultural and scientific activities). Bearers of cultural and scientific activities of Churches and religious communities are monasteries, treasuries, museums, scientific and research institutions, libraries, archives, Specialized schools and institutions, artistic workshops, cultural clubs, choirs and other institutions and associations.

Religious edifices and institutions of exceptional historic, national and cultural significance enjoy special protection, attention and financial support of the State bodies and local self-government bodies». Il sostegno finanziario pubblico per la ricostruzione di manufatti sacri è uno dei rari settori di intervento dello Stato a favore delle Chiese. Cfr. SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 306.

<sup>127</sup> Art. 42, l. n. 36/2006: «(Protection of sacral heritage and cultural goods). In compliance with the law, Churches and religious communities are owners of their sacral heritage and cultural goods and bearers i.e. successors of copy rights.

Churches and religious communities may establish institutes for protection of sacral heritage and cultural goods. These institutes may enjoy financial support provided for from the budget of the Republic of Serbia and the budget of local self-government units».

<sup>128</sup> Art. 44, l. n. 36/2006: «(Financing cultural and scientific institutions and programs). With an aim of advancing religious freedoms and culture and in accordance with their possibilities, competent State bodies and local self-government bodies may provide for donations to Churches and religious communities for their cultural and scientific institutions and programs. Churches and religious communities are entitled to apply, and on equal footing as any other natural or legal entity, with competent State bodies for funds aimed at realization of cultural and scientific programs».

<sup>129</sup> Art. 43, l. n. 36/2006: «(Informatory and publishing activity). In compliance with the Constitution and relevant laws and with an aim of advancing religious freedoms and freedom of information Churches and religious communities have the right to use public broadcasting service, as well as to independently conduct their own informatory and publishing activity.

In performing their informatory and publishing activity Churches and religious communities are obliged to visibly post their full name.

Con regolamento del 2006, in applicazione dell'art. 21.4 della menzionata legge n.36/2006, sono poi stati fissati contenuti e modalità di gestione del registro di Chiese e Comunità religiose<sup>130</sup>. La normativa si riferisce alla Chiesa Ortodossa Serba, alla Comunità Islamica e alla Comunità Ebraica in Serbia (artt. 2-6) nonché alle altre comunità confessionali e organizzazioni religiose (art. 7). È comunque fatta salva la non obbligatorietà della registrazione, senza che ciò pregiudichi quelle confessioni le quali, sulla base di precorse disposizioni, godevano già in precedenza di uno *status* equivalente a quello dei soggetti confessionali registrati (art. 7.6). Le confessioni che rifiutino l'iscrizione nel registro continueranno a godere della libertà religiosa loro garantita dalla Costituzione serba e dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani e libertà religiosa, salvo contrarietà all'art. 3 della legge 36/2006 (art. 7.7)

Il registro contiene il complesso dei dati identificativi delle Chiese-Comunità religiose (tra cui nome, sede, nome del rappresentante legale), nonché della sua eventuale articolazione in enti e strutture periferiche (art. 10) e sono di pubblica consultazione (art. 18.1).

Il legislatore di Belgrado, a soli tre anni di distanza dal varo delle disposizioni ora esaminate, votava una fondamentale legge sulla discriminazione, n. 22/2009<sup>131</sup>. La legge, ponendosi in sintonia con le esortazioni dell'Europa, adottava strumenti efficaci in tale ambito<sup>132</sup> e corredeva l'astratto divieto dell'esercizio di ogni forma di atto discriminatorio con l'indicazione puntuale di procedure di tutela e con l'istituzione di un Commissario per l'egualianza, quale organo autonomo e indipendente dello Stato (artt. 1.1. e 1.2).

Fissata la nozione generale di «discriminazione» e di «trattamento discriminatorio» ex art.2.1<sup>133</sup>, la legge ne estendeva lo spettro dei destinatari

---

When informing the public on their activities Churches and religious communities are obliged to clearly state the nature and contents of that particular activity».

<sup>130</sup> *O pravilnik o sadržini i nacinu vodenja registra Crkava i Verskih zajednica*, (O правилник о садржини и начину водења регистра Цркава и Верских заједница), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 64/2006.

<sup>131</sup> *Zakon o zabrani diskriminacije*, (Закон о забрани дискриминације), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 22/2009.

<sup>132</sup> *Risoluzione 2015 cit.*, §22: «Il Parlamento europeo (...) ribadisce l'importanza di promuovere, tutelare e attuare i diritti umani e le libertà fondamentali a tutti i livelli della società serba, senza alcuna discriminazione e in conformità delle norme europee e internazionali; rileva che il 2 ottobre 2014 è stato adottato un piano d'azione per l'attuazione della strategia di lotta contro la discriminazione, in cui si chiede rispetto per le donne, le persone con disabilità, le persone LGBT e per tutte le minoranze, nazionali, etniche o sessuali, e la tutela dei loro diritti».

<sup>133</sup> Art. 2.1, l. n. 22/2009: «con i termini “discriminazione” e “trattamento discriminatorio” si intende qualsiasi discriminazione ingiustificata o disparità di trattamento, o l'omissione (esclusione, restrizione o preferenza), in relazione a singoli o gruppi, nonché dei loro familiari, o persone vicine a

ad ogni «persona» dimorante nel territorio della Repubblica di Serbia (art. 2.2) affermando, poi, che: «Ogni individuo ha diritto di ricorrere ai tribunali competenti e alle altre autorità pubbliche della Repubblica di Serbia perché sia protetto efficacemente contro ogni forma di discriminazione» (art. 3.1). Ciò, in base ad un più comprensivo principio di uguaglianza, in virtù del quale: «Tutti sono uguali e godono di pari dignità e pari protezione indipendentemente dalle loro caratteristiche personali. Ciascuno è tenuto a rispettare il principio di uguaglianza e di non discriminazione» (art. 4.1).

È parimenti degno d'attenzione il contenuto dell'art.10 volto a regolare il caso della commissione di atti discriminatori con modalità cospirative. L'eredità storica dei Balcani Occidentali si riflette nel divieto delle forme di violenza organizzata più plateali, poste in essere attraverso gruppi organizzati, non necessariamente militarizzati, ma in grado di violare le leggi internazionali e la Costituzione serba, istigando all'odio nazionale, razziale, religioso, o ad altre forme di intolleranza. Specificazione di tale norma è nell'art. 11 che sanziona l'incitamento all'odio con modalità attuative diversificate, aggiornate dall'amplificato arsenale comunicativo dell'era di internet (stampa, scrittura e visualizzazione di messaggi e simboli discriminatori in luoghi accessibili al pubblico).

Oltre al divieto di vessazioni e trattamenti degradanti e umilianti posti in essere «al solo scopo di violare la dignità delle persone» (art. 12), la legge contempla anche le «gravi forme di discriminazione» (art. 13), in esse configurando le espressioni di incitamento alla «disuguaglianza, all'odio e intolleranza sulla base dell'appartenenza etnica, razziale o religiosa, nonché per ragione della lingua» (art. 13.1), o di «schiavitù, *apartheid*, genocidio, pulizia etnica» (art. 13.4).

Tra i casi particolari di discriminazione (artt. 15-27), la legge elenca almeno quattro fattispecie che possono senz'altro collocarsi in una legislazione di taglio «post-transitorio» sulla libertà di credo. All'art. 18 il divieto di discriminazione religiosa è concepito come presidio contro la messa in pratica di attività opposte alla libera esplicazione della religione o credo o la negazione di tutte le modalità di libero atteggiarsi (acquisire, mantenere o mutare) nei confronti della fede, nella dimensione pubblica e privata (art. 18.1). L'art. 18.2 propone, invece, una norma di discriminazione «positiva» o legittima, a tutela dei religiosi che, in ragione del precetto dottrinale del proprio credo

---

loro, palese o occulta, e che si basa su razza, colore, discendenza, cittadinanza, nazionalità o origine etnica, lingua, convinzioni religiose o politiche». La legge circoscrive poi la nozione di «forme di discriminazioni» quali «(...) espressioni di odio e di vessazioni e trattamenti umilianti» (art. 5) in forma diretta o indiretta (artt. 6 e 7).

e agli scopi dello stesso, soggiacciono a peculiari restrizioni della propria libertà (art. 18.2)<sup>134</sup>.

Le altre ipotesi di trattamento discriminatorio contengono un alto valore simbolico e un accento pragmatico sugli orientamenti di politica legislativa «post-transitoria» perseguiti dal parlamento serbo. In diversa misura le tutele qui espresse sono attratte entro una più solida ed espansiva garanzia sulle libertà confessionali imprimendo a tale normativa un deciso orientamento verso gli *standard* occidentali riguardo a diritti soggettivi pubblici e libertà personali. In tal senso va segnalata la censura verso le discriminazioni nei confronti delle minoranze, per le cui modalità di attuazione l'art. 24 rimanda, in ragione della complessità della disciplina, ad una legge speciale<sup>135</sup>.

In via più indiretta, si possono qui convogliare anche l'ipotesi di discriminazioni nei procedimenti svolti dinanzi alle pubbliche autorità (art. 15)<sup>136</sup> o quella avente ad oggetto l'accesso all'uso di spazi pubblici (art. 17.2) o in materia di istruzione scolastica (art.19.2)<sup>137</sup>.

La legge n.22/2009 introduce l'istituto del Commissario per l'eguaglianza<sup>138</sup>: figura politicamente neutra sia perché di nomina parlamentare, sia per l'espreso divieto di cumulare contemporaneamente un pluralità di incarichi nella funzione pubblica, in politica o di esercitare la libera professione, così emancipando la figura da possibili conflitti di interesse e condizionamenti esterni. Per i requisiti di indipendenza e terzietà, e per il solido retroterra di esperienza professionale richiesto nel *curriculum* (art. 28), tale figura è assimilabile all'*Ombudsman*<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Art. 18.2, l. n. 22/2009: «Non è considerato un trattamento discriminatorio nei confronti dei preti o dei funzionari religiosi, quello che in conformità con le religiose dottrina, credenze o obiettivi delle Chiese e delle Comunità religiose registrate nel registro delle comunità religiose, (sia posto in essere) in base ad una legge speciale che regola la libertà di religione e *status* delle Chiese e delle Comunità religiose».

<sup>135</sup> Art. 24, l. n. 22/2009: «La discriminazione delle minoranze nazionali e dei loro membri sulla base della nazionalità, origine etnica, convinzioni religiose e lingua (...) Le modalità di esercizio e la tutela dei diritti delle minoranze nazionali sono regolate da una legge speciale».

<sup>136</sup> Art. 15, l. n.22/2009: «Ogni individuo ha diritto alla parità di accesso e alla tutela dei suoi diritti dinanzi ai tribunali e alle autorità pubbliche. Comportamenti discriminatori di un pubblico ufficiale o di una persona responsabile di una pubblica autorità, è considerato una grave violazione del dovere, in conformità con la legge».

<sup>137</sup> Art. 19.2, l. n. 22/2009: «È vietato impedire l'ingresso nell'istituto scolastico a persone o gruppi di persone sulla base delle loro caratteristiche personali, o per escluderle (o) per impedire o negare la loro presenza o partecipazione ad altre attività educative e di formazione, organizzare gli studenti in base alle capacità personali, trattarli indebitamente o in modo ineguale».

<sup>138</sup> Cfr. la legge sul Difensore civico (*Ombudsman*), n. 79/2005.

<sup>139</sup> L'art. 28.4, l. n.22/2009 richiede al Commissario tre requisiti: l'essere avvocato; vantare almeno dieci anni di esperienza legale nel settore dei diritti umani e possedere alte qualità morali e professionali.

La posizione di indipendenza nelle istituzioni ed il vasto ventaglio di potestà conferitegli in contrasto alle denunce per violazione di legge (ex art. 33), gli permettono di porre in essere non solo procedure di mediazione e contrasto (ex art. 35), ma anche un'azione «correttiva» delle dinamiche di politica legislativa *de iure condendo*. Questa, infatti, poggia non solo sulla potestà di emettere pareri e raccomandazioni, o inoltrare denunce formali a tutela delle vittime di discriminazioni (artt. 33.1 e 33.3), ma insiste sulla più incisiva facoltà di avviare le procedure di modifica di regolamenti e esprimere pareri su progetti di legge in materia, nonché cooperare con le autorità territoriali (province autonome e autonomie locali) per l'effettiva protezione di diritti umani (artt. 33.7 e 33.8)<sup>140</sup>.

### *7. Gli statuti confessionali. Brevi cenni*

Con il nuovo corso democratico, le confessioni religiose hanno ricevuto in Serbia strumenti giuridici più solidi a garanzia della propria autonomia interna. L'art. 44.2 Cost. 2006 e gli artt. 4 e 41 della l. n. 36/2006 sulle Chiese e Comunità religiose circondano di nuovi e solidi presidi l'autonomia statutaria e, quindi, la pienezza della libertà organizzativa delle confessioni religiose, con la redistribuzione di poteri e ruoli interni, regole di autorità-subordinazione con diritti e doveri dei membri aderenti, gestione e impegno delle risorse economiche.

Com'è noto, l'importanza dello statuto sta nella configurazione di norme speciali, sostitutive delle regole vigenti in un ordinamento giuridico generale, e capaci di imporre un limite all'ingerenza dello Stato. Ma non si tratta necessariamente di norme impermeabili alla *mutatio rerum*.

Alcuni degli statuti più recenti delle Chiese «tradizionali» manifestano, soprattutto nella definizione degli scopi, l'attitudine di tali regole speciali ad assorbire i cambiamenti sociali. Ad una lettura comparata, quello che appare il più rispondente a tale tendenza sembra essere lo Statuto della Comunità ebraica di Serbia (2013)<sup>141</sup>. Questo, infatti, esprime a chiare lettere l'importanza del dialogo interreligioso e la collaborazione con altre entità etniche, o minoranze, o gruppi religiosi (art. 2.3). Siffatto scopo è ribadito tra gli obiettivi dell'Unione delle Comunità ebraiche di Serbia, al fianco della

---

<sup>140</sup> Il Commissario è organo privo di natura giurisdizionale (può solo emettere pareri e raccomandazioni correttive, attivate dalla presentazione di una denuncia, ex artt. 39 e 40). Le effettive forme di tutela seguono infatti le usuali vie e competenze rimesse ai tribunali ordinari (artt. 41 ss.).

<sup>141</sup> Skupština Saveza jevrejskih opština Srbije (Sessione del 17 marzo 2013).

conservazione delle tradizioni della memoria dell'Olocausto e dell'identità religiosa nazionale ebraica, del rifiuto di pratiche assimilazioniste, della restituzione di beni ebraici sottratti a seguito delle persecuzioni antisemite (art. 5). Qui, in particolare, l'Unione ebraica si erge ad interlocutore formale delle autorità statuali, a sollecitazione di una soluzione efficace dell'annoso problema, sia con la possibilità dell'avvio di leggi speciali sulla restituzione dei patrimoni nazionalizzati, sia attraverso una potestà di negoziato con lo Stato anche in fase di attuazione della legge, secondo le prescrizioni della Dichiarazione di Terezin (art. 43 Statuto).

Il divieto ai membri dell'Unione di gestire incarichi in partiti politici (art. 8) si allinea con la natura giuridica degli statuti, in quanto norme autonome che disciplinano un'entità indipendente seppure inquadrata nello Stato.

Un esempio di capacità di sintesi organizzativa è offerto dall'istituzione del Museo storico ebraico creato al fine di «preservare il patrimonio mobile e immobile degli ebrei della ex-Jugoslavia» attraverso un accordo (del 1996) tra le Comunità ebraiche diffuse nei Balcani occidentali, in Bosnia-Erzegovina, Croazia, Macedonia, Slovenia e Serbia (art. 38).

All'insegna di un più marcato tradizionalismo, lo Statuto della Comunità islamica di Serbia (2007) accenna assai rapidamente, tra gli scopi comunitari, alla cooperazione con le altre Comunità religiose (art. 9), per concentrarsi sulla regolamentazione della sua organizzazione amministrativa e rappresentativa, delle fonti economiche e dei precetti del Corano, riproducendo così il modulo statutario ricorrente tra le Comunità islamiche residenti in Bosnia-Erzegovina.

I segni dell'impermeabilità alle sollecitazioni esterne sono anche più evidenti nello Statuto della Chiesa Cristiana Riformata di Serbia (2010), che organizza i rapporti gerarchici intercorrenti tra persone (fedeli-gerarchia) e strutture (parrocchie, diocesi, Sinodo nazionale) e che insiste con particolare accento al perseguimento della sua azione profetico-apostolica ma con un saldo incardinamento teologico nel «ministero della testimonianza cristiana universale del Catechismo di Heidelberg» (art. 2).

#### 8. *Questioni residuali in tema di restituzione di beni confiscati durante l'autogestione titina: il nuovo regime proprietario e fiscale*

Tra le questioni che nella fase transitoria hanno accomunato le sei ex-Repubbliche jugoslave, quella sulla destinazione dei patrimoni confiscati dallo Stato ai privati e, nello specifico, alle Chiese, ha lungamente assorbito le energie dei legislatori danubiano-balcanici, alla ricerca di soluzioni nor-

mative realistiche<sup>142</sup>. La questione condensa degli evidenti riflessi equitativi ma rappresenta anche un significativo tornante verso la realizzazione di una effettiva libertà religiosa<sup>143</sup>.

La materia ha registrato un progresso graduale e plateali battute d'arresto, dipese non poco dalla rielaborazione dottrinale del regime giuridico della proprietà, in via di affrancamento dagli schemi ideologici socialisti e da più recenti oscillazioni politiche. In tale senso è eloquente l'evoluzione normativa sul diritto di proprietà della legge n.29/1996 tra la stesura del 1980 (legge n.6/1980) e la più recente revisione posta con la legge n.115/2005<sup>144</sup>.

La «post-transizione» nel regime proprietario riceveva un primo riassetto con l'art.1 della legge n. 29/1996, secondo cui «persone fisiche e giuridiche possono godere del diritto di proprietà su beni mobili e immobili» con il limite delle risorse naturali «che sono di proprietà dello Stato» (art. 9) e con il più stringente -ed anomalo- sbarramento della Costituzione ex art. 8 secondo cui: «Il diritto di proprietà può essere revocato o limitato in conformità con la Costituzione e la legge». Ma è, tuttavia, segnatamente lungo il primo decennio del nuovo secolo che la normativa, tra leggi e regolamenti attuativi, si è infittita ed ulteriormente contorta. Le ragioni di ciò sono da ascrivere alla mobilità dei confini territoriali degli Stati balcanici occidentali e alla conseguente revisione delle istituzioni chiamate a restituire i patrimoni forzatamente sottratti ai privati e alle Chiese, a seguito della legge di nazionalizzazione, operante dopo il 9 marzo 1945.

In tal senso va letta la legge generale sulla restituzione dei beni confiscati e compensazione relativa a territori ora appartenenti al Kosovo e alla Macedonia n.45/2005<sup>145</sup>, la quale istituisce un'Agenzia per la restituzione (artt. 51 ss.), organo dello Stato con personalità giuridica e sede a Belgrado e tre uffici periferici e facente espresso riferimento alla «restituzione delle proprietà di Chiese e Comunità religiose». Tale organo sovrintende alle procedure di restituzione e compensazione e fornisce assistenza specializzata ai richiedenti, restando sotto il controllo del Ministero delle Finanze nello svolgimento

---

<sup>142</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 306.

<sup>143</sup> *Risoluzione 2015* cit., §31: «Il Parlamento europeo (...) sottolinea l'importanza della restituzione delle proprietà confiscate alle Chiese e Comunità religiose minoritarie sotto il regime comunista; sottolinea il ruolo dello Stato nel creare una politica imparziale nei confronti delle Chiese storiche nel Paese, ivi comprese quelle appartenenti alle minoranze; sottolinea che la libertà religiosa non può essere garantita in assenza di tale restituzione».

<sup>144</sup> *Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa*, (Закон о основама својинскоправних односа) in *Sluzbeni list SRJ*, n. 29/96 e *Sluzbeni glasnik RS*, n. 115/2005.

<sup>145</sup> *Zakon za vraćanje na konfiskovanoto imушество i обезштетението* (Закон за враćане на конфискуваното имушество и обезштетението), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 45/2005.



delle sue attività (art. 55). Ciò, nel rispetto di una legge che il governo serbo persiste a ritenere vigente nelle province autonome del Kosovo e Methochia «(...) dopo la chiusura della amministrazione internazionale istituita dalla risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite» (art. 65).

Più pertinente è la legge sulla restituzione delle proprietà alle Chiese e Comunità religiose, n. 46/2006<sup>146</sup>. Nel ribadire le rivendicazioni territoriali ora richiamate (art. 3.4), la legge ha lo scopo di operare a favore delle confessioni religiose – o loro successori legali (art. 6) –, la restituzione dei beni un tempo confiscati nel territorio della Repubblica Serba (art.1) attraverso tre criteri di base: 1. il trattamento giuridico equivalente di tutte le Chiese (principio di eguaglianza); 2. l'autonoma decisione sull'avvio del procedimento (principio di autodeterminazione); 3. la tutela della certezza del diritto degli attuali detentori e dei terzi (principio di certezza giuridica, correttezza e garanzia). Posto che la restituzione può essere in natura o per compensazione, la legge prescrive, ove possibile, e nei limiti di valutazioni di necessità, la restituzione in natura (art. 4).

La compensazione finanziaria potrà consistere nel conferimento di titoli di Stato o somme liquide (art. 16) il cui importo sarà soggetto alle variazioni imposte dalle congiunture economiche e dagli andamenti di mercato (art. 17). In ogni caso è riconosciuto alle confessioni religiose un risarcimento aggiuntivo nell'eventualità di perdita di utili (lucro cessante) derivante dalla nazionalizzazione (art. 19). È di tutta evidenza la vantaggiosità della *restituito in integrum*: la legge elenca le categorie di beni immobili soggetti al procedimento di registrazione ex art. 9<sup>147</sup>. Tale opportunità diviene poi prioritaria in caso di recupero alla proprietà ecclesiale di beni culturali, storici e artistici. Sul punto, la legge è però ambigua, non offrendo soluzioni chiare in caso di beni museali acquisiti da collezioni o istituzioni culturali (art.15)<sup>148</sup>.

La legge n. 46/2006 istituisce una Direzione per la restituzione, che istruisce le procedure e decide sulle richieste di restituzione o compensazione (artt. 21 ss.). La disciplina è semplificata ma comprensibilmente rigorosa circa la

<sup>146</sup> Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, *Sluzbeni glasnik RS*, n.46/2006, a primenjavaće se počev od 1. oktobra 2006. godine. (*Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama* ("Службеном гласнику Републике Србије", a примењаваће се почев од 1. октобра 2006. године.) *Sluzbeni glasnik RS*, n. 46/2006.

<sup>147</sup> Art. 9, l. n.46/2006: «L'oggetto della restituzione dei beni immobili al momento del sequestro di proprietà di Chiesa e Comunità religiose, comprende: i terreni agricoli; foreste e terreni forestali; terreni edificabili; edifici residenziali e commerciali, o parti ideali di tali edifici; appartamenti e locali commerciali; beni mobili di importanza culturale, storica o artistica».

<sup>148</sup> Art. 15, l. n. 46/2006: «I beni mobili di importanza culturale, storica e artistica torneranno in proprietà della Chiesa o Comunità religiosa, ma vi sono riserve se questi sono parte integrante delle collezioni di musei pubblici, gallerie e altri istituti interessati, per quanto riguarda il loro ulteriore utilizzo da parte della Chiesa o Comunità religiosa (...)».

domanda che introduce il procedimento: essa deve essere corredata di tutte le informazioni sul bene e sui soggetti che ne hanno esercitato il possesso *medio tempore* (atto di esproprio, modo e tempo del sequestro; documentazione catastale) ex artt.26-27. Per la sua importanza e delicatezza, tale normativa è stata corredata da specifici regolamenti<sup>149</sup> e formulari<sup>150</sup>. Contro la decisione emessa può essere intrapreso un procedimento amministrativo (art. 32), restando tuttavia attratta alla competenza del giudice ordinario la decisione relativa al diritto di proprietà dei beni immobili, o per il caso di controversie insorte sulla restituzione di beni mobili di valore culturale, storico o artistico (art. 33).

La Direzione sulle restituzioni si è immediatamente orientata a favorire la politica di restituzione dei beni confiscati, a lungo ingessata da gravami burocratici. Prende spunto da qui un primo provvedimento di rilievo, approvato nel 2007, con cui l'organismo dava seguito alla restituzione di beni immobili alle Chiese e Comunità religiose richiedenti. Nel 2008 la Direzione elaborava una decisione intesa a fare chiarezza (anche attraverso l'interpretazione degli artt. 29 e 36 della l. n. 46/2006) sulle vicende giuridiche interessanti i beni di origine ecclesiastica. Il *memorandum* indirizzato all'autorità giudiziaria e agli enti statuali e del catasto era inteso a favorire, per quanto possibile, il più sollecito ritorno della proprietà ai legittimi titolari richiedenti ecclesiastici<sup>151</sup>.

Il legislatore serbo, accogliendo le esortazioni del Parlamento europeo<sup>152</sup>, è tornato nuovamente sulla disciplina delle restituzioni con una legge di ri-

---

<sup>149</sup> Il Regolamento sulla restituzione dei beni immobili confiscati, n. 101/2007, precisa come a tale normativa per le procedure di restituzione di proprietà a Chiese e Comunità religiose, si applichino anche le disposizioni sulla forma degli atti proprie del procedimento amministrativo (art. 3).

<sup>150</sup> Il formulario per la restituzione dei beni ecclesiastici confiscati (2007) ex art. 23 l. n. 46/2006 menziona i dati che il richiedente deve indicare nella domanda di restituzione. Si tratta di informazioni: 1. sul richiedente; 2. sul proprietario precedente ed attuale; 3. sul bene confiscato e, specificatamente, sulla base giuridica dell'avvenuto sequestro (riforma agraria; nazionalizzazione; esproprio; sequestro, ecc.).

<sup>151</sup> La Direzione, in osservanza delle sue competenze volte a restituire il «(...) diritto di proprietà e del possesso, (2) richiede la cancellazione di tutti gli oneri dei mutui e (3) impone alle autorità competenti per la registrazione dei diritti immobiliari dopo la sentenza di registrare i diritti di proprietà a favore del proprietario titolare», sollecitava tali enti pubblici – i quali hanno un obbligo d'ufficio ad osservare il divieto di legge- al rispetto, anche in caso di conoscenza puramente informale della proprietà ecclesiastica del bene oggetto della procedura, dell'art.36 l. n. 46/2006, secondo cui: «(...) non è consentita alcuna cessione di attività in base alle disposizioni di tale legge dei patrimoni sottoposti a restituzione, né la creazione di un mutuo, pegno o affitto per l'immobile, e tutte le transazioni legali e atti giuridici che sono state effettuate contravvenendo al divieto *ex lege* devono essere considerate nulle».

<sup>152</sup> *Risoluzione 2015* cit., §29: «Il Parlamento europeo (...) suggerisce altresì di modificare ulteriormente la legge in materia di restituzione per rimuovere tutti gli ostacoli procedurali e giuridici alla restituzione in natura».

sarcimento e restituzione dei beni confiscati, n. 72/2011<sup>153</sup> e n. 142/2014<sup>154</sup>. I testi novellati riepilogano i principi esposti nella precorsa legislazione<sup>155</sup> – perdendo un’occasione per alcuni opportuni emendamenti correttivi – e concentrano la disciplina relativa ai beni ecclesiastici nelle competenze ed attività svolte dall’Agenzia, in attuazione delle disposizioni di legge (art. 55).

### 9. *La legislazione scolastica e l’insegnamento dell’educazione religiosa: il vero banco di prova della «post-transizione» nel settore della formazione*

Il settore dell’educazione scolastica pubblica e, in generale, gli strumenti organizzatori volti alla formazione del cittadino, hanno rappresentato da sempre il veritiero parametro sullo stato di salute pluralista e liberale delle istituzioni jugoslave<sup>156</sup>. Non a caso le sei ex-Repubbliche, Croazia in testa, hanno provveduto a munirsi, sin dai primi anni Novanta dello scorso secolo, di impianti normativi volti ad assicurare una disciplina scolastica armonizzata agli *standard* occidentali europei, segnando nell’ambito scolastico, uno dei terreni strategici all’attuazione di politiche «post-transitorie».

Un punto d’osservazione singolare è quello relativo all’insegnamento della religione nella scuola pubblica jugoslava, laddove nelle singole Repubbliche federate si fronteggiavano modelli organizzativi risultanti dell’eredità di solidificate tradizioni culturali<sup>157</sup> e di proiezioni autoreferenziali della con-

---

<sup>153</sup> Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (Закон о враћању одузете имовине и обештећењу), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 72/2011.

<sup>154</sup> Legge sulla restituzione delle proprietà e compensazione 2013-14 (Zakon o vraćanju imovine i obeštećenju), in *Sluzbeni glasnik RS* n. 72/2011, 108/2013 i 142/2014.

<sup>155</sup> La normativa insiste, infatti, sull’applicazione estensiva della legge anche sul territorio delle Province autonome di Kosovo e Methochia (art. 65).

<sup>156</sup> Non a caso, alla pesante contropartita con cui nella Costituzione del Regno di Serbia del 1903 accettava l’inquadramento come ente di Stato, la Chiesa Ortodossa Serba incassava l’obbligatorietà dell’insegnamento dell’educazione religiosa in tutti gli istituti scolastici. Cfr. ARMANDO PITASSIO, *Stato e Chiesa in Bulgaria e Serbia tra Ottocento e Novecento. Appunti e riflessioni*, in AA.VV., *Storia religiosa di Serbia e Bulgaria* (a cura di L. Vaccaro), Centro Ambrosiano, Milano, 2008, p. 365.

Per comprendere la centralità della funzione educativa per il giurista serbo e la sua necessaria neutralità, è illuminante la disposizione scritta all’art. 38.5 della Cost. RFSJ del 1946 secondo cui: «La scuola è separata dalla Chiesa».

<sup>157</sup> Il predominante modello culturale bizantino-ortodosso, in Serbia, come in Montenegro e Macedonia, si opponeva a quello occidentale cattolico delle due regioni settentrionali (Slovenia e Croazia), mentre il modello culturale islamico caratterizzava la legislazione della Bosnia-Erzegovina. Più netto ancora il confronto tra modelli ordinamentali-politici presenti nella Jugoslavia federativa «pre-transitoria», persistendo nel blocco serbo-montenegrino una logica federalista unitaria di tipo accentratore, in armonia con il regime di autogestione socialista, a fronte delle istanze di democrazia pluralista-confederalista affioranti nelle restanti quattro Repubbliche. Sul punto, JOSIP BARICEVIC,

cezione del potere.

La caduta di Milosevic<sup>158</sup>, nell'ottobre del 2000, avrebbe rinfocolato sotto nuove condizioni il dibattito politico, mantenuto sempre ad un livello di confronto costruttivo tra politici ed intellettuali, attorno alla questione scolastica e, dopo mezzo secolo di ideologico nichilismo ateo, alla reintroduzione dell'insegnamento dell'educazione religiosa. La fase oscurantista chiudeva, così, la prolungata parentesi che aveva riconsegnato nelle mani della sola famiglia nucleare il ruolo di depositaria e, insieme, fonte della trasmissione tra generazioni della memoria storica delle tradizioni identitarie<sup>159</sup>. Dinamiche ricompositive facevano emergere i processi di de-secolarizzazione in atto nella società serba, in un intreccio con le aspettative di *revival* della Chiesa Serba Ortodossa e le ambizioni di una rediviva «Chiesa di Stato»<sup>160</sup>. Il progressismo normativo avrebbe, in seguito, ottenuto il palese riscontro della base sociale, confermato dal crescente numero di studenti, dalle scuole primarie all'università, attratti dalla conoscenza del sapere religioso<sup>161</sup>.

A seguito di tali avvenimenti, il governo belgradese, in applicazione dell'art.90.2 della Costituzione serba (1990), ha rapidamente elaborato un regolamento fondamentale per l'organizzazione dell'ora di religione e delle materie alternative nelle scuole primaria e secondaria, n.110-7221/2001<sup>162</sup>.

---

Jugoslavia, in AA.VV., *L'insegnamento scolastico della religione nella nuova Europa* (a cura di F. Pajer), ElleDiCi-Leumann, Torino, 1991, p. 374. Per un approccio tematico più attuale, MASSIMO CATTERIN, *L'insegnamento della religione nella scuola pubblica in Europa*, Marcianum Press, Venezia, 2013, *passim*.

<sup>158</sup> Il leader socialista serbo aveva mantenuto una politica ambigua, a mezza strada tra pragmatismo ateo e strumentalizzazione della questione della reintroduzione dell'insegnamento dell'educazione religiosa nella scuola pubblica. All'uscita di scena di Milosevic, il Patriarca ortodosso Pavle, in un disegno di generale riconciliazione dei popoli della regione balcanica, si era nuovamente espresso con decisione per una revisione della questione scolastica volta alla sua reintegrazione nei programmi di insegnamento, in armonia con il precetto cardine del recupero dei valori tradizionali che associavano nella «serbità», primazie etniche e religiose.

<sup>159</sup> ESAD ĆIMIĆ, *Drama ateizacije, (Commedia dell'ateismo)* Belgrado, Velka ed., 1984; ZORICA KUBURIĆ, *Religija, porodica i mladi, (La religione, la famiglia e la gioventù)*, Belgrado, Teoloski Institut, 1996.

<sup>160</sup> ZORICA KUBURIĆ – MILAN VUKOMANOVIĆ, *Religious education: the case of Serbia*, in AA.VV., *Religion and pluralism in education* (a cura di Zorica Kuburik e Christian Moe) CEIR e Kotor Network, Novi Sad, 2006, p. 108.

<sup>161</sup> L'introduzione della materia opzionale di «Diritto ecclesiale» (comprensivo del diritto ecclesiastico e canonico ortodosso) alla Facoltà di legge dell'Università statale di Belgrado, ne è la prova. SIMA AVRAMOVIĆ, *Church and State in Serbia* cit., p. 304.

<sup>162</sup> Uredbu o organizovanju i ostvarivanju verske nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi (Уредбу о организовању и остваривању верске наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи), in concomitanza con la legge sull'istruzione primaria (*Sluzbeni glasnik RS*, nn. 50/92, 53/93, 67/93 e 48/94) e la legge sulla scuola secondaria (*Sluzbeni glasnik RS*, nn. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94 e 24/96).

La normativa rappresentava un capitolo nuovo nella politica scolastica serba, tenuto conto che non offriva una panacea alle delicatissime questioni sottese al trattamento istituzionale della «cultura religiosa» come materia di insegnamento.

Problemi centrali messi in luce da tale normativa ed in costante accomodamento rimanevano, infatti: la condizione di tutela per le confessioni minoritarie, ridotte ai margini delle garanzie legali che premiavano, invece, le confessioni «istituzionali» (ortodossi, cattolici, musulmani ed ebrei)<sup>163</sup>; le modalità con cui concepire la «cultura religiosa» come materia didattica integrativa degli altri saperi (se fosse da intendere come informazione sulle religioni, in senso astratto, di tipo trans-confessionale ed inclusivo, cioè «ecumenico» e non di indottrinamento, lasciando aperta l'opzione tra un modello teologico o antropologico dell'insegnamento)<sup>164</sup>; l'apertura interdisciplinare ed inclusiva nei programmi, libri di testo e ulteriori sussidi didattici<sup>165</sup>; la preparazione pedagogico-professionale dei docenti<sup>166</sup>; più complessivamente, la garanzia di un regime ispirato da principi di laicità nel cui quadro attuare non solo un modello di complementarità flessibile tra catechesi ed insegnamento ma, soprattutto, un regime in grado di salvaguardare le differenze specifiche, in via di progressiva compressione, strette tra i battenti di una società multi-etnica e multi-confessionale<sup>167</sup>. La recente normativa si è concentrata sull'estensione degli strumenti di tutela verso gli alunni, in base all'«eguaglianza di genere», con una rielaborazione del termine di istruzione in via di completa armonizzazione con gli *standard* europei<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> A fronte di una copiosa presenza di elementi cattolici e musulmani, appare in verità residuale la componente ebraica in Serbia. Cfr. ZORICA KUBURIĆ – MILAN VUKOMANOVIĆ, *Religious education* cit., pp. 108-109.

<sup>164</sup> Nel 1999 veniva istituito a Belgrado il Centro di Studi Religiosi (CIREL), volto a promuovere nella scuola pubblica, d'intesa col Ministero dell'Educazione, modelli di educazione religiosa basati su criteri non confessionali, ma storici, teoretici e comparati. ZORICA KUBURIĆ – MILAN VUKOMANOVIĆ, *Religious education* cit., p. 113.

<sup>165</sup> ZORICA KUBURIĆ – MILAN VUKOMANOVIĆ, *Religious education* cit., pp. 115-128, propongono un'utile comparazione tra testi redatti ed utilizzati dalle tre confessioni monoteiste (ortodossi, cattolici ed islamici) e concludono registrando il carattere confessionale e teologico (nei testi ortodossi), lo spirito ecumenico (testi cattolici) e la spiccata rappresentazione identitaria ed autoreferenziale, priva di confronto con le altre fedi (testi islamici).

<sup>166</sup> ZORAN DEŠIĆ ET AL., *Pedagosko-psiholoska i metodicka priprema nastavnika verske nastave zarad u osnovnoj i srednjoj skoli: prirucnik za voditeje seminara*, (La preparazione pedagogica e psicologica e metodica degli insegnanti di educazione religiosa non è un annuncio nella scuola primaria e secondaria: guida per i seminari), Belgrado, 2005.

<sup>167</sup> JOSIP BARICEVIC, *Jugoslavia* cit., pp. 375 ss.

<sup>168</sup> In proposito, l'art. 31.1 e 31.2 della legge sulla parità dei sessi, n.104/2009, afferma: «La formazione sulla parità di genere è parte integrante della scuola materna, primaria, secondaria

Il Regolamento n.110-7221/2001 si sviluppava sulla *summa divisio* tra «Chiese tradizionali» e Comunità religiose e prevedeva l'organizzazione ed attuazione del modello di educazione religiosa o di materia alternativa da impartire agli studenti di scuole primarie e secondarie (art.1)<sup>169</sup>. La facoltà di scelta era posta in modo tale da escludere imposizioni da parte dei genitori o tutore dello studente, al quale veniva conferita facoltà di scelta concordata con i genitori (artt. 2.1 e 2.2). La legge, però, poneva in grande risalto l'importanza della scelta, giacché l'opzione formalizzava l'obbligo vincolante dell'insegnamento durante l'anno scolastico (art.3).

Appariva centrale la norma dell'art.4 per il quale: «L'educazione religiosa è organizzata e realizzata per le Chiese tradizionali e Comunità religiose della Repubblica di Serbia, indipendentemente dal numero di credenti in un territorio particolare». Si trattava di una disposizione volta ad assicurare la neutralità della scuola per un insegnamento che intendeva collocarsi in posizione di terzietà verso la popolazione scolastica, in una logica di eguaglianza di trattamento nell'offerta dell'educazione religiosa al netto da quote demografiche e dell'effettivo numero di studenti frequentanti.

Programmi e strumenti didattici erano regolati agli artt. 5-7 Il programma di insegnamento, così come la scelta dei libri di testo e il materiale didattico integrativo, era soggetto al principio di accordo tra Stato e Chiesa, accettando il Ministero dell'Istruzione le proposte avanzate dalle autorità confessionali (artt. 5.2 e 7.1). Sia che si trattasse di religione o di corsi alternativi a questa, i regolamenti scolastici avrebbero comunque assegnato a tale materia di insegnamento un'ora settimanale (art. 10).

Differenziata risultava, poi, la disciplina sui docenti (artt. 8 e 9). Per i docenti di religione valeva il criterio della scelta concordata tra le Parti, riguardo al tipo di qualifica e all'individuazione degli insegnanti, da precisare per ogni singolo anno scolastico. Per i secondi, al preside era riservata la facoltà di scelta residuando al Ministero l'indicazione del tipo di qualifica (art. 9). Tutti i docenti erano indistintamente considerati dipendenti pubblici e, quindi, retribuiti dallo Stato (art. 8.5).

---

e dell'istruzione superiore, nonché di apprendimento continuo. Nel *curriculum* si favorisce la formazione sulla parità di genere, al fine di superare i ruoli in base al sesso, e per una liberazione dagli stereotipi e pregiudizi basati sul genere».

<sup>169</sup> La valenza storica della legge riposa nel fatto che ancora nel dibattito legislativo di quei giorni, animato da propositi di riforma scolastica di tipo multicultural, il governo aveva optato per una linea politica pragmatica tradizionalista, in favore di un modello di insegnamento di stampo confessionale, ispirato al riconoscimento delle Comunità religiose «storiche». Vedi ZORICA KUBURIĆ – MILAN VUKOMANOVIĆ, *Religious education* cit., p. 112; ALEKSANDRA BRKIĆ, *Veroučitelji spremni da drže dnevnik (Insegnanti di religione disposti a tenere un diario)* in *Politika*, 3 dicembre 2000.

La disciplina del 2001 stabiliva anche i criteri e le modalità di valutazione degli studenti, rispondenti anch'essi ad una logica di consensualità tra le Parti (art. 11.3) e puntualizzava che «la valutazione sulla formazione religiosa o sui corsi alternativi non influenza il rendimento complessivo dello studente» (art. 11.2).

Il criterio di cooperazione tra Stato e Chiesa veniva quindi attuato diffusamente e riguardava, oltre agli aspetti organizzativi, anche la funzione di vigilanza e controllo sulla realizzazione dei programmi delegata al Ministero (art. 12). L'art. 12, in proposito, precisava con una norma-quadro la delega di una specifica funzione di organizzazione e realizzazione dell'educazione religiosa ad un Comitato di nomina governativa, a composizione rappresentativa mista di cui facevano parte «un rappresentante delle Chiese tradizionali e Comunità religiose e tre rappresentanti dei Ministeri dell'Istruzione e degli Affari religiosi» (art. 14). Questa normativa era destinata non solo a ricomporre il dibattito aperto sul modello confessionista o pluralista intavolato tra movimenti tradizionalisti prossimi agli ambienti del Patriarcato Serbo Ortodosso e organizzazioni progressiste (tra gli altri, *Yougoslav Committee of Lawiers for Human Rights* e *Forum Iuris*), ma a fungere da battistrada legislativo in prospettiva sperimentale. Il clima di confronto sarebbe servito ad impostare la successiva legge di modifica ed emendamento della normativa sulla scuola superiore, n. 22/2002 e la legge n. 23/2002 sui criteri di approvazione concordata tra Stato e Chiesa<sup>170</sup>.

La supposta incostituzionalità per contrasto all'art.41.2 Cost. avanzata da intellettuali appartenenti a settori critici della legge giudicata favoritiva delle Comunità religiose tradizionali, sollecitò una pronuncia della Corte Costituzionale serba (24 giugno 2003), la quale tuttavia confermò la regolamentazione governativa (con sent. 4 novembre 2003)<sup>171</sup>. Va osservato che il legislatore ha concepito tale materia in modo fluido così da rendere elastica la categoria settenaria delle Chiese «tradizionali», alla quale è stata aggiunta

<sup>170</sup> Tale normativa rielaborava cinque profili in tema di educazione religiosa: programmi (art. 3); libri di testo (art. 4); principio di opzionalità (art.6); valore delle materie (art. 10); docenti (art. 11).

<sup>171</sup> «*Veronauka*», Danas online, 5 novembre 2003. Sito on line: <http://www.danas.co.yu/20031105/frontpage1.html>; SNEZANA JOKSIMOVIĆ, *Verska nastava i gradjansko vaspitanje u skolama u Srbiji, (L'educazione religiosa e l'educazione civica nelle scuole in Serbia)* Belgrado, 2003. Osserva MILAN VUKOMANOVIĆ, *The Serbian Orthodox Church* cit., p. 242, che la decisione confermativa della costituzionalità del regolamento governativo adottata dalla Corte Costituzionale esercitò un notevole sostegno alla linea «pragmatica» abbracciata dal governo allora guidato da Zoran Djindjić. L'A., correttamente, la considera come una «symbolic deflection» dal precedente regime ma con l'intento di consolidare un'unità nazionale (carpendo il consenso di una Chiesa ortodossa serba irritata dall'estradizione di Milosevic al Tribunale di Le Hague) su valori, ossia sulla compenetrazione tra opzione filo-europeista e valori tradizionali.

nel 2005 la Chiesa Ortodossa di Romania.

Un ulteriore decisivo passo in chiave riformista dei modelli di insegnamento religioso nel settore della scuola pubblica si è compiuto con la legge sull'istruzione primaria (2007)<sup>172</sup> sotto la spinta propulsiva dell'art.71 Cost.2006. La normativa si propone di appianare gli eventuali ostacoli all'offerta formativa introducendo un criterio di inclusione linguistica inteso a riconoscere validità e attuazione ai programmi e *curricula* in lingua madre, serba e nel bilinguismo (art.5). Questo modello scolastico «aperto» prevede anche l'ingresso di programmi didattici flessibili, includenti elementi propri della cultura nazionale (art.5.5). Si tratta di un orientamento di estremo interesse, tenuto conto dell'importanza che la lingua esercita nella cultura orientale slava, quale profondo fattore identitario coesivo nazionale<sup>173</sup>, ma anche come elemento di supporto alle politiche di tutela delle minoranze<sup>174</sup>. Domina il principio dell'accordo tra le Parti (Chiese «tradizionali» e Comunità religiose, da un lato, e Ministeri della Pubblica Istruzione e per le Religioni, dall'altro): si riflette sul *curriculum* dell'insegnamento di educazione religiosa (art. 20.1); sui libri di testo e materiali didattici (art. 23); sui criteri di valutazione degli studenti (art. 48.4). In linea con l'orientamento di cooperazione nel modello di educazione religiosa condiviso, è istituito un Comitato per l'armonizzazione delle proposte avanzate dalle confessioni e soggette al parere ministeriale (art. 20.2). In questo quadro di dialogo restano fermi i criteri dell'obbligatorietà dell'opzione, una volta maturata (art. 22.4) e dell'irrelevanza della valutazione sul livello di apprendimento della materia di religione nel complessivo rendimento scolastico dello studente (art. 48.4).

Un passo definitivo per il consolidamento degli *standard* normativi europei è stato recentemente compiuto con il varo della legge sulla scuola materna, elementare e media e sul sistema educativo, n. 55/2013<sup>175</sup>. Il testo conferma i tas-

---

<sup>172</sup> Zakon o osnovnoj školi (Закон о основној школи), in *Sluzbeni glasnik RS*, nn. 50/92, 53/93, 67/93, 48/94, 66/94.

<sup>173</sup> TATJANA KRIZMAN MACEV, *La fine di uno Stato e di una lingua: linguisti e scrittori di fronte alla dissoluzione della Jugoslavia*, in *Dopo la pioggia* cit., pp. 313-315, parla, senza retorica, di una vera fascinazione nazional-linguistica, e di una «mitopoietica» base di possibili esasperazioni nazionaliste. In tal senso, esemplare la proposta di legge croata per la costituzione di un Ufficio statale per la lingua croata (1995).

<sup>174</sup> Cfr. la Carta europea per le lingue regionali e minoritarie. GIOVANNI CARLO BRUNO, *Il principio di preminenza del diritto nell'esperienza del Consiglio d'Europa: l'attività della Commissione «Democrazia attraverso il diritto» riguardo ai Paesi della nuova Europa*, in *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale* cit., p. 133.

<sup>175</sup> Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja (Закон о основама система образовања и васпитања), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 55/2013.



selli normativi via via ordinati e recuperati nella precorsa disciplina scolastica -si pensi al riconoscimento della lingua originaria e «madre» per i membri delle minoranze nazionali (art. 9) – ma li intride letteralmente di un’atmosfera di neoumanesimo in cui si ha difficoltà a distinguere i precetti giuridici ed etici, essendo l’attività del sistema di istruzione interamente concepita su tali direttrici.

L’art.3 espone, infatti, i principi generali della nuova scuola della Repubblica serba: diritto di accesso senza discriminazioni, anche di tipo religioso (art. 3.1); alta qualità dell’offerta formativa (art. 3.2); riferimento a parametri etici di tolleranza e convivenza civile (art. 3.3); metodologia neutra ed aperta nell’educazione (art.3.4)<sup>176</sup>. Gli obiettivi perseguiti dalla legge sono quindi l’ottenimento di una crescita degli studenti entro valori propri di un modello sociale democratico (art. 4.5) e lo sviluppo di una coscienza solidale (art.4.12). Ripercorrendo il menzionato art.3, la legge associa in un quadro unitario valori etici nel doppio parametro laico-statuale e filosofico-morale, dando empito alla dimensione dell’identità serba, attraverso la tutela delle tradizioni patrie e della lingua nazionale (artt. 4.13, 14 e 15)<sup>177</sup>.

L’importanza attribuita a questi criteri-primi è sottolineata dalla singolarità della loro anteposizione alle norme di natura costituzionale ex art.6, che enuncia il diritto all’istruzione quale appannaggio assoluto e senza discriminazioni per «tutti», ossia per i cittadini serbi, come gli stranieri e gli apolidi (art.6, ult.co.)<sup>178</sup>.

Una sezione della legge del 2013, dedicata al miglioramento della qualità

---

<sup>176</sup> L. n. 55/2013, art. 3: «Il sistema di istruzione deve essere garantito a tutti i bambini, studenti e adulti: 1) pari diritto e l’accesso all’istruzione senza discriminazione per motivi di genere, sociale, culturale, etnico, religioso o (...), condizioni finanziarie o di salute, difficoltà e disturbi nello sviluppo e disabilità, così come altri motivi; (...) 3) l’istruzione in un’istituzione democratica (...) favorisce l’apertura, la cooperazione, la tolleranza, la consapevolezza culturale e di civiltà, l’impegno per i valori morali fondamentali, della giustizia, verità, solidarietà, libertà, correttezza e responsabilità, con cui garantire il pieno rispetto dei diritti degli studenti minori e adulti».

<sup>177</sup> L. n.55/2013, art. 4.13 – 15: «Gli obiettivi della formazione sono: (...) 13) lo sviluppo delle competenze per il ruolo di un cittadino responsabile, alla vita democraticamente organizzata e della società umana basata sul rispetto dei diritti umani e civili, il diritto alla diversità e la cura per gli altri, così come i valori fondamentali della giustizia, della verità, della libertà, l’onestà e la responsabilità personale; 14) la formazione di atteggiamenti, credenze e sistemi di valori, lo sviluppo dell’identità personale e nazionale, la sensibilizzazione verso il sentimento di appartenenza allo Stato della Serbia, promuovendo il rispetto per la lingua, le tradizioni e la cultura del popolo serbo, delle minoranze nazionali e delle comunità etniche (...), sviluppando il multiculturalismo, il rispetto e la conservazione del patrimonio culturale nazionale e mondiale; 15) lo sviluppo e il rispetto per la differenza razziale, etnica, culturale, linguistica, religiosa, di genere, sesso ed età, ed il rispetto per l’uguaglianza e la tolleranza».

<sup>178</sup> L. n. 55/2013, art. 6.1 e 2: «Ogni persona ha diritto all’istruzione. I cittadini della Repubblica di Serbia sono uguali nell’esercizio dei loro diritti all’istruzione, indipendentemente dal sesso, razza, nazionalità, religione o lingua, background sociale e culturale, condizione economica, età, costituzione fisica e mentale, disturbi nello sviluppo e la disabilità, appartenenza politica (...)».

dell'istruzione, disciplina il Consiglio Nazionale per l'Istruzione, organo di elezione parlamentare. Dei quarantatré membri componenti, alle confessioni religiose è assegnato un esponente delle differenti «Chiese tradizionali» e Comunità religiose, oltre alla Chiesa Ortodossa Serba, «desunti dalla lista dei candidati presentata congiuntamente» dalle confessioni rappresentate (artt. 13.8 e 13.9). Analogo criterio vale per i membri delle minoranze nazionali (art. 13.10).

Un secondo aspetto caratteristico della legge n. 55/2013 risiede nell'afflato europeistico attraverso il quale vengono rilette norme precorse. Un apparato normativo piuttosto altisonante, inteso ad accorciare le distanze che ancora si antepongono alla sospirata annessione della Serbia all'UE, trova riscontro nell'art. 14, che illustra le competenze del Consiglio Nazionale per l'Istruzione. L'ente è chiamato a «(...) monitorare e analizzare lo stato dell'istruzione a tutti i livelli di loro competenza e la conformità del sistema di istruzione con i principi e i valori europei» (art. 14.1). In questo quadro, l'ente dovrà stabilire, tra l'altro, gli *standard* di qualità sui libri di testo e il materiale didattico (art. 14.1, 5) e rendere «raccomandazioni volte alla formazione e all'aggiornamento degli insegnanti, educatori e collaboratori professionali del Consiglio responsabile per le questioni di sviluppo dell'istruzione superiore» (art. 14.1, 9).

Un rinvio agli *standard* europei è ancor più chiaramente espresso nella norma sul Consiglio Nazionale per l'Istruzione e Formazione Professionale che, ex art.16: «provvede a monitorare e analizzare lo stato dell'istruzione di sua competenza, la sua conformità con i principi e i valori europei e propone misure per il suo miglioramento», così come per l'Istituto per la Valutazione di Istruzione di Qualità, deputato al «monitoraggio della conformità del sistema di valutazione e di garanzia della qualità dei sistemi di istruzione, con la valutazione e la garanzia della qualità dell'istruzione dei Paesi europei» (art. 22.7).

Il tono enfatico della legge concorre con una certa ripetitività nell'esposizione dei principi-chiave e sulla superfetazione di nozioni giuridiche che – è il caso del divieto di discriminazione (ex art. 44)<sup>179</sup> – appaiono già ampiamente tutelate da altre normative alle quali sarebbe forse stato sufficiente

---

<sup>179</sup> Art. 44: «L'istituzione (scolastica) vieta attività che minacciano, sminuiscono, discriminano o isolano persone o gruppi di persone per motivi di razza, nazionalità, etnia, lingua, religione (...), e ne vieta l'incitamento o il non aver impedito tali attività, così come altri motivi stabiliti dalla legge, che prescrivono il divieto di discriminazione (...). I criteri dettagliati per l'individuazione di forme di discriminazione da parte di un dipendente, studente o di terzi presso l'istituto, sono prescritti congiuntamente dal Ministro e dall'autorità competente per la preparazione dei regolamenti in materia di diritti umani e delle minoranze».

collegarsi per rinvio formale. Potrà rivelarsi un proficuo strumento di integrazione degli studenti la previsione di un Consiglio dei genitori, nel quale viene garantita la rappresentatività in via proporzionale delle minoranze etniche (art.58.2)<sup>180</sup>.

Conformemente al principio di consensualità l'art. 121 prescrive che i criteri dettati per la formazione dei docenti di religione siano concordati tra il Ministero per l'Istruzione e le Chiese e Comunità «tradizionali» (art. 121.11). La decisione ultima nei casi non conformi, conseguenti alle circostanze di riassetto dei confini territoriali nei nuovi Stati dei Balcani occidentali, resterebbe nelle mani del Ministero<sup>181</sup>.

Il governo serbo ha poi stipulato con la Chiesa cattolica un Accordo sulla collaborazione nell'insegnamento superiore, il 12 gennaio 2015<sup>182</sup>. La convenzione, che pur nella sua asciutta sintesi permette di ricollocare la Serbia tra le ex-Repubbliche jugoslave a normativa avanzata<sup>183</sup> nel panorama pattizio confessionale, fissa le coordinate minime, ma essenziali, per intavolare un'azione di coordinamento e cooperazione tra le Parti (art.2), con la promozione di contatti diretti (art.3) in prospettiva di impegni reciproci futuri e a lungo termine, da sviluppare a mezzo di protocolli addizionali incidenti anche sulle condizioni organizzative e finanziarie (art.4). Alla laconicità dell'Accordo<sup>184</sup> si contrappone la volontà di attribuire il massimo risalto all'impegno pattizio, tanto da incorniciare la regola *pacta sunt servanda*<sup>185</sup> nell'ottica dello «spazio comune europeo» sulla base della Convenzione di Lisbona (1997) e del Processo di Bologna (Preambolo e art. 5).

<sup>180</sup> Art. 58.2: «In un istituto frequentato da studenti appartenenti ad una minoranza nazionale o un gruppo etnico il consiglio dei genitori e dei rappresentanti delle minoranze nazionali e gruppi etnici deve essere composto in proporzioni tali da riflettere tali quote».

<sup>181</sup> La norma si riferisce alla formazione *de facto* resistente nella Repubblica del Montenegro: «Quando la formazione acquisita in una delle repubbliche della ex Jugoslavia al 27 aprile 1992, o in Montenegro fino al 16 giugno 2006, non corrisponde al tipo di educazione che è prescritto in conformità con l'articolo 121, punto 11 della presente legge il ministro, previo parere del competente istituto di istruzione superiore, determina se il docente è idoneo per il tipo di prestazioni richieste agli insegnanti, educatori, collaboratori professionali» (art. 121.12).

<sup>182</sup> In *Acta Apostolicae Sedis*, 107 (2015), pp. 369-372.

<sup>183</sup> Accordi Stato-Chiesa sul tema dell'insegnamento della religione nella scuola pubblica, nella regione danubiano-balcanica, sono: l'Accordo su questioni economiche e tributarie con l'Albania (3 dicembre 2007); il Basic-agreement con la Bosnia-Erzegovina (19 aprile 2006); l'Accordo sulla collaborazione in campo educativo e culturale con la Croazia (19 dicembre 1996).

<sup>184</sup> Si confronti, all'opposto, l'accurata disciplina di dettaglio con cui è formulato l'omologo Accordo sull'educazione e istruzione cattolica con la Repubblica di Slovacchia (13 maggio 2004), in JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati dal 2000 al 2009*, LEV, CdV, 2010, pp. 284 ss.

<sup>185</sup> Vedi anche, analogamente, il Preambolo all'Accordo con la Francia sul riconoscimento dei titoli di studio (2008), in JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati dal 2000* cit., p. 76.

10. *La libertà di associazione e di assemblea e l'ordine pubblico nella nuova Serbia*

Tra le questioni in grado di contribuire più incisivamente alla svolta democratica delle istituzioni politiche nazionali sta l'ampiezza di libertà riconosciuta all'associazionismo, posto che la condizione prioritaria alla costituzione di un'associazione è la garanzia della libertà statutaria, ossia dell'autonomia organizzazione interna, nella piena indipendenza da ingerenze autoritarie e prassi «poliziesche» da parte dello Stato<sup>186</sup>.

È quindi comprensibile la cura dell'ordinamento giuridico nel porre paletti il più possibile distanti da misure liberticide o gravami autoritari, ma altrettanto efficaci nello scongiurare, anticipandole, le derive distorsive dell'ordine pubblico e i rischi di destabilizzazione dell'autorità costituita. Simili rilievi acquistano una concreta profondità se calati nell'esperienza storica di cui la Serbia è esemplare monito: eventi che hanno concorso a maturare nel governante una radicale avversione e diffidenza verso atteggiamenti di tipo ideologico di generico incitamento alla diseguaglianza, o espressioni esasperate di odio verso ogni forma di «diversità». La Cost. del 2006 enuncia la libertà di assemblea e di associazione agli artt.54 e 55 ed in entrambe i casi pone una clausola limite nel rispetto dei superiori valori fondativi dello Stato<sup>187</sup>.

La legge sulle associazioni, n.51/2009<sup>188</sup>, nel vietare le associazioni segrete e paramilitari (art.2.4) traccia una nozione giuridica «estesa» di associazione, la cui libertà è finalizzata a «proteggere e migliorare obiettivi comuni e interessi generali, che non siano vietati dalla Costituzione o dalle leggi» (art. 2.1)<sup>189</sup> e nei quali si riconoscono gruppi di persone intesi a riunirsi in «partiti politici, sindacati, associazioni Chiese e Comunità religiose» (art. 2.2). Tanto centrale è il precetto sulla legalità degli scopi associativi, da essere ribadito, in formula positiva, nell'art.3, secondo cui: «Gli obiettivi e le operazioni di

---

<sup>186</sup> FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* (aggiornato da A. Bettetini e G. Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2009<sup>10</sup>, p. 212.

<sup>187</sup> Cost. serba 2006, art. 54: «Citizens may assemble freely. Assembly held indoors shall not be subjected to permission or registering. Gathering, demonstrations and other forms of assembly held outdoors shall be reported to the State body, in accordance with the law. Freedom of assembly may be restricted by the law only if necessary to protect public health, morals, rights of others or the security of the Republic of Serbia».

<sup>188</sup> Cost. serba 2006, art. 55.1: «Freedom of political, union and any other form of association shall be guaranteed, as well as the right to stay out of any association».

<sup>188</sup> Zakon o udruženjima (Закон о удружењима), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 51/2009.

<sup>189</sup> L'art. 59 della l.51/2009 stabilisce anche la disciplina per il riconoscimento di organizzazioni straniere non governative e non-profit, operanti sul territorio della Serbia.

associazioni non possono essere diretti al rovesciamento violento dell'ordine costituzionale e alla violazione dell'integrità territoriale della Repubblica di Serbia, alla violazione dei diritti umani o delle minoranze garantiti, o all'incitamento alla disuguaglianza, all'odio e all'intolleranza per motivi razziali, etnici, religiosi (...)»<sup>190</sup>.

Assolte queste condizioni fondamentali, tra le quali resta fermo il nome in lingua serba o cirillica dell'associazione (ex art. 13.1), lo Stato abbraccia una politica di favore verso l'iniziativa promossa dall'associazionismo privato, qualora persegua programmi meritevoli del sostegno pubblico e qualificabili di «interesse pubblico», destinando fondi del bilancio per promuoverne, anche *in toto*, l'attuazione (art. 38.1). In tal senso la legge n. 51/2009 considera come programmi sovvenzionabili le attività dirette alla «protezione sociale, dei veterani di guerra (...), degli sfollati interni e rifugiati dal Kosovo». In coerenza con tale prospettiva vanno altresì ricordate «(...) la tutela e la promozione dei diritti umani e delle minoranze, l'istruzione, la scienza, la cultura, l'informazione, la tutela dell'ambiente, (...) la lotta contro la corruzione, così come i programmi umanitari e altri (...)».

Su pressoché identiche coordinate si sviluppa la disciplina della legge sulle fondazioni n. 99/2011<sup>191</sup> che, una volta circoscritti i fini perseguiti entro parametri di legittimità costituzionale (art.2.2), ne sottolinea i contenuti delle attività «(...) finalizzate alla promozione e protezione dei diritti umani, civili e delle minoranze, alla promozione dei valori democratici, all'integrazione europea e alla comprensione internazionale (...)»<sup>192</sup> e riferibili soggettivamente ad un «determinato gruppo di persone appartenenti ad una particolare area geografica» (art. 3.2).

La legge, a scanso di interpretazioni erranee sull'ampiezza dei diritti concessi ai soggetti potenzialmente operanti come centri di interesse, anche politico, e provvisti di basi economiche al raggiungimento dei loro scopi, sancisce che obiettivi e attività delle fondazioni «non possono essere concentrati sulla realizzazione degli interessi particolari dei partiti politici» (art.6.2). Così, come per le associazioni, inoltre, è fatto rigoroso divieto di ogni attività

---

<sup>190</sup> Vedasi anche artt. 50 e 51 l.51/2009, sulla procedura avviata con ricorso del P.M. e volta a vietare un'associazione.

<sup>191</sup> Zakon o zadužbinama i fondacijama (Закон о задужбинама и темеље), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 88/2010 e 99/2011.

<sup>192</sup> La legge n.99/2011 non ha ad oggetto specifico le fondazioni con scopo di culto, anche se dall'art.3.1 se ne può desumere il richiamo implicito. Anche altre norme, sulle disposizioni testamentarie volte alla costituzione di fondazioni (artt. 13 e 44) non sembra traccino una disciplina sulle fondazioni di culto di tipo fiduciario.

in contrasto con i principi democratici e l'ordine costituzionale (art.6.1)<sup>193</sup>.

I criteri normativi sono quelli civilistici riguardo all'atto di fondazione e allo statuto, con le informazioni intese alla visibilità della fondazione (art. 10) e alla sua base patrimoniale (art. 12), nonché alle regole di registrazione (artt. 24 ss.) e ai casi di cessazione (artt. 51 ss.). È ribadito l'immane precetto identitario dell'uso della lingua serba e il cirillico nella registrazione del nome della fondazione, acconsentendo all'ulteriore traduzione nella lingua e scrittura della minoranza nazionale (art.17.6).

Restando in ambito di libertà di organizzazione dei cittadini, una garanzia preliminare alle leggi ora esaminate è quella della libertà di aggregazione. La legge sui raduni cittadini, n.101/2005<sup>194</sup> costituisce il preludio logico poggiante su quella libertà primaria di riunione dei cittadini, che in certo modo ha la capacità di includerne molte altre, non ultima, quella di libera espressione<sup>195</sup>.

Armonizzato con i criteri già precedentemente esposti per associazioni e fondazioni, riaffiora il complesso di vincoli e divieti all'esercizio del diritto di riunirsi in assemblea pubblica quando tale aggregazione sia volta «alla trasformazione forzata dell'ordine costituzionale, alla violazione dell'integrità territoriale e dell'indipendenza della Repubblica di Serbia, alla violazione dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino, alla provocazione e all'incitamento a forme di intolleranza e di odio nazionale, razziale e religioso (...)» (art. 9.1)<sup>196</sup>.

Di palmare evidenza il fatto che, in circostanze nelle quali si ammetta l'accessibilità a luoghi pubblici per la «raccolta di persone il cui numero e identità non sono predeterminati (...)» (art.2.2) l'esigenza di garantire l'ordine pubblico -ma il legislatore serbo adotta una nozione allargata di ipotesi di minaccia, estesa dal pericolo alla salute pubblica, alla moralità pubblica, fino ad abbracciare la sicurezza di persone e cose- divenga esigenza prioritaria. Le ordinarie misure precauzionali del caso (preventiva domanda di auto-

---

<sup>193</sup> Art. 6.1, l. n. 99/2001: «Obiettivi e funzionamento delle fondazioni non devono essere in contrasto con il sistema legale, e, in particolare, non devono essere dirette al rovesciamento violento dell'ordine costituzionale e alla violazione dell'integrità territoriale della Serbia, alla violazione dei diritti umani o delle minoranze, o all'incitamento alla disuguaglianza, all'odio e all'intolleranza sulla base di differenza razziale, etnica, religiosa o altra (...)». Il criterio è esteso alle fondazioni straniere operanti in Serbia (art. 56).

<sup>194</sup> Zakon o okupljanju građana (Закон о окупљању грађана), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.101/2005.

<sup>195</sup> MILA ORLIC, *Dal post-comunismo al post-jugoslavismo*, in *Dopo la pioggia* cit., p. 176.

<sup>196</sup> Altri casi di divieto collegato ad esigenze di ordine pubblico sono stati relegati in un art. 11.1, per il quale: «L'autorità competente può vietare un'assemblea pubblica al fine di evitare (...) la minaccia per la salute pubblica, la moralità pubblica o la sicurezza delle persone e dei beni».

rizzazione al Ministero degli Interni e facoltà di opporre il divieto da parte della pubblica autorità, o anche l'interruzione della riunione autorizzata, in base alle circostanze del caso, ex artt. 9, 12, 14 e 15), sono tutte rivolte ad assicurare il rispetto dell'ordine pubblico.

La tendenza generalmente assunta dalla legislazione serba più recente in materia di libertà, anche religiosa, rispetto ai limiti imposti da esigenze di ordine pubblico, sembra rispecchiare le nuove relazioni giuridiche intercorrenti tra i cittadini, singoli e gruppi, titolari nella libertà di culto di diritti costituzionalmente garantiti e non comprimibili con mezzi preventivi. Questa opzione liberal-democratica appare esaurientemente riassunta nell'art. 2 della legge sull'ordine pubblico, n. 101/2005, così come pervenuta nel testo più volte emendato<sup>197</sup>, secondo cui: «L'ordine pubblico (...), è a fondamento delle relazioni reciproche dei cittadini ed informa il comportamento in un luogo pubblico (...) al fine di garantire parità di condizioni per l'esercizio del diritto dei cittadini alla sicurezza personale, la pace e la tranquillità, la vita privata, la libertà di movimento, la conservazione della moralità pubblica e della dignità umana e dei diritti dei minori alla protezione».

#### 11. *La legislazione sulla famiglia. I principi di solidarietà e non discriminazione nella legge sulla gioventù (2011) e nelle norme sui diritti civili*

Collante sociale e radice del diritto consuetudinario arcaico diffusa estensivamente tra i popoli degli «Slavi del sud», la famiglia, nella sua connotazione patriarcale e tribale, è il simbolo della società contadina serba. Sul diritto di famiglia hanno ramificato tutti gli istituti civili legati, in forma diretta o strumentale, al concetto di «comunità familiare» o *zadruga*, per i molteplici collegamenti stretti al suo interno, tra i quali, la proprietà fondiaria entro cui si sviluppavano i vincoli parentali<sup>198</sup>.

<sup>197</sup> Zakon o javnom redu i miru (Закон о јавном реду и миру), in *Službeni glasnik RS*, nn. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 85/2005, 101/2005.

<sup>198</sup> L'arcaico istituto della *zadruga* (nelle due forme di *zadruga obitelje* e *zadruga brace*, ossia comunità fraterne), è assai noto ai giuristi slavi, essendo diffuso non solo tra croati, serbi e montenegrini, ma anche nel nord della Polonia e Russia. Cfr. GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., pp. 25-27; CARLO SFORZA, *Jugoslavia*, Rizzoli, Milano, 1948, pp. 16-18; MASSIMO GUIDETTI, *Sguardo sulla storia jugoslava XIX-XX secolo*, in AA.VV., *La Serbia, la guerra l'Europa* (a cura di N. Stipčević) Jaca Book, Milano, 1999, p. 38; GORDANA KOVAČEK STANIĆ, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo*, (lavoro riassunto dall'A. nell'articolo *Multicultural Vojvodina: influences on formation and dissolution of marriage*), Novi Sad, 2009. Vedi anche gli interessanti studi di VALTASAR BOGIŠIĆ, *Materiali delle risposte dall'inchiesta nella Slavia meridionale*, e ID., *Lettera sulla raccolta delle consuetudini giuridiche*, in AA.VV., PAUL H. STAHL – MASSIMO GUIDETTI, *Le radici dell'Europa*.

Il diritto di famiglia è il letto fluviale di regole ancestrali, oggetto di un deposito normativo canonico gelosamente custodito tanto dal giurista quanto dalla gerarchia ortodossa per le valenze socio-identitarie in esso sigillate. Questa centralità lo ha reso oggetto di torsioni istituzionali, nell'assegnazione di competenze giurisdizionali e normative, tra centro e periferia dell'ordinamento giuridico jugoslavo dell'ultimo settantennio. Solo negli anni Ottanta dello scorso secolo, tuttavia, le singole Repubbliche jugoslave si sono appropriate di una legislazione nazionale che si sarebbe sovrapposta, corrodendone la vigenza, alla legge fondamentale sul matrimonio (*Osnovni zakon o braku*, del 3 aprile 1946)<sup>199</sup>. Il legislatore titino, in verità, rispolverando le aspirazioni temporaliste del suo predecessore serbo ottocentesco, favorevole ad un impianto puramente civile del vincolo di coniugio, aveva già laicizzato radicalmente la disciplina matrimoniale: la citata legge del 1946 chiariva una volta per tutte l'atteggiamento non privilegiario dello Stato verso l'ortodossia; soprattutto, intendendo degradare il fattore religioso alla stretta sfera della coscienza individuale, costringeva ai margini disciplinari il matrimonio religioso, ora privato, sulla scia di un'incondizionata ammirazione per gli schemi giuridici del pensiero sovietico, di effetti giuridici civili e a mala pena tollerato<sup>200</sup>. Un primo segnale di cambiamento di rotta avviene a seguito di un emendamento al Codice penale, nel 1995, volto alla depenalizzazione della condotta del ministro di culto che avesse unito in matrimonio i nubenti preventivamente alla celebrazione del rito civile<sup>201</sup>.

Il nuovo corso libertario post-socialista ha voltato pagina anche nella rilettura del capitolo dedicato alla società nucleare di base. La monumentale legge sulla famiglia, n.18/2005<sup>202</sup> tratta dei soggetti della famiglia e ne declina le relazioni personali e patrimoniali, ma ribalta la prospettiva con cui il legislatore socialista, nel rapporto singolo individuo-Stato, assegnava a quest'ultimo la posizione autoritaria, e ne sovverte i punti di forza in termini di protezione. In tal senso la legge anticipa la Cost. del 2006 che all'art.66.1 afferma: «Families, mothers, single parents and any child in the Republic of

---

*Il dibattito ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, Jaca Book, Milano, 1979, pp.59 ss.

<sup>199</sup> GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., pp. 176 ss. La Serbia avrebbe varato un proprio diritto di famiglia, sollecitata dalle soluzioni introdotte con la Cost. del 1963 (art. 161.2) e da successivi emendamenti costituzionali (del 1971), nonché da leggi federali, solo nel 1980, con una Legge unitaria sul diritto di famiglia (*Zakon o braku i povodnicnim odnosime*, Закон о браку и поводничним односиме, in *Službeni glasnik SRS*, n.23/1980).

<sup>200</sup> Per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sul diritto di famiglia nell'età socialista jugoslava, GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., pp. 178 ss. e p. 179, n. 34.

<sup>201</sup> SIMA AVRAMOVIC, *Church and State in Serbia* cit., p. 307.

<sup>202</sup> Porodični zakon (Закон о породици), in *Službeni glasnik RS*, n. 18/2005.



Serbia shall enjoy special protection in the Republic of Serbia in accordance with the law». Più precisamente, la legge del 2005 subito afferma, all'art.2.1: «La famiglia gode della speciale protezione dello Stato», così promuovendo una tutela «rafforzata»<sup>203</sup> dei componenti del matrimonio da parte di uno Stato-istituzione dai tratti giurisdizionalisti. La formula assume la valenza di archetipo normativo assicurando, quando ne ricorrano le circostanze, un intervento pubblico nella relazione tipicamente privata della famiglia, sino a prefigurare uno «Stato-protettore» legittimato ad irrompere nell'intimità dell'ordine familiare a sua stessa tutela<sup>204</sup>.

La legge n.18/2005 è l'esempio di una disciplina in cui motivi vecchi e nuovi vengono a raccogliersi ed integrarsi entro mutate prospettive di fondo. La modernità della legge risiede nel notevole apparato di norme garantiste contro la violenza domestica (artt.1 e 197 ss.); così come, affiancato ai concetti tradizionali di matrimonio e famiglia, che il legislatore armonizza tra loro (artt.2 e 3), fa ingresso quello delle unioni di fatto, definite come «comunità permanenti di vita» tra persone parificate ai «diritti e responsabilità dei coniugi» (artt.1.1 e 1.2)<sup>205</sup>. Per altro verso, la tradizione riemerge prorompente -rievocando la precettistica ortodossa- nell'affermazione dell'esclusività del modello di coppia eterosessuale che l'art.3.1 lapidariamente descrive come «unione di vita legalmente regolata di una donna e di un uomo». Una condizione, questa, ribadita nella disciplina sulla conclusione del matrimonio, all'atto della dichiarazione di volontà di unirsi come marito e moglie (art.15) e il cui difetto viene classificato tra le cause di nullità del vincolo (art.31)<sup>206</sup>.

Echi tradizionali (l'uso della lingua madre quale diritto dei genitori all'at-

<sup>203</sup> L'espressione ricorre con frequenza, con diversa intensità ed in diversi contesti, ancora agli artt.: 5.2: «Madre e figlio godono di speciale protezione da parte dello Stato»; 6.2, 6.3 e 6.6: «Lo Stato adotta tutte le misure necessarie per proteggere il bambino da negligenza, abuso fisico, sessuale ed emotivo e da ogni forma di sfruttamento; lo Stato ha l'obbligo di rispettare, proteggere e promuovere i diritti del bambino (...); lo Stato ha l'obbligo di fornire protezione in una famiglia al bambino senza cure parentali, quando possibile».

<sup>12.1</sup>: «(...) ai sensi della presente legge, si istituisce un'autorità di tutela del *Welfare* con lo scopo di proteggere e tutelare la famiglia»; 14.1 e 14.2: «La vigilanza sul lavoro dell'autorità di tutela è competenza del ministero responsabile per la protezione della famiglia; il ministero responsabile per la protezione della famiglia effettua la supervisione del lavoro professionale di tutela».

<sup>204</sup> La Legge sulla discriminazione, n.22/2009, art.22.1 tutela i bambini facendo espresso divieto dell'esercizio di qualsiasi forma di discriminazione nel contesto della famiglia e nelle condizioni extra-coniugali.

<sup>205</sup> Si tratta di un importante temperamento del precetto costantemente ribadito dalla gerarchia ortodossa, sul divieto di qualsiasi forma di convivenza, e di nuovo espresso al Concilio di Creta (19-26 giugno 2016). Cfr. *Il Regno. Attualità*, 10 (2016), p.266.

<sup>206</sup> Art.31, l. n.18/2005: «Il matrimonio è nullo se concluso tra due persone dello stesso sesso». Si veda GORDANA KOVAČEK STANIĆ, *Porodično pravo* cit., p.1.

to di registrazione del nome del bambino, ex art.344.2) e innovazione si incrociano nella disciplina sul diritto dei genitori all'educazione del nato, ora improntata al recupero, al fianco dei valori etici e nazionali (art.70), della convinzioni religiose (art.71.2)<sup>207</sup>.

È singolare osservare le sovrapposizioni possibili tra fonti normative civili e confessionali: il Documento sulle regole di nozze della Chiesa Ortodossa serba, firmato dal patriarca Varnava nel 1933 e revisionato dal Santo Sinodo nel 1994<sup>208</sup> richiama in varie occasioni le norme civili applicabili nei rapporti di famiglia. Riguardo ai diritti-doveri verso i figli la normativa non solo richiama i genitori all'obbligo di «battezzare i loro figli nella fede ortodossa» (art.74.2, 1) ma anche quello di «dare loro il buon esempio di vita cristiana, di rispetto per la tradizione rituale ortodossa e per le leggi e l'autorità della Chiesa Ortodossa» (art.74.2, 5). Risuonano potenti i segni di un panslavismo intriso di valori etici e di una moralità compenetrata nella condotta quotidiana, attraverso il risveglio del culto per la tradizione che è nazionalità, cultura, religione, riversati nel nucleo centrale ed intangibile della società serba. Per chiarire la sintonia tra «legge di Cesare e legge di Dio», basterà rammentare l'art.1 delle Regole di nozze, secondo cui: «Un matrimonio ortodosso è il sacramento mediante il quale due persone di sesso diverso, secondo le modalità prescritte dalla Chiesa (§ 2), condividono una vita spirituale e un'unione fisica, nel progetto di una vita comunitaria inteso alla nascita e all'educazione dei figli». Tale armonizzazione recupera i tradizionali tratti sinfonici nella disciplina della dissoluzione del matrimonio. Diversamente dai canoni cattolici, è noto, il matrimonio ortodosso ammette il divorzio ed è previsto, in simili evenienze, l'inserimento del certificato del divorzio civile tra i documenti utili al tribunale diocesano per comprimere i tempi processuali. Qui la dottrina ravvisa una applicazione al modello sinfonico del peculiare principio del diritto canonico ortodosso che individua nell'*economia* uno strumento di aggiornamento pratico del diritto ecclesiale<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> L. n.18/2005, artt.70: «I genitori hanno il diritto e il dovere di educare il bambino a sviluppare un rapporto di amore, fiducia e rispetto reciproco, e di indirizzarlo verso la comprensione e il rispetto per il valore di identità emotiva, etica e nazionale della famiglia e della società». Art. 71.2: «I genitori hanno il diritto di assicurare al bambino una formazione in conformità con le loro convinzioni religiose ed etiche».

<sup>208</sup> Testo reperibile al sito on-line: [licodu.cois.it](http://licodu.cois.it).

<sup>209</sup> ASTRID KAPTIJN, *Divorce et remariage dans l'Eglise Orthodoxe*, in *Folia Canonica*, 2 (1999), pp.105 ss. Per ulteriori approfondimenti sull'applicazione, vera o presunta, del principio della *oikonomia-akribia* al divorzio, si veda ancora ASTRID KAPTIJN, *Matrimonio e divorzio nel diritto della Chiesa Ortodossa*, in *Daimon*, 2 (2002), Il Mulino, Bologna, pp.101 ss. e NATALE LODA, *Norme e riti nel matrimonio ortodosso*, in *Ult.loc.cit.*, pp.85-100; PIERRE L'HUILLIER, *L'indissolubilità du mariage dans le droit et la pratique orthodoxe*, in *Studia Canonica*, 21 (1987) Giuffrè Milano, pp.250 ss.; KEVIN

Del duplice carattere del vincolo coniugale, sacramentale e necessariamente eterosessuale, enunciato dal dettato canonico, prende infatti atto la vigente legislazione civile, che recupera la peculiarità della tradizione giuridica serba e ne rimarca i tratti specifici: il riconoscimento di validità al solo matrimonio religioso ortodosso è infatti un notevole elemento di differenza con la legislazione matrimoniale vigente nella regione autonoma della Voivodina<sup>210</sup>. L'intervenuta Cost. del 2006, art. 62, ha tuttavia ricollocato l'istituto matrimoniale in una posizione più marcatamente laica, non tanto per l'affermato principio della parità tra sposi (la natura eterosessuale del vincolo uomo-donna depone, lo si sottolinea nuovamente, per una chiara devozione del legislatore ai precetti del clero ortodosso), quanto per l'equiparazione operata tra matrimonio ed unioni di fatto<sup>211</sup>.

Un ulteriore decisivo passo verso prospettive di pari opportunità e non discriminazione volte a recuperare i modelli liberali in voga in Europa, può cogliersi nella legge sulla parità dei sessi, n.104/2009<sup>212</sup>, in applicazione dell'art.15, Cost.2006, secondo cui: «The State shall guarantee the equality of women and men and develop equal opportunities policy». La disciplina intende offrire un corredo di tutele per la «parità di partecipazione di donne e uomini in tutte le sfere del settore pubblico e privato, in conformità con le norme generalmente accettate del diritto internazionale, dei trattati internazionali ratificati, della Costituzione della Repubblica di Serbia (in prosieguo: la Costituzione) e delle leggi, e sono tutti tenuti a rispettarle», considerando che condizioni discriminatorie delle pari opportunità, intese come violazione, riduzione o negazione dei relativi diritti di libertà, possono manifestarsi nelle più diverse circostanze dedotte da «settori politici, economici, sociali, culturali, civili, familiari, ecc.» (art. 4) mentre per «pari opportunità» vanno intese le condizioni che costituiscono il «(...) rispetto e la realizzazione dei diritti umani basate sul genere in tutti i settori della vita sociale e la possibilità di utilizzare i risultati derivanti dallo sviluppo della società» (art. 10.4).

Nell'ambito dei rapporti di famiglia, nel prescrivere l'equivalenza dei principi qui esposti verso coniugi o partner nei rapporti extraconiugali (art.

---

SCHEMBRI, *Oikonomía, divorce and remarriage in the eastern Orthodox Tradition*, Kanonika, Pont. Ist. Orientale, Roma, 2017.

<sup>210</sup> Vi si riconoscevano, infatti, solo effetti al matrimonio civile. Vedasi GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli cit.*, p. 175 e n. 24.

<sup>211</sup> Cost. serba 2006, Art. 62.5: «Extramarital community shall be equal with marriage, in accordance with the law». Qui lo «strappo» del legislatore laico con la tradizione ortodossa è evidente, data l'inammissibilità di unioni che non siano benedette e sacralizzate nel rito.

<sup>212</sup> Zakon o ravnopravnosti polova (Закон о равноправности полова), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 104/2009.

27), la legge dichiara l'eguaglianza di tutti i componenti del nucleo familiare nella protezione da forme di violenza in famiglia (art. 29.1) ed afferma che le pubbliche autorità sono investite di una essenziale funzione di carattere educativo e di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, intesa a prevenire tali fenomeni (art. 29.3).

Viene così a delinearci nella Serbia attuale un panorama normativo che, anche nell'ambito della famiglia e del matrimonio, è il frutto del concorso costruttivo di differenti sensibilità, di esigenze conciliative tra passato e futuro.

Istanze libertarie di solidarietà e non discriminazione si fondono insieme. Ma quei medesimi principi, così naturali nei legami propri del consorzio familiare, sembrano oggi estendersi altrettanto felicemente a contesti sociali allargati, incidendo, ora, sul rapporto di volontariato, ora, sulla parità di genere o sulla progettualità con cui immaginare in modo propositivo il futuro della gioventù.

Principi solidaristici, ormai consolidati nella legislazione comunitaria europea, sono attualmente declinati nelle norme lavoristiche ed assistenziali: la legge sul lavoro, n.75/2014<sup>213</sup> sottopone i vincoli di responsabilità derivanti dal lavoro dipendente alle leggi nazionali «in conformità con le convenzioni internazionali ratificate» (art.1). Da parte sua, la legge sull'assicurazione sociale obbligatoria, n.68/2014<sup>214</sup> include tra i contribuenti per le coperture finanziarie assicurative, come categoria giuridica autonoma, i sacerdoti e funzionari religiosi (ex artt. 6.13, 7.11 e 8.10). Riguardo ai criteri per la quantificazione della base retributiva di cui i religiosi hanno diritto, l'art.26 ne fissa i criteri (natura del servizio svolto; livello di istruzione; anni di servizio) sulla base del principio di cooperazione Chiesa-Stato, rinviando ad ulteriori «criteri contenuti nel diritto delle Chiese e Comunità religiose di appartenenza». In ottica di *favor religionis*, sarà però l'Autorità delle Entrate a determinare l'imposizione su sacerdoti e religiosi che percepiscano nel loro impiego somme forfettarie (artt.58 e 59). Per i rapporti di lavoro «indipendenti» i contributi pensionistici ed assicurativi di sacerdoti e religiosi potranno essere liquidati dagli enti pubblici «organi di autogoverno locale, autonomie territoriali, Repubblica di Serbia» (art.64 bis).

---

<sup>213</sup> Zakon o radu (Закон о раду у), in *Sluzbeni glasnik RS*, nn. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

<sup>214</sup> Zakon o porezima na imovinu (Закон о порез на имовину), in *Sluzbeni glasnik RS*, nn. 26/2001, "Sl. list SRJ", br. 42/2002 - odluka SUS i "Sl. glasnik RS", n. 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 - odluka US, 47/2013 i 68/2014.

La legge sull'assistenza sanitaria n.93/2014<sup>215</sup> afferma il diritto di «ogni cittadino serbo all'assistenza sanitaria (...) e il dovere di proteggerne e migliorarne (le condizioni di) salute» (art.3) e include nel lungo elenco delle categorie tutelate i «monaci» (art.11.6) a fianco delle «vittime della tratta di esseri umani» (art.11.13). Per altro verso, le istituzioni umanitarie e religiose sono inquadrare tra le organizzazioni deputate ad erogare i servizi sanitari (art.4) nel quadro territoriale delle regioni autonome, comuni e città (art.13).

Partecipazione e solidarietà sono le direttive dei sei principi (ex artt.19-25) su cui si sviluppa la l. n.93/2014. Si tratta di criteri di buona organizzazione del servizio di assistenza, esplicitati nel principio di accesso alle cure sanitarie (art.19); di universalità assistenziale (art.21) e di continuità (art.22); del principio di miglioramento costante della qualità ed efficienza nell'assistenza medica (artt.23 e 24). La legge fonde insieme la garanzia assistenziale con il rispetto dell'identità culturale del malato, in una prospettiva che assimila i valori, anche di fede, di cui il paziente è portatore, tra equità soggettiva e promozione dei diritti umani (artt.20 e 25)<sup>216</sup>.

Il legislatore di Belgrado ha indubbiamente intrapreso con decisione una strada nuova, in cui i diritti soggettivi pubblici e privati del cittadino sono corroborati da garanzie e da istanze democratiche ispirate all'effettività dello Stato di diritto.

La legge sul volontariato, n.36/2010<sup>217</sup> riassume i principi solidaristici e antidiscriminatori già esaminati, sotto la prospettiva di attività benefiche verso i bisognosi, erogate da soggetti e istituzioni extrastatali. Il volontariato, in quanto attività di alto interesse pubblico generale e senza scopo di lucro (art.1) è così inteso come espressione di un contributo filantropico orientato ad edificare, «con la partecipazione attiva dei cittadini ai processi sociali» una società democratica «più umana ed equa, volta a migliorare la qualità di vita dei cittadini» (art.5). Da questo principio-guida ad elevata esposizione etica si originano le restanti norme di non discriminazione; di protezione dei beneficiari del volontariato; del divieto di abuso sugli stessi; della pro-

---

<sup>215</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Закон о здравственој заштити), in *Sluzbeni glasnik RS*, nn. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014.

<sup>216</sup> Art.20, l. n. 93/2014: «Il principio di equità nell'assistenza sanitaria è ottenuto vietando la discriminazione nell'erogazione di assistenza sanitaria, sulla base di razza, sesso, età, nazionalità, origine sociale, religione, opinione politica o di altro (...)».

Art.25: «Ogni cittadino ha il diritto all'assistenza sanitaria ed è esercitato nel rispetto dei più alti standard possibili di diritti e valori umani, e ha diritto all'integrità e alla sicurezza della personalità fisica e psicologica, nonché all'apprezzamento delle sue convinzioni morali, culturali, religiose e filosofiche».

<sup>217</sup> Zakon o volontiranju (Закон о волонтирање), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 36/2010.

tezione dei volontari minorenni; della gratuità dell'impegno (artt.6-9). La legge fissa diritti e doveri di quanti sono impegnati nel volontariato e nelle organizzazioni erogatrici del servizio. Tali entità sono tenute a conservare un registro che descrive programmi, attività, organizzazione interna, compresi i criteri di formazione professionale del personale volontario (art.28). Data la delicatezza dell'attività, lo Stato esercita un'azione di vigilanza e stretto controllo amministrativo volto a verificare il rispetto dei principi orientativi, sotto pena di rigorose sanzioni pecuniarie (art.32).

Il più rimarchevole ed incoraggiante segnale innovativo della legislazione «post-transitoria» serba va rintracciato nella legge sulla gioventù e sul fattore religioso, n.20/2011<sup>218</sup>. In coincidenza temporale con la produzione normativa dell'omologo parlamento bosniaco, estensore di una legge sui giovani (2010)<sup>219</sup>, il legislatore serbo ha incorniciato le politiche giovanili tra gli obiettivi generali di una ambiziosa strategia nazionale (art.2) nella previsione di un decennio sperimentale (art.11) con un significativo impegno finanziario a carico del bilancio dello Stato (artt.12 e 20-26). La caratterizzazione della legge è nella proiezione futura della società serba, attraverso la formazione e la cultura democratica delle nuove generazioni. L'espressione «educazione informale»<sup>220</sup> dei giovani sembra cogliere l'emancipazione desiderata e a lungo vincolata da catene storiche e da ancoraggi culturali che hanno segnato il tratto accomunante e tragico del destino dei popoli degli «Slavi del sud», lungo il corso del «Secolo breve».

In una società complessa ed aperta, ai giovani serbi è garantito il principio di eguaglianza e non discriminazione, anche per motivi di «razza (...) nazionalità, credo religioso (...)» (art.5) ed il principio di pari opportunità (art.6) nella libera partecipazione alla vita sociale «secondo le proprie scelte e capacità».

Questo complesso di tutele si rivolge a destinatari-attori, partecipi di una crescita di valori cui tutti contribuiscono con responsabilità: il volontariato ne costituisce lo strumento operativo, mentre la solidarietà ne connota il sentimento di unione e di vincolo tra generazioni e storia (art.9) così come

---

<sup>218</sup> Zakon o mladima (Закон о младима), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 50/2011.

<sup>219</sup> FABIO VECCHI, *La Bosnia Erzegovina post-Dayton, emblema balcanico di una transizione costituzionale sine die, e la libertà religiosa*, in *Diritto e Religioni*, 2015/2, L.Pellegrini, Cosenza, pp.369-370.

<sup>220</sup> Art.3.5, l. n.50/2011: «l'educazione non formale dei giovani è un insieme di attività didattiche personalizzate non previste dal sistema di istruzione formale, in base alle esigenze e gli interessi dei giovani, (favorenti il) processo di apprendimento e la promozione dei valori democratici, attraverso i quali acquisire le competenze necessarie per lo sviluppo personale potenziale, la partecipazione attiva nella società (...)».

tra membri di minoranze etniche. La strategia sui giovani si edifica così su coordinate spazio-temporali per sostenere valori di democrazia (art.10) ed attuare, attraverso una Agenzia per la gioventù, programmi conformi al tracciato dell'Unione Europea (art.19). Fedele agli enunciati, la legge prevede forme articolate di organizzazione dei giovani serbi, intese ad incentivare l'incontro: associazioni informali (l'Associazione della Gioventù, art.13) e federazioni che ne raggruppano le minori frazioni aggregative (art.14) saranno monitorate dal Ministero della gioventù (art.15) che, a livello centrale, dialogherà con un Consiglio ed organi territoriali periferici rappresentativi dei giovani.

## 12. *La cultura, la libertà di informazione e i valori confessionali*

Cultura, fruibilità del sapere e libertà di comunicazione del pensiero e della parola sono, in diversa misura, strumenti di sviluppo delle istanze civili di una società libera. La legge sui beni culturali, n.99/2011<sup>221</sup>, che emenda una più datata normativa n.71/1994, afferma che i beni culturali godono di una «protezione speciale» (art.2.1), rispondendo la loro tutela ad un interesse pubblico di ordine generale. Si tratta di una prospettiva che rievoca, volendone promuovere una riparazione quanto meno simbolica, la memoria di *vulnus* e irreparabili distruzioni di vestigia e luoghi della storia e dello spirito facenti parte di una comune appartenenza<sup>222</sup>.

La legge, tuttavia, propone un tracciato logico per molti versi singolare: da un lato, uniformandosi al dettato costituzionale sulla neutralità confessionale, non menziona mai esplicitamente i beni culturali di interesse religioso, pur operando un costante rinvio a manufatti e siti delle tradizioni e storia nazionali (spec. i monumenti ed edifici, ex art.19; le aree archeologiche ex art.21; o le tombe commemorative o i cimiteri, ex art.22; o, infine, il materiale dei fondi d'archivio, ex art.24); dall'altro, secondo l'art.2.2, introduce una tipologia per categorie dei beni culturali (beni culturali *tout-court* e beni culturali «di grande importanza»), ritrovandosi in questa sottospecie un potente richiamo nazionalista, corroborato dal valore testimoniale dei luoghi, delle vicende storiche, di personaggi significativi nell'epica nazionale (artt.

---

<sup>221</sup> Zakon o kulturnim dobrima (Закон о културним добрима), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 99/2011.

<sup>222</sup> ROBERTO MOROZZO DELLA ROCCA, *Le religioni e la dissoluzione della Jugoslavia*, in *Dopo la pioggia* cit., p.481; LUANA ZANELLA (a cura), *L'altra guerra del Kosovo. Il patrimonio della Chiesa Serbo-ortodossa da salvare*, Casadeilibri, Padova, 2006.

5.1, 1 e 2)<sup>223</sup>. La legge prescrive un regime pubblicitario, con l'iscrizione del bene nel registro dei beni culturali, che è pubblico (art. 6) e stabilisce, una volta soddisfatte le condizioni volte a identificare il bene, una procedura di registrazione attenta alla tipologia del manufatto (art. 59 ss.) e ne disciplina l'attività di protezione e tutela (artt. 65 ss.).

Maggiori approfondimenti ed articolazioni normative (non esclusa l'opportunità di stipulare specifiche intese tecniche tra lo Stato e le singole confessioni religiose), avrebbe meritato il complesso dei rapporti giuridici, ed obblighi, cui deve sottoporsi il proprietario dei beni culturali. Ciò emerge non solo dalle disposizioni che impongono al proprietario l'attuazione di misure di prevenzione e mantenimento del bene ed i comprensibili limiti di utilizzo e disposizione dello stesso (art.32), ma anche dalla norma che, in conformità alle regole proprie degli edifici di culto monumentali, fa obbligo al proprietario di «assicurare la pubblica fruibilità» del bene culturale (art.31.4). Questa primazia del valore funzionale del bene culturale sul titolo di proprietà risalta, a maggior ragione, nei casi in cui il manufatto facente parte di una collezione o di un complesso museale, venga richiesto per attività di visualizzazione in mostre, posto che l'art. 35 fa chiaro «obbligo» al proprietario di cedere il bene culturale, con la possibilità, in caso di rifiuto, di incorrere, su iniziativa dell'organizzatore, in un procedimento «non contenzioso» volto al trasferimento forzoso del bene ai fini espositivi (art. 35.2).

Le smagliature, poco comprensibili, di tale normativa la cui stesura resta, nel complesso, di buona fattura, si attenuano, invece, circa e la legge sulle attività bibliotecarie informative, n. 52/2011<sup>224</sup>, la quale riporta alla luce le variegature culturali di un patrimonio confessionale ingentissimo. Ci basti la suddivisione della tipologia delle biblioteche in cinque ordini: scolastiche (art.50); di istruzione superiore, universitarie, di enti di ricerca (art.51) e biblioteche speciali (art.53). Anche qui il legislatore ha proposto una traccia, ma poteva fare di più: l'art.53, infatti, più che una norma, è un decalogo che, sul principio di cooperazione tra biblioteche pubbliche e private (incluse le religiose), definisce *status* organizzativo, impegno dei fondi librari, attività, strutturazione in un sistema bibliotecario unificato. La portata di questa di-

---

<sup>223</sup> Art.5, l. n. 99/2011: «Bene culturale di grande importanza è quello che ha una delle seguenti caratteristiche: 1) particolare importanza per lo sviluppo sociale, storico e culturale della storia della nazione, e per lo sviluppo del suo ambiente naturale; 2) testimonia le vicende storiche cruciali (...) nella storia nazionale (...)».

<sup>224</sup> Zakon o bibliotečko-informacionoj delatnosti (Закон о библиотеци-информације о активностима), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.52/2011.



sciplina, insomma, suggerisce quanto sarebbe auspicabile una legge specifica o l'elaborazione di intese tematiche con le confessioni religiose interessate.

Ancora qualche riflessione. Il legislatore ha inquadrato la disciplina delle biblioteche e l'attività di informazione come «interesse generale» pubblico, trattandosi di strumenti volti «all'esercizio dei diritti dei cittadini alla libertà di espressione e l'acquisizione e l'uso della conoscenza» (art.2.2) in un più complessivo diritto ad esercitare in modo pieno la «libertà intellettuale» (art.2.3). Uno dei passaggi più indicativi del mutamento ideologico «post-transitorio» della storia recente si ricava dagli art.5 e 6, laddove la legge crea una fusione di valori culturali-culturali: la biblioteca è, infatti, «centro dello sviluppo della società» in quanto «essenziale per lo sviluppo dell'istruzione, della scienza e della cultura, la guida dello sviluppo complessivo della società civile libera e democratica (...) fornendo a tutti i cittadini il godimento dei diritti umani nel campo della libertà di espressione, creatività, opera intellettuale e altre libertà civili» (artt.5.1 e 5.2). Ma questa formazione attinge ovunque, nell'equivalenza di ogni fonte del sapere, cosicché alla biblioteca partecipano fonti di tipo «(...) spirituale, intellettuale, letterario, artistico, scientifico, professionale o qualsiasi altro contenuto destinato alla comunicazione tra le persone, per lo scambio di idee e il progresso della conoscenza» (art.6.1) e divenendo ineludibile, in funzione di ciò, una politica di accessioni librarie senza preclusioni, nel rispetto delle più disparate «esigenze religiose e linguistiche delle minoranze e degli utenti nazionali» (art.6.3).

La valenza coesiva del sapere si traduce anche in uno strumento di potente riaggregazione politica, un reagente agli indipendentismi irrisolti. In tal senso la legge riafferma in più passaggi l'idea della centralità delle istituzioni bibliotecarie e della cooperazione stretta in unico sistema nella Repubblica serba<sup>225</sup>.

Se è legittimo ritenere la cultura e la libertà di informazione come due architravi della libertà di pensiero e di espressione, la Serbia ha segnato giganteschi progressi in ordine alla loro affermazione nei quotidiani e nei *network* radiotelevisivi<sup>226</sup>. È stata ben colta la singolare sovrapposizione tra il fenomeno di smembramento dello Stato Federale Jugoslavo e i mezzi di telecomunicazione in esso operanti: l'andamento disgregativo e ricompo-

---

<sup>225</sup> La notazione riguarda la Biblioteca Nazionale Universitaria «Ivo Andric», in Kosovo e Methochia, integrata al sistema bibliotecario informatico della Repubblica di Serbia (art.9.2) e finanziata dal governo centrale (art.28.2). Analoghe osservazioni valgono per i servizi bibliotecari in Vojvodina (artt.22.3 e 31.2).

<sup>226</sup> LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., pp.187-189.

sitivo delle strutture si è riprodotto specularmente nelle due dimensioni, politica e comunicativa. Il sistema che né è sortito si è caratterizzato per l'alto tasso confusionale in cui ogni ex-Repubblica ha teso a recuperare frazioni dell'originario spazio comune di radio-emittenza, conservando in tal modo i bacini di utenza le cui porzioni si sono distinte nettamente per etnia, nazionalità e fede confessionale<sup>227</sup>. Nonostante l'apparizione sulla scena di questa nuova giungla mediatica, la Serbia ha posto mano con decisione ad una prima e molto discussa legge sull'accesso libero all'informazione (2009). Le riserve sull'uso effettivamente democratico dei mezzi di informazione, ossia su una regolamentazione della materia che desse risposte credibili al rischio -frequente nelle società mediatiche- di realizzare reti di controllo e manipolazione delle masse attraverso la costruzione a tavolino delle opinioni politiche, sembrano essere tacitate dalla recente legge sull'informazione pubblica e i *media*, n.83/2014<sup>228</sup>. È questo un altro dei settori di immediato interesse per l'azione di riforma, su cui il Parlamento europeo ha espresso chiaramente al legislatore di Belgrado l'incoraggiamento ad agire senza indugi<sup>229</sup>. La disciplina insiste sul valore di garanzia istituzionale espressa dal corretto impiego del servizio pubblico ed elegge la tutela del pluralismo dei media (artt.3.2; art.6; artt.133 e 139) a criterio ispiratore e condizione essenziale della democraticità nelle mani del cd. «quarto potere»<sup>230</sup>. Diritti umani, minoranze nazionali e tutela dell'identità nella triplice dimensione etnia-nazionalità-religione, cui la lingua accede naturalmente come strumento di trasmissione dei valori condivisi, fanno da cornice alla legge. Scopo perseguito è la tutela del diritto all'informazione pubblica attraverso i *media*, il cui fine è quello di «promuovere i valori di una società democratica, nella prevenzione dei conflitti e nel mantenimento della pace» (art.2).

---

<sup>227</sup> EVA BAJAŠEVIĆ, *Troppo tardi. Il potere dei mass media nella ex Jugoslavia (1989-2011)*, in *Dopo la pioggia* cit., pp.351 e 354.

<sup>228</sup> *Zakon o javnom informisanju i medijima* (Закон о јавним информацијама и медијима), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.83/2014.

<sup>229</sup> *Risoluzione 2015* cit., §28: «Il Parlamento europeo accoglie con favore l'adozione della legge sulla pubblica informazione e i media, della legge sui media elettronici e della legge sul servizio pubblico di radiodiffusione e chiede una loro immediata attuazione; (...) manifesta preoccupazione per il deterioramento delle condizioni del pieno esercizio della libertà di espressione in Serbia e sottolinea la necessità di una completa trasparenza in tema di proprietà dei mezzi di comunicazione; (...) ribadisce l'importanza della libertà dei media come uno dei valori fondamentali dell'Unione europea (...)».

<sup>230</sup> La fioritura di media indipendenti di orientamento democratico è stata il segno della transizione. FRANCESCA VANONI, *Il lungo '89 dei Balcani occidentali*, in *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p.140. Vedasi anche EMILIANO BOS, *I media in Jugoslavia nel dopo-Milošević. La transizione difficile tra voglia di indipendenza e vuoti legislativi*, in *Problemi dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 4/2001 pp. 461-476,

La libertà dell'informazione pubblica è intesa come *genus* da cui derivano altre importanti libertà che attuano strumentalmente l'esigenza di informazione (art. 3.1)<sup>231</sup>.

L'informazione pubblica «è libera e non soggetta a censura» (art. 4.1) così come sono tutelati da ogni strumento di discriminazione (o pressione politica) basati sull'impegno politico o credo personale, quanti operano professionalmente, a tutti i livelli, in tale settore (art. 4.2).

Criterio all'altezza degli *standard* europei, è quello della tutela del pluralismo dei *media* e del divieto del monopolio (artt. 6.1 e 6.2)<sup>232</sup> o di posizioni di dominio<sup>233</sup> in grado di minacciare il pluralismo.

Esplicito rinvio ai criteri del diritto internazionale ispirati al rispetto dei diritti umani e delle minoranze, è quello che informa le regole ermeneutiche (art. 14.2)<sup>234</sup>. La tutela del diritto delle minoranze all'informazione, che conferma la tutela linguistica e dei fattori culturali propri, è sostenuta da strumenti di finanziamento pubblico (art. 13)<sup>235</sup>. La legge sottolinea la natura di interesse pubblico tributata all'attività di informazione (art. 15) giacché in essa riposano le garanzie dei diritti legati alla conservazione della propria identità (artt. 15.2 e 15.4) non meno che gli strumenti utili a coltivare un sentimento diffuso e condiviso sui diritti umani, la democrazia e lo Stato legale e sociale (art. 15.7). È dunque evidente che l'interesse pubblico si deve arrestare lì dove esprime la sua massima resa: nella sfera pubblica dell'informazione. Il principio di democrazia e pluralismo impone, infatti, che lo Stato eserciti funzioni di controllo nei servizi pubblici a livello nazionale e

---

<sup>231</sup> Art.3.1, l. n.83/2014: «Questa legge governa il modo di esercitare la libertà di informazione pubblica che include in particolare la libertà di raccogliere, pubblicare e ricevere informazioni, la libertà di stabilimento e l'espressione di idee e opinioni, la libertà di stampa e distribuzione di giornali e la libertà di produzione di servizi audio e audio visual media, la libertà di diffusione di informazioni e idee su Internet e altre piattaforme, come pure la libertà di pubblicazione multimediale e di svolgere attività di informazione pubblica».

<sup>232</sup> Artt.6.1 e 6.2, l. n.83/2014: «Per consentire ai cittadini di formare la propria opinione sui fatti, eventi e personalità, fornisce una varietà di fonti di informazioni e contenuti multimediali. Per la tutela della concorrenza e la diversità di idee e opinioni, è vietata qualsiasi forma di monopolio nel settore dell'informazione pubblica».

<sup>233</sup> Cfr. art.45, l. n.83/2014 che vieta le concentrazioni editoriali che superino il 35 per cento della quota pubblica.

<sup>234</sup> Art.14.2, l. n.83/2014: «Le disposizioni della presente legge devono essere interpretate e applicate in conformità con le norme generalmente accettate del diritto internazionale, per gli attuali *standard* internazionali dei diritti umani e delle minoranze, così come la pratica delle istituzioni internazionali che vigilano sulla loro attuazione».

<sup>235</sup> Art.13, l. n.83/2014: «Al fine di facilitare l'esercizio dei diritti delle minoranze nazionali alle informazioni nella propria lingua e praticare la propria cultura e identità, la Repubblica di Serbia, provincia autonoma, o governo locale fornisce i fondi, attraverso il cofinanziamento, o altre condizioni (...)».

locale, compresi i territori delle Province autonome di Kosovo e Methochia (artt. 16.1 e 16.2)<sup>236</sup>.

La P.A. ha precisi compiti di prevenzione in caso di *fumus* lesivo del principio di pluralismo informativo (art. 47)<sup>237</sup>. Anche non ricorrendo rischi di monopolio antidemocratico, tuttavia, la legge prescrive misure di intervento promosse *ex officio* da parte dell'autorità giudiziaria (P.M.), compresa la confisca editoriale (art. 60) e il divieto temporaneo di distribuzione degli stampati (art.61), ove si ravvisino attività anticostituzionali o lesive delle libertà, tra cui quella di religione (art. 59)<sup>238</sup>.

Tale fondamentale norma si riconnette al complesso dei precetti intesi a governare i contenuti informativi, coinvolgendo in ciò in primo luogo gli operatori dell'informazione: in tal senso si leggono l'art. 75, sul divieto dell'incitamento all'odio<sup>239</sup> e la tutela dei minori ex art. 77<sup>240</sup>. A bilanciamento di tali norme di deterrenza, l'art. 76 introduce l'esclusione di responsabilità, qualora manchi l'intenzione lesiva e l'informazione risponda a criteri di oggettività ed i fatti resi rispondano a scopi di denuncia o di critica equidistante.

---

<sup>236</sup> Art.13, l. n.83/2014: «La Repubblica di Serbia ha un interesse pubblico nel campo della sola informazione pubblica».

<sup>237</sup> L'art.47.3 della l. n.83/2014 prescrive al Ministero la messa in guardia degli editori (e la prova a loro carico entro sei mesi) dell'avvenuta eliminazione della causa del pericolo potenziale gravante sul pluralismo dei *media*.

<sup>238</sup> Art. 13, l. n.83/2014: «Su proposta del Pubblico Ministero, il giudice competente può vietare la pubblicazione di informazioni o altri contenuti multimediali (di seguito denominate informazioni) se ciò è necessario (a tutelare) una società democratica e se l'informazione si riferisce a: 1) un atto di destabilizzazione violenta dell'ordine costituzionale; 2) un atto di violenza diretta contro una persona o un gruppo in base a razza, nazionalità, appartenenza politica, religione, orientamento sessuale, disabilità o altre caratteristiche personali, e la pubblicazione di informazioni può provocare gravi e irreparabili conseguenze che non possono essere evitate con altri mezzi».

<sup>239</sup> Art.75, l. n.83/2014: «Idee, opinioni o informazioni, da pubblicare nei media per non incitare la discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di persone o gruppi di persone a causa della loro appartenenza ad una determinata razza, religione, nazionalità».

<sup>240</sup> Art.77, l. n.83/2014: «Al fine di proteggere il libero sviluppo della personalità dei minori, in particolare si dovrebbe prestare attenzione al contenuto dei mezzi di comunicazione e (controllare che) le modalità di distribuzione dei supporti non pregiudichino lo sviluppo morale, intellettuale, emotivo e sociale dei minori».

13. *Lo spazio confessionale nello Stato amministrativo e fiscale. L'Ombudsman «potenziato» in Serbia*

Si è già potuto appurare nelle pagine scorse l'interesse dello Stato a riconoscere e garantire uno spazio di rappresentatività civile, politica e amministrativa ai cittadini<sup>241</sup> identificati dall'incrocio dei criteri della «razza, nazionalità o religione». Ciò risponde ad un dato tradizionale della legislazione amministrativa jugoslava, orientata ai principi di legalità, tutela dei diritti e dell'interesse pubblico, attinti dalla sensibilità giuridica di tradizione germanica e, specialmente, austriaca<sup>242</sup>.

Si tratta di una dimensione «multipolare» in cui sorge in capo alla P.A. un dovere specifico di predisposizione di vie, mezzi, condizioni o procedure atte a favorire per i cittadini-credenti l'erogazione del servizio religioso o, in generale, il contatto con esso. Di volta in volta si tratterà di riferirsi alle modalità di attuazione pratica dei diritti di libertà del cittadino (riunione, libero pensiero, ecc.) o all'esercizio dei riti e delle ricorrenze di precetto (cfr. la legge sulle festività civili e religiose, 2011) o, ancora, al corredo di presidi rispondenti allo *status* di fedele nelle «comunità separate» (in proposito, si vedano gli Accordi per i fedeli impegnati nelle forze armate, siglati nel 2011 con tutte le Chiese e Comunità religiose più rappresentative) o al più adeguato modello organizzativo per promuovere il fatto religioso in organismi funzionali (è il caso dell'educazione religiosa nelle scuole statali) o ne coltivi le valenze come vestigia storico-culturali di natura mista (è il caso della tutela e valorizzazione dei beni culturali di interesse religioso): attività nelle quali frequentemente lo Stato interviene con intento tutorio, garantista o promozionale, ossia con provvedimenti di finanziamento pubblico, in cui la P.A. assolve un ruolo attuativo essenziale<sup>243</sup>.

Essendo la cornice giuridica di tale profilo oggetto di trattazione diffusa in queste pagine, mi limiterò qui solo ad integrare il tema, richiamando a titolo d'esempio, la legislazione cimiteriale, per gli spazi che l'amministrazione locale tende oggi a concedere in forme significative al fattore religio-

---

<sup>241</sup> Il principio dell'adeguata rappresentanza nel settore pubblico è rinvenibile all'art.77.2 Cost. Serbia-Montenegro 2006. FRANCESCO PALERMO – JENS WOELK, *L'indipendenza della Magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani Occidentali*, p.213 n.38.

<sup>242</sup> Tali caratteri si ritrovano nella Legge sulla procedura amministrativa generale (1956), ma risalgono alla precedente legge del 1930, ispirata dall'ancor più risalente legge austriaca sull'amministrazione del 1925. Così, ROBERTO SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo nei Balcani e metodologia comparatistica*, in AA.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p.274.

<sup>243</sup> ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1993, pp.353 ss.

so. Già una legge sui cimiteri emendata n.101/2005<sup>244</sup>, prevedeva all'art.7 il libero esercizio di pratiche religiose nel rito funebre, conferendo margini ancora più larghi «nel rispetto dei sentimenti dei famigliari, della pietà per i defunti e delle norme sanitarie», circa le pratiche della sepoltura (art.3) e concedendo deroghe rituali a favore delle Chiese o Comunità religiose sulle modalità di esplicazione del servizio funebre<sup>245</sup>. Tali precetti sono ribaditi nella più recente legge sui cimiteri e le attività funebri, n.31/2013<sup>246</sup>. La normativa innova la precorsa disciplina quando afferma che gli enti di autogoverno locale possono affidare lo svolgimento delle pratiche funebri alle Comunità religiose a condizione che siano registrate, restando soggette alle prescrizioni di legge (artt.3.1 e 3.2). I cimiteri sono pubblici e «speciali» (art.7.1). Questi ultimi possono essere di proprietà di Comunità religiose e, comunque, essere organicamente inseriti, in sede separata, in un cimitero pubblico (artt. 7.3 e 7.4). Nel quadro della progettazione urbanistica deve poi essere «previsto uno spazio e infrastrutture comunali (...) necessari per eseguire cerimonie religiose» (art.9.2). La legge pone in risalto anche la valenza storico artistica e religiosa del cimitero monumentale e ne tutela l'integrità ed il rispetto (art. 21)<sup>247</sup>.

Un ulteriore aggiornamento della normativa, apportata con una legge di modifica alla legge sui cimiteri e attività funebri, n.6/2014, ha imposto in capo alla P.A. locale un obbligo più stringente di garanzia del rispetto delle norme religiose (art. 1.2) mentre ha riconosciuto alle Comunità religiose un più preciso quadro di autonomia nella gestione dei cimiteri speciali (art.1.3).

Il legislatore di Belgrado ha manifestato una politica di *favor religionis* anche in ambito di misure fiscali. La legge sull'imposta patrimoniale, n.5/2009<sup>248</sup> dichiarava il principio di esenzione fiscale sui diritti reali immobiliari per tutte le tipologie confessionali (Chiese tradizionali, Comunità religiose e altre entità confessionali registrate) a condizione che gli immobi-

---

<sup>244</sup> Zakon o sahranjivanju i grobljima (Закон о сахрањивању и гробљима), in *Sluzbeni glasnik SRS* n. 20/77, 24/85 - dr. zakon, 6/89. *Sluzbeni glasnik RS* n. 53/93 - dr. zakon, 67/93 - dr. zakon, 48/94 - dr. zakon, 101/05 - dr. zakon, 120/12 - US.

<sup>245</sup> Art.12.2, l. n.101/2005: «La salma può, con l'approvazione della comunità religiosa, essere ospitata in chiese, cappelle e altri edifici destinati a svolgere riti religiosi per la sepoltura».

<sup>246</sup> Zakon o grobljima i pogrebnoj djelatnosti (Закон о гробљима и погребној дјелатности), in *Sluzbeni glasnik RS* n.31/2013.

<sup>247</sup> Art.21, l. n.31/2013: «(1) I cimiteri che sono stati dichiarati risorse culturali, storiche e naturali sono mantenuti e aggiornati secondo le norme speciali.

<sup>(4)</sup> Le iscrizioni sulle tombe non devono offendere i sentimenti nazionali, religiosi o morali di nessuno, né in alcun modo offendere la memoria del defunto».

<sup>248</sup> Zakon o porezima na imovinu (Закон о порез на имовину), in *Sluzbeni glasnik RS*, n. 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 - odluka US, 47/2013 i 68/2014.

li fossero «destinati esclusivamente allo svolgimento di funzioni religiose» (art.12.3). La rivisitata legge sull'imposta patrimoniale, n.68/2014 sancisce all'art.31.12 l'esenzione fiscale circa le tasse di trasferimento sulla titolarità di immobili, qualora questi ricadano nella disciplina dei beni confiscati e da restituire in proprietà alle confessioni religiose.

La condizione dell'attività diretta ad esclusivo scopo di culto è fatta propria anche dalla legge sul valore aggiunto, n.61/2006 (emendata nel 2012). Il «carattere religioso di beni o servizi» resi da enti confessionali ne comporta l'esenzione fiscale (art.25.16), così come fonda il diritto al rimborso IVA (art.55.1). Le procedure sono stabilite dal Ministero delle Finanze (art.57 e art.30S1).

È ormai ben nota ed internazionalmente diffusa la figura dell'*Ombudsman* o difensore civico, quale speciale «magistrato di influenza o persuasione», ma privo di effettiva natura e poteri giurisdizionali nell'espletamento di un'azione di controllo di legalità sulle funzioni dei corpi della P.A.<sup>249</sup>. Il ruolo di ponte tra cittadini e P.A. e di promotore di «valori democratici e del *rule of law*»<sup>250</sup> nonché di patrocinatore dei diritti umani e della «*good governance*», ha acquisito un valore specifico nei Paesi ex-socialisti dell'area balcanica, individuando in questo organismo un'importante occasione per ridurre le distanze al traguardo dell'inclusione nella compagine dell'UE<sup>251</sup>. La Serbia si è provvista di questo organo di alta democrazia con una legge del 2005, ed ha successivamente inserito l'istituto nella nuova Carta fondamentale del 2006<sup>252</sup>.

Si tratta di uno dei segnali fondamentali e maggiormente predittivi della «post-transizione» del Paese balcanico, giacché l'istituto, per sua natura, esprime una forza deflagrante rispetto all'immobilismo politico-legislativo. Esso costringe il legislatore a ridiscutere posizioni di vantaggio precostituite nei poteri pubblici: posizioni beneficiarie largamente note nella dottrina giu-

---

<sup>249</sup> ELEONORA CECCHERINI, «*Difensore civico*», in AA. VV., *Diritti umani. Dizionario*. I, cit., p.300.

<sup>250</sup> BOGOLJUB MILOSAVLJEVIC, *Ombudsman – Zastitnik djndskih prava (Ombudsman-La protezione dei diritti umani)*, Centar za antiratnu Akciju, Belgrado, 2001.

<sup>251</sup> La figura del mediatore europeo registra un antefatto nell'Atto Unico Europeo R4 del 1986 (art.130), poi perfezionato col Trattato di Maastricht (1992). Cfr. ROBERTO PICCIONE, *Mediazione e contrasti sociali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di Pasquale Gianniti). Commentario del Codice civile e Codici collegati Scialoja – Branca – Galgano, Zanichelli, Bologna, 2013, pp.1341 ss.

<sup>252</sup> È questa una garanzia di consolidamento liberale tipica degli Stati a scarsa o recente connotazione democratica. Cfr. MARINA CALAMO SPECCHIA-LAURA FABIANO, *Istituzioni e tecniche di democratizzazione nell'area balcanica (sistemi elettorali, partiti politici e società civile)*, in AA.VV., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p.179. Per una lettura comparata, vedi LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., p.197, n.132.

samministrativa e tali da ispirare trattazioni dogmatiche sull'inossidabile autorevolezza della burocrazia. La teoria dell'illimitata ed insindacabile potestà della P.A., secondo la prospettiva dogmatica del *Rechtsstaat* autoritario tedesco, contaminata dal diritto sovietico, ha goduto di larga applicazione nei modelli socialisti balcanici<sup>253</sup>. Ma è altrettanto evidente che organismi neutri ed autonomi di controllo si pongono in frontale rotta di collisione non solo con un modo di concepire i diritti fondamentali e la loro osservanza-lesione, ma anche, e soprattutto, con una nomenclatura di ordine burocratico venuta crescendo su posizioni di rendita ed immunità. È stato assai ben evidenziato, infatti, che in ogni fenomeno di transizione delle forme di potere istituzionale, il segmento di maggior resistenza alla novità –persino attivando reazioni conflittuali con i vettori politici progressisti- è opposto dal settore pubblico amministrativo. Avverso l'inevitabile processo di «lustrazione», il funzionariato serbo non ha ommesso di esercitare un potere sotterraneo di influenza e conservazione dei privilegi elargiti, garantiti e sedimentati dall'*Ancien régime* del «morente» socialismo non allineato<sup>254</sup>.

In Serbia l'avveramento della compiuta «post-transizione» doveva -e deve ancora- necessariamente procedere in avanti attraverso lo scardinamento dell'«ideologia burocratica»<sup>255</sup>.

L'introduzione dell'*ombudsman* nell'ordinamento giuridico serbo (evenienza largamente ipotizzata dai giuristi belgradesi dagli anni Sessanta dello scorso secolo) era destinata a mettere con le spalle al muro la classe politica del tempo, imponendole di correggere la visione paternalistica dello Stato verso i cittadini. Le trasformazioni costituzionali hanno offerto al governo l'occasione di manipolare ideologicamente l'istituto, reinterpretato, e snaturato, nella versione socialista del «Difensore sociale dell'autogoverno»; né gli svariati tentativi di introduzione con disegni di legge (l'ultimo dei quali risale al 2002) hanno condotto, persino successivamente alla caduta di Milosević, a qualche apprezzabile risultato. In prosieguo di tempo, l'ordinamento giuridico serbo si è provvisto di un *ombudsman* locale (o Difensore locale del cittadino), con una legge del 2002 e, così, contemporaneamente, la

---

<sup>253</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKI, *Diritto costituzionale*, UTET, Torino, 1987, pp.8 ss.

<sup>254</sup> JUSTIN O. FROSINI – IVANA SPASIC, *L'Ombudsman in Serbia: una necessità o un'illusione?* e FRANCESCO PALERMO – JENS WOELK, *L'indipendenza della Magistratura* cit., entrambi in AA.VV., *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione* cit., rispett. a pp.243 ss. e pp.213.

<sup>255</sup> Sui rilievi legati a tale formula, al concetto di *Rechtsstaat* fuso con le teoriche giuridiche sovietiche di una P.A. autonoma, autoreferenziale, ed incapace di risolvere problemi estranei alle procedure di sistema, vedasi JUSTIN O. FROSINI – IVANA SPASIC, *L'Ombudsman in Serbia*, cit., pp.243-244 e STEVAN LILIC – PREDRAG DIMITRIJEVIĆ – MILAN MARKOVIĆ, *Upravno pravo sevremena administracija*, Belgrado, 2006.



Provincia autonoma della Voivodina, ha istituito con una Decisione sull'*ombudsman* provinciale n.23/2002, l'analoga figura, con particolare attenzione per la tutela dei diritti umani verso la P.A.<sup>256</sup>.

Pur non immune da critiche, la legge sul difensore civico, n.79/2005<sup>257</sup> segna, almeno sulla carta, un passo decisivo e a lungo atteso dal Consiglio d'Europa<sup>258</sup> nel consolidamento della «post-transizione» in Serbia. Il Parlamento europeo, recentemente, ne ha messo in luce l'importante ruolo per la realizzazione del principio dei contrappesi nei pubblici poteri<sup>259</sup>. Il «mediatore» (così la legge chiama il difensore civico o *ombudsman*) è stato introdotto nell'ordinamento giuridico come organo costituzionale indipendente, un «terzo equiprossimo» o «figura-ponte»<sup>260</sup> per la ricomposizione di un dialogo tra le Parti, in via alternativa al percorso giudiziario ordinario<sup>261</sup>. Svolge una funzione di protezione dei diritti dei cittadini e degli stranieri, persone fisiche e giuridiche, nei confronti della P.A. e di ogni altro organismo o istituzione «incaricati di pubblica autorità» (art.1).

La tutela è diretta a favore dei «(...) diritti delle persone private della loro libertà, dell'uguaglianza tra i sessi, dei diritti del bambino, dei diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali» (art.6.2)<sup>262</sup>. Eletto dal parlamento a maggioranza su proposta della Commissione per gli affari costituzionali<sup>263</sup>

---

<sup>256</sup> Oduka o Pokrajinskom Ombudsmanu (Odluka o pokrajinskog ombudsmāna), in *Sluzbeni glasnik Prov.auton Voivodina*, n.23/2002.

<sup>257</sup> Zakon o Zaštitniku građana (Zakon o zaštitniku građana) in *Sluzbeni glasnik RS*, n.79/2005 e successivamente, Zakon je objavljen (Zakon je objavljen) in *Sluzbeni glasnik RS*, n.54/2007.

<sup>258</sup> Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), «Draft law on the Ombudsman of Serbia», CE Opinion n.318/2004, Strasburgo, 17 novembre 2004.

<sup>259</sup> *Risoluzione 2015* cit., §19: «Il Parlamento europeo (...) sostiene l'operato delle autorità statali indipendenti quali il difensore civico, il commissario responsabile per le informazioni di importanza pubblica e altre; invita le autorità statali a tutelare l'indipendenza di detti uffici e a cooperare pienamente con loro nell'esercizio dei loro poteri».

<sup>inoltre</sup>, al §20: «sottolinea che il ruolo del mediatore è al centro del sistema di pesi e contrappesi su cui il governo si fonda ed esorta le autorità ad assicurare che l'indipendenza e l'integrità del mediatore siano rispettate».

<sup>260</sup> ROBERTO PICCIONE, *Mediazione e contrasti sociali* cit., pp.1364.

<sup>261</sup> Si sottolinea la singolarità dell'opzione prescelta dal legislatore serbo, opposta alla tradizione giuridica consolidata: l'art.25.3 afferma che «Prima di presentare il reclamo, il richiedente è tenuto a cercare di tutelare i propri diritti nel procedimento legale pertinente». La preventiva azione ordinaria è in contrasto con la configurazione dell'*Ombudsman* europeo, inteso come strumento di pacifica conciliazione, con metodica non conflittuale, delle controversie. Sul punto, ancora ROBERTO PICCIONE, *Mediazione e contrasti sociali* cit., pp.1358, 1363 e 1366.

<sup>262</sup> VALERIA PIERGIGLI, «Minoranze linguistiche. (Diritto costituzionale comparato)», in Enc. Giur., XXII, Treccani, Voce di aggiornamento, Roma, 1990, p.14.

<sup>263</sup> A differenza del disegno di legge del 2002, cfr. JUSTIN O. FROSINI – IVANA SPASIC, *L'Ombudsman in Serbia*, cit., p.249.

(art.4) la legge prescrive che «nessuno ha diritto di influenzarne il lavoro» (art.2.1).

Allo *status* di autonomia ed indipendenza corrisponde una serie di incompatibilità d'ufficio (art.9) e l'obbligo di immediate dimissioni da incarichi precedenti (art.10) che possano pregiudicare la sua libertà, per conflitto di interesse (art.12). Indicativi sono i margini di potere, tra facoltà e limiti, riconosciuti al mediatore. Si tratta di potestà «operative» sul piano normativo<sup>264</sup>, ma anche di potestà extra-giudiziarie che illustrano un aspetto delicatissimo del processo di attuazione di strumenti democratici a livello di burocrazia.

La posizione del mediatore, infatti, resta in equilibrio sul filo del rasoio: questi «non è autorizzato a controllare il lavoro dell'Assemblea nazionale, il Presidente della Repubblica, il governo, la Corte costituzionale, i tribunali e uffici del procuratore pubblico» (art.17.3) con ciò restando soggetto al grave limite di insindacabilità del cattivo operato dei tribunali<sup>265</sup>, per converso potendo esercitare un potere di iniziativa processuale. Non solo, infatti, il mediatore è «autorizzato ad avviare procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale per una valutazione della costituzionalità e legittimità di leggi, regolamenti e atti generali» (art.19) con ciò acquisendo un potenziamento delle sue funzioni d'ufficio che lo elevano al rango di un più incisivo organo garante della Costituzione<sup>266</sup>, ma esercita anche un potere sulla P.A., con l'avvio di procedure disciplinari sul dipendente pubblico responsabile di pregiudizi, e ancora, con la sollecitazione di notizie di reato, ricorrendo più gravi crimini, al tribunale ordinario (art.20). Questa norma, unita al diritto di interrogare ogni dipendente della P.A. (art.21.2) e all'obbligo della stessa di cooperare col mediatore per la messa a disposizione di qualsivoglia informazione utile, è il segno di un cambiamento profondo: il potenziamento dell'*Ombudsman* segna così un significativo punto a favore della «post-transizione», che si realizza nello sgretolamento del mito della burocrazia intangibile e nella contestuale estensione degli spazi di tutela dei diritti individuali, anche dei diritti umani<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> Si tratta di poteri di controllo: 1 sul rispetto dei diritti dei cittadini; 2.sulla legittimità e regolarità dell'azione della P.A. (artt.17.1 e 17.2) cui si connette la facoltà di denuncia in caso di verificata violazione di leggi, regolamenti o atti. All'*Ombudsman* è conferita, inoltre, 1.potestà propositiva di leggi; 2.l'iniziativa di modificarle o integrarle; 3.di avviare l'adozione di leggi, regolamenti e atti generali; 4.sugli stessi, fornisce pareri al governo e al parlamento (art.18).

<sup>265</sup> Osserva Frosini che il principio di autonomia dei poteri dello Stato è parso prioritario ad un controllo che, invece, avrebbe potuto palesarsi come interferenza «simbolica» a favore del buon governo. Così, JUSTIN O. FROSINI – IVANA SPASIC, *L'Ombudsman in Serbia*, cit., p.248.

<sup>266</sup> ELEONORA CECCHERINI, «*Difensore civico*», cit., p.304.

<sup>267</sup> JUSTIN O. FROSINI – IVANA SPASIC, *L'Ombudsman in Serbia*, cit., p.248.

14. *Allineamenti legislativi agli standard comunitari (nella normativa sui diritti umani e nel diritto penale)*

Il quadro normativo sin qui esposto sul nuovo ordinamento giuridico della Serbia «post-transitoria» trova un completamento nelle recenti leggi penali e nella disciplina in tema di diritti umani applicata al fenomeno dei flussi migratori, dello *status* dei profughi e del diritto di asilo.

È ben noto che lo Stato balcano-danubiano abbia coltivato nel tempo<sup>268</sup> il sogno di un ingresso nell'UE e che abbia sostenuto l'avverarsi di tale progetto con una decisa politica riformista, quale via obbligata per sciogliere le tappe di accesso agli accordi ASA ed allargare progressivamente il perimetro negoziale degli impegni istituzionali<sup>269</sup>.

Dal suo canto, la Commissione Europea ha reagito positivamente e senza riserve precostituite all'aspirazione inclusiva dei Paesi della ex-compagine socialista dei Balcani occidentali<sup>270</sup>.

Si è dimostrato strategico ed imprescindibile, nei confronti di Stati con esperienze politiche e tradizioni giuridiche difformi da quelle liberal-demo-

---

<sup>268</sup> Tali ambiziosi propositi che accomunarono tutti i Paesi dell'Europa orientale, appaiono già lungo il corso degli anni Ottanta con le candidature a membro nell'Organizzazione del Consiglio d'Europa: la Jugoslavia ottenne nel 1989 lo *status* di «invitato speciale». Cfr. GIOVANNI CARLO BRUNO, *Il principio della preminenza* cit., pp.118-119. Sui programmi di collaborazione tra Europa e Paesi dell'Est alla vigilia del Mercato Unico, GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., pp.248 e 249, n.8.

<sup>269</sup> Nella vigenza della formula confederale tra Serbia e Montenegro erano stati avviati i negoziati per l'accordo di adesione e stabilizzazione (ASA) con l'UE, il 10 ottobre 2005. La Serbia li avrebbe firmati il 29 aprile 2008. Alla presentazione della domanda di adesione all'UE (22 dicembre 2009) il Consiglio d'Europa ha risposto positivamente con la concessione dello *status* ufficiale di Stato candidato (1 marzo 2012) cui ha fatto seguito l'avvio delle procedure tecniche dei negoziati di adesione (approvazione dell'avvio dei negoziati, inizio effettivo e fase preparatoria), tra il 2012 e il 2014. Nel frattempo, (settembre 2013) entrava in vigore l'ASA. Cfr. JACOV MARKO – JOHANN WILHELM, *The Balkans and the newly independent States. Stabilisation and Association Agreements*, in ANDREA OTT-KIRSTYN INGLIS (a cura), *Handbook on European enlargement. A commentary on the enlargement process*, The Hague, TMC Asser Press, 2002, pp.165 ss.; LAURA MONTANARI, *Il principio di Rule of Law e la tutela dei diritti nei Balcani Occidentali*, in AA.Vv., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., p.232; MARCELLO SALERNO, *The market Constitutions in the Western Balkans*, ivi, pp.279-280.

Occorre precisare che in confronto alle restanti Repubbliche jugoslave, la Serbia accusa un'evidente lentezza, essendo anticipata da Slovenia, Croazia, Macedonia e dallo stesso Montenegro, dovendosi imputare i maggiori ritardi di Kosovo e Bosnia-Erzegovina all'instabilità politica di quei governi. XAVIER BOUGAREL, *Nuovi orizzonti, nuove sfide* cit., p.461; STEFANO BIANCHINI, *Oltre la disgregazione: le fonti dell'instabilità permanente nello spazio culturale jugoslavo*, ivi, p.211. Si consulti, per un quadro d'insieme, il documento sulle conclusioni della Presidenza del Consiglio d'Europa di Salonicco (19-20 giugno 2009) sulle prospettive di adesione dei Paesi dei Balcani occidentali all'UE.

<sup>270</sup> Alla verifica delle condizioni di stabilizzazione, la Comunità Europea non ha esitato ad inserire la Serbia, assieme al Montenegro e alla Macedonia, tra i «Paesi Schengen». Cfr. EMANUELA C. DEL RE, *Vent'anni dopo. Ruolo ed incidenza dei Balcani nel nuovo assetto europeo*, in *Dopo la pioggia* cit., p.245.

cratiche europee, l'innalzamento dei paletti negoziali con l'allargamento dei *political criteria* dall'originaria materia economica degli ASA al più complesso contesto di garanzie sui diritti umani, la democrazia, lo Stato di diritto, quali dedotti dal Trattato di Maastricht<sup>271</sup>. La speciale congiuntura storica che ha interessato tali Paesi, avrebbe indotto l'UE a corroborare gli ASA con specifiche «clausole di condizionalità» volte a supportare la disagiata via alla transizione nei modelli di regime giuridico e politico<sup>272</sup>.

Il tragitto della politica governativa si è però dimostrato piuttosto ondivago. Nel 2016 l'UE avrebbe lodato la Serbia «per i progressi [da questa compiuti] nei confronti dell'integrazione europea, valutando il suo impegno per quanto concerne il rispetto dei criteri di Copenaghen e la condizionalità (...)»<sup>273</sup>. Tuttavia, l'adeguamento del legislatore belgradese ai parametri di conformità dell'*acquis* comunitario è stato protratto allo scadere del 2018, con uno specifico Programma nazionale di armonizzazione. Senza dubbio la politica di allargamento ad est dell'UE ha contribuito a rafforzare la sensibilità del legislatore riformista balcanico serbo, in particolare, verso i diritti umani, le minoranze nazionali, il fattore religioso, l'umanità di transito nei biblici flussi migratori dei tempi correnti<sup>274</sup>.

È lecito chiedersi tuttavia, se, come per la Bosnia-Erzegovina, l'applicazione rafforzata del principio di condizionalità abbia prodotto anche in Serbia un effetto di deformazione della volontà riformista dall'interno delle istituzioni, per mancanza di impulsi endogeni di traino all'effettivo cambiamento di regime<sup>275</sup>. Effettivamente, la fase espansiva dell'UE è venuta af-

---

<sup>271</sup> TANJA CERRUTI, *I political criteria e l'allargamento dell'Unione Europea tra esperienze passate e prospettive future*, in *I Balcani Occidentali* cit., pp.95-97, spec. p.100. In particolare, per la Serbia, si trattava di assicurare il rispetto degli Accordi di Dayton; le condizioni di garanzia per le popolazioni profughe e i rifugiati; la collaborazione con il Tribunale dell'Aja e la dolorosa questione dei crimini di guerra commessi negli anni Novanta.

<sup>272</sup> Sulle cd. «clausola elemento essenziale» e «clausola di inadempienza» quali strumenti di deterrenza sullo Stato firmatario al rispetto dei patti sottoscritti, LARA APPICCIAFUOCO, *La promozione dello Stato di diritto nei paesi dei Balcani Occidentali: il ruolo dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Il pluralismo nella transizione costituzionale* cit., pp.121 n.66 e 122, n.67.

<sup>273</sup> *Risoluzione 2015* cit., *Considerando B*.

Si veda anche il §1 con cui l'organismo europeo sottolinea: «l'elevato livello di preparazione e di impegno nel processo di analisi dell'*acquis* dell'UE dimostrato dal governo serbo» aggiungendo poi (§4) che: «(Il Parlamento Europeo) accoglie con favore l'impegno dimostrato dal nuovo governo serbo nei confronti del processo di integrazione europea e invita la Serbia ad affrontare in maniera decisa e diretta le riforme sistemiche e socio-economiche».

<sup>274</sup> FRANCESCO PRIVITERA, *La transizione continua. L'Europa centro orientale tra rinnovamento e conservazione (1984-1994)*, Longo, Ravenna, 1996.

<sup>275</sup> Cfr. JENS WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Cedam, Padova, 2008, pp.201 ss.

fievolendosi dal 2005<sup>276</sup>. Questo fatto va ricondotto, per la Serbia, a nodi irrisolti di complessa analisi, che le congiunture internazionali non hanno contribuito a sciogliere (il rapporto di collaborazione effettiva con il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, o la questione del denegato riconoscimento di indipendenza del Kosovo<sup>277</sup>, nonché l'instabile condizione dei diritti e dell'autonomia concessa alla regione autonoma della Vojvodina<sup>278</sup> o i ritardi accumulati nell'aggiornamento legislativo nazionale<sup>279</sup>). Si tratta di evenienze che, se da un lato appesantiscono gli stessi strumenti istituzionali di accesso ed integrazione nel consorzio euro-occidentale di Sta-

<sup>276</sup> STEFANO BIANCHINI, *Oltre la disgregazione cit.*, p.213.

<sup>277</sup> GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878 ad oggi*, cit., pp.123 e 128.

Nonostante le affermazioni di ottimismo rivolte nel 2016 da Johannes Hahn, Commissario europeo per le politiche di vicinato e i negoziati di allargamento, al Premier serbo Aleksandar Vucic, tra i capitoli dell'*acquis* comunitario non ancora soddisfatti da Belgrado (ma è da ricordare che la loro apertura negoziale è soggetta agli eventuali veti di altri Stati membri: eloquente l'opposizione della Croazia all'apertura del Capitolo 26 per la mancanza di progressi nella proposizione di libri di testo scolastico per gli alunni delle minoranza serbo-croata) restano: il Cap.23 (diritti fondamentali) e il Cap. 24 (giustizia e libertà e, quindi, Stato di diritto, riforma della giustizia e del diritto amministrativo).<sup>1</sup> Tra l'altro, il governo serbo non fa mistero di considerare come «inaccettabili» i requisiti rafforzati imposti da Bruxelles per l'adesione all'UE e incidenti sul Cap.35 (relazioni col Kosovo e le garanzie di *status* autonomo per Methochia e Vojvodina: emblematico evento che descrive l'atmosfera dei rapporti Serbia-Kosovo, l'arresto in Francia, su richiesta della Serbia, nel gennaio 2017, di Ramush Haradinaj, ex premier kosovaro, per accuse di crimini di guerra riconducibili al biennio 1998-1999). Analoghi rilievi per il Cap.35 (politica estera e difesa, considerato l'intenso nesso di relazione con la Russia, giudicato come un impedimento al processo di integrazione europea e tale da indurre alcuni Stati-membri UE a giudicare la Serbia «alla stregua di un cavallo di Troia al servizio della Russia»). Cfr. [www.novosti.rs](http://www.novosti.rs).

<sup>1</sup>David Mc Allister, nella sua Relazione al Parlamento Europeo sulla Serbia (2017) sottolinea i progressi raggiunti e le zone d'ombra ancora sussistenti: promozione di una magistratura indipendente e dello Stato di diritto; effettiva collaborazione delle autorità con l'operato del difensore civico; libertà di espressione dei *media*.

<sup>278</sup> In proposito, cfr. la *Risoluzione 2015*, §32 che ammonisce il governo serbo che: «(...) la diversità culturale della Vojvodina contribuisce altresì all'identità della Serbia (...) e che l'autonomia della Vojvodina non dovrebbe essere indebolita e ricorda al governo di presentare senza ulteriori ritardi la legge sulle competenze e sul finanziamento della provincia autonoma della Vojvodina».

<sup>279</sup> Sul punto, si consulti la *Risoluzione 2015*, che individua in diversi passaggi la lentezza del legislatore: §5: «il capitolo 23 (sistema giudiziario e diritti fondamentali) e il capitolo 24 (giustizia, libertà e sicurezza) dovrebbero essere affrontati al più presto nel corso dei negoziati; ribadisce la necessità di definire chiaramente il capitolo 35 dell'*acquis* dell'UE, per quanto concerne le relazioni con il Kosovo»; §6 «(...) la riforma del settore giudiziario registra un notevole ritardo»; §7 «(...) la maggior parte delle leggi sono adottate secondo la procedura d'urgenza, che non sempre consente di consultare a sufficienza le parti interessate e la collettività»; §24 «(...) mette in rilievo l'importanza cruciale di un sistema giudiziario indipendente e sottolinea la necessità di portare a completamento la riforma del sistema giudiziario in modo da garantire la piena indipendenza e imparzialità dei giudici e dei pubblici ministeri»; §34 «(...) esorta le autorità a garantire un processo di nomina e promozione dei dipendenti e dei funzionari pubblici trasparente e meritocratico».

ti<sup>280</sup>, amplificano, per altro verso, l'importanza della recente normativa sui diritti umani, sulle minoranze nazionali e sullo *status* dei rifugiati e migranti.

La legge sul diritto di asilo, n.109/2007<sup>281</sup> prevede (art.1) tre tipologie di soggetti: richiedenti asilo, rifugiati e persone che beneficiano dello *status* di «protezione temporanea». La disciplina è una chiara prova di allineamento legislativo a criteri e valori europei: lo si evince dall'apparato di tutele che vanno a comporre la cd. «protezione sussidiaria» nonché dalle nozioni giuridiche di «Paese d'origine sicuro» e di «Paese terzo sicuro» nonché di «rifugiato» (art.2), laddove il richiamo al diritto di libertà religiosa si compenetra con i diritti umani fondamentali *tout-court*<sup>282</sup>.

Notevoli, ai fini delle politiche di armonizzazione UE, le disposizioni di cooperazione delle autorità serbe con l'UNHCR (art.5) ed il diritto riconosciuto ai richiedenti asilo di contattare tale organismo ed ogni altra ONG volta ad offrire servizi di assistenza legale (artt.10; 12 e 25.2). La tutela dei rifugiati minacciati anche per motivi di religione è parte costitutiva del divieto di *refoulement* (art.6.1) e del principio di non discriminazione (art.7)<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Negli ambienti istituzionali europei è ormai assodata la percezione di operare attraverso modelli di adesione non più uniformi, ma mutevoli e che la «tipologia» precedente si sia esaurita con l'adesione della Croazia, ormai inapplicabile per gli Stati candidati dei Balcani occidentali. Alle cause endogene legate alle questioni regionali note (situazione della Macedonia; questione amministrativa in Bosnia-Erzegovina; rapporti di normalizzazione tra Belgrado e Pristina), si assommano le cause esterne (migranti; Brexit).

<sup>281</sup> Ukaz o proglašenju zakona o azilu (Указ о проглашењу закона о азилу), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.109/2007.

<sup>282</sup> Art.2.5 – 2.8 l. n. 109/2007: «2.5: Un rifugiato è una persona che, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, sesso, lingua, religione, nazionalità o appartenenza a un determinato gruppo o di opinione politica (...) e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale, non è in grado o non vuole farvi ritorno; 2.6: La protezione sussidiaria è una forma di protezione che la Repubblica di Serbia ha apprestato in favore di uno straniero, che se ritornasse nel Paese di origine sarebbe sottoposto a tortura, trattamenti inumani o degradanti e la sua vita, sicurezza o libertà sarebbero minacciate dalla violenza generalizzata causata da aggressioni esterne o da conflitti armati interni o violazioni dei diritti umani; 2.7: Paese di origine sicuro è quello (...), che ha ratificato e attuato gli accordi internazionali in materia di diritti umani e delle libertà fondamentali, in cui non vi è alcun rischio di persecuzione, per qualsiasi motivo; 2.8: un Paese terzo sicuro è quello incluso nella lista stabilita dal governo, e che aderisce ai principi internazionali di protezione dei rifugiati contenuti nella Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 e protocollo relativa allo *status* dei rifugiati del 1967 (di seguito: la Convenzione di Ginevra e protocollo), nel quale il richiedente asilo aveva risieduto, o attraverso il quale è transitato, prima di arrivare nel territorio della Repubblica di Serbia, e dove ha avuto la possibilità di chiedere asilo, e nel quale non sarebbe oggetto di persecuzioni, torture o trattamenti inumani o degradanti, rispetto al Paese in cui la sua vita, la sicurezza o la sua libertà sarebbero minacciate».

<sup>283</sup> Art.6.1, l. n. 109/2007: «Nessuno può essere espulso o ricondotto contro la sua volontà in un territorio dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per motivi di razza, sesso, lingua, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica».

<sup>Art.7, l. n. 109/2007:</sup> «Nel processo di concessione di asilo nella Repubblica di Serbia, è fatto divieto

Quanto alla «protezione temporanea» la misura è stata concepita come soluzione d'emergenza e riveste le caratteristiche proprie delle misure eccezionali e temporalmente limitate, sebbene prorogabili e soggette a decisioni di tipo squisitamente politico, giacché: «sulle garanzie volte alla protezione temporanea decide il governo» (art.36).

Il caso di massicci flussi umani per motivi di eccezionale gravità ed emergenza, in cui è impensabile la gestione di procedimenti individuali, la legge appresta comunque un complesso apparato di diritti/doveri dei rifugiati, entro cui, oltre all'assistenza legale e all'istruzione, è contemplata anche «la libertà di religione alle stesse condizioni previste per i cittadini della Repubblica di Serbia» (art.38.6).

Più in generale, il principio di parificazione di trattamento nei diritti goduti dai cittadini serbi è garantito indistintamente alle tre tipologie di stranieri «deboli», mentre il diritto di libertà religiosa è ribadito all'art.42.

Al fine di attivare il necessario processo di normalizzazione e di rafforzamento dei «rapporti di buon vicinato» tra Stati contermini, la legge sui profughi, n.18/1992, poi riformata nel testo della legge n.30/2010<sup>284</sup>, si dirige particolarmente ai gruppi di profughi delle minoranze comprese all'interno del territorio della ex-Jugoslavia. Si tratta perciò di una legge strategica nel percorso «post-transitorio» balcanico<sup>285</sup>. Il meccanismo di tutela assistenziale si traduce, quindi, in un'operazione di integrazione piena, con l'equiparazione della cittadinanza, dei gruppi minoritari mobilitati dalle oscillazioni delle frontiere territoriali e dai regimi politici.

Ogni soggetto istituzionale, a tutti i livelli burocratici, è attivato all'erogazione di un contributo assistenziale: dalla Croce Rossa, alle organizzazioni umanitarie e religiose, associazioni di cittadini comprese (art.3), mentre lo Stato centrale, attraverso il Commissario per i rifugiati, assicura con questi enti le necessarie reti di contatto (artt.5 e 6.4).

L'amplificazione del fenomeno migratorio e l'ulteriore pressione sui confini europei di masse umane in fuga dai conflitti bellici regionali ha indotto

---

di discriminazione per qualsiasi motivo, in particolare sulla razza, colore, sesso, nazionalità, origine sociale o stato, nascita, religione, opinione politica o altra, condizioni economiche, cultura, lingua, età».

<sup>284</sup> Zakon o izbeglicama (Закон о избеглицама), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.18/92, *Sluzbeni list SRJ*, n.42/2002; *Sluzbeni glasnik RS*, n.30/2010.

<sup>285</sup> Art.1, l. n.30/2010: «Per le persone che a causa di eventi verificatisi dal 1991 al 1998 sono espulse dalle ex repubbliche jugoslave (...) a causa di timore di persecuzione o discriminazione non vogliono tornare nel territorio da cui sono fuggite (...), la legge prevede (...) la cura per soddisfare i loro bisogni di base e fornire assistenza nel processo di integrazione.

<sup>Un</sup>a persona che ha optato per l'integrazione, ai termini di questa legge, è una persona che ha chiesto l'ammissione alla cittadinanza della Repubblica di Serbia».

la Serbia a redigere una legge sulla gestione delle migrazioni, n.107/2012<sup>286</sup>. Sarà sufficiente sottolineare tra i principi fondativi di questa disciplina, oltre ai criteri consolidati<sup>287</sup>, quelli aventi speciali ricadute nella politica di «normalizzazione» regionale balcanica. Si tratta del principio del divieto di artificiali modifiche dell'originaria composizione etnica della popolazione (art.4)<sup>288</sup>. Regola aurea il cui rispetto è garanzia primaria, in una società culturalmente composita per assicurare tra gruppi di minoranza pacifici rapporti di convivenza e la complessiva attuabilità della legislazione in tema di libertà religiosa (il caso delle materie scolastiche è emblematico). Anche più eloquente, il principio di rafforzamento dei legami con la diaspora serba nella regione balcanica (art.6): la normalizzazione etnica, infatti, passa necessariamente attraverso la capacità di raffreddare i focolai di irredentismo panserbo alimentati dalla questione del Kosovo e dalla Repubblica serba di Bosnia e di stemperare le vampate autonomiste della Methochia e della Vojvodina (art.6)<sup>289</sup>.

Anche la disciplina penalistica, rinnovata nel Codice penale del 2005 (l. n.107/2005) esprime la nuova attenzione a favore di una tutela estesa dei diritti soggettivi di libertà, progressivamente concepiti come composizione di porzioni di diritti che si integrano. Così, nazionalità, etnia, razza o religione sono tutelati da discriminazioni o violazioni (art.387 C.p.) al pari di altre forme di coercizione dei diritti dell'uomo (art.128 C.p.), quali la negazione o limitazione per i gruppi minoritari all'uso della lingua madre o dell'alfabeto (art.129 C.p.), o la libertà di esprimere la propria appartenenza etnica (art.130 C.p.) o, ancora, di esplicitare le proprie convinzioni religiose o di praticarne i precetti (art.131 C.p.).

L'istigazione all'odio razziale, nazionale o religioso più volte presa in con-

---

<sup>286</sup> Zakon o upravljanju migracijama (Закон о управљању миграцијама), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.107/2012.

<sup>287</sup> Il principio del rispetto dell'unità familiare (art.3); il principio della tutela dei diritti nel processo di migrazione (art.7); il principio del rispetto dei trattati internazionali ratificati (art.8).

<sup>288</sup> Art.4, l. n.107/2012: «Le misure nel settore della gestione delle migrazioni sono implementate in modo da preservare la composizione etnica della popolazione nelle zone in cui i membri della minoranza nazionale vivono tradizionalmente e in numero considerevole».

<sup>289</sup> Art.6, l. n.107/2012: «La gestione della migrazione è volta ad ottenere un miglioramento della situazione e tutelare i diritti e gli interessi dei membri della diaspora e dei serbi nella regione, preservando il rafforzamento e la realizzazione del collegamento della diaspora e dei serbi nella regione con la Serbia». Vedasi anche l'art.10.4, sulla giurisdizione e la tenuta di un registro uniforme delle persone scomparse nei conflitti armati nella ex Jugoslavia dal 1991 al 1995 e la Provincia autonoma di Kosovo e dispersi in Methochia nel 1998-2000 da parte del Commissariato per i rifugiati e le migrazioni, con azione di controllo sulla Commissione per le persone scomparse, istituita dal governo.



siderazione dalle leggi sin qui esaminate, così come il dileggio di simboli che ne rappresentino i contenuti, o la profanazione di monumenti o tombe è perseguibile ex art.317 C.p., con la previsione di aggravanti. Il Codice penale prevede espressamente sanzioni per chi distrugga beni culturali di interesse religioso (monumenti storici o altri manufatti della cultura, ex art.383 C.p.).

Gli attributi di nazionalità, etnia, razza e religione concorrono anche ad identificare il gruppo sociale destinatario del complesso di tutele contro l'ipotesi di genocidio (art.370 C.p.) e delle pratiche di annientamento sistematico di intere popolazioni civili, sterminio, deportazione, schiavitù o tortura, comprese nell'epigrafe dei crimini contro l'umanità (p.371 C.p.) e volte a «modificare l'identità etnica e l'equilibrio della popolazione» sul territorio.

Tra le fattispecie di reato il Codice penale prevede, nel quadro dei crimini di guerra contro la popolazione civile, anche il cambiamento forzato di nazionalità o religione (art.372 C.p.), mentre collega ai casi di crimini di guerra contro feriti e malati anche le sofferenze inflitte al personale religioso (art.373 C.p.). Queste garanzie penalistiche di nuova generazione si articolano con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e trovano conforto negli orientamenti giurisprudenziali della sua Corte di Giustizia<sup>290</sup>.

### 15. *La politica diplomatico-concordataria serba con il Vaticano: un dialogo nella perenne diffidenza*

Un ambito rivelatore dell'influenza politica della Chiesa Ortodossa serba è quello dei rapporti diplomatico-concordatari tra Belgrado e la Santa Sede. La celebre *Raccolta di Concordati* compilata da Angelo Mercati licenzia il

---

<sup>290</sup> Nel Cod. pen. serbo emendato con l. n.121/2012, possono riscontrarsi aumenti di pena nelle fattispecie già contemplate nel previgente testo penale. Vedasi, ad es., art.174 C.p. 2012 (offese per motivi razziali, etnici o religiosi). Cfr. anche artt. 54 bis (aggravanti per i reati commessi per odio religioso, ecc.) e art.387 (discriminazione per appartenenza religiosa, ecc.).

Nella pronuncia con sent. 14 dicembre 2010, n. 44614/07 (Sez. II), *Milanovic c. Serbia* in tema di obblighi di prevenzione discendenti dall'art. 3 CEDU, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ravvisato la violazione della norma in esame per non avere le autorità serbe assicurato al ricorrente di nazionalità serba, Zivota Milanovic (membro di spicco della comunità Hare Krishna Indù in Serbia), protezione da minacce ed aggressioni fisiche di cui fu vittima ad opera di un'organizzazione di estrema destra (nota col nome di Obraz). Nei motivi opposti nella querela sporta davanti alla Corte EDU nel 2006 -e da questa accolti- il ricorrente invocava gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura e dei trattamenti inumani), 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 14 della Convenzione, contestando che il mancato svolgimento di indagini efficaci da parte delle autorità di polizia era dipeso dalla sua appartenenza religiosa. Il fattore dell'intolleranza religiosa è stato ampiamente circostanziato dalla Corte, che ha accertato inoltre la violazione dell'art. 14 letto in combinato disposto con l'art. 3 CEDU.

primo ponderoso tomo con il Concordato del 24 giugno 1914 tra Pio X e Pietro I di Serbia<sup>291</sup>, riprodotto il modello del Concordato col Montenegro del 1886. Il Concordato serbo, subito superato dagli eventi bellici, coronava le prolungate trattative intavolate e sostenute per oltre un trentennio dal vescovo Josip Juraj Strossmayer, amministratore apostolico in Serbia<sup>292</sup>.

Sotto il pontificato di Pio XI la Santa Sede avrebbe posto nuovamente mano ad un accordo con il Regno di Jugoslavia, il 25 luglio 1935: pattuizione destinata anch'essa, per la sua effimera vita giuridica, a riassetto le carte d'archivio della Segreteria di Stato vaticana<sup>293</sup>. Il terzo significativo passaggio storico nei rapporti tra Vaticano e Stato jugoslavo si compie<sup>294</sup>, *rebus mutatis*, sotto l'egida dell'art.33 della nuova Costituzione della RSFJ, il 7 aprile 1963, con il «Protocollo relativo alle conversazioni intercorse tra i rappresentanti della S. Sede e quelli del Governo della RSFJ» (25 giugno 1966): documento dall'altisonante epigrafe e dall'altrettanto asfittica normativa. L'ideologia guidava pesantemente la penna dei sottoscrittori serbi, in un'atmosfera tanto autoreferenziale da cancellare, nonostante l'abilità diplomatica di Agostino Casaroli e l'incondizionata *ostpolitik*<sup>295</sup>, ogni rinvio a fonti esterne, sia di diritto internazionale, sia si trattasse degli innovatori principi del Concilio Vaticano II o delle norme del Codice di diritto canonico<sup>296</sup>.

È nel contesto della Guerra fredda e degli irrigidimenti ideologici, tuttavia, che anche i soli timidi segnali di un'apertura ridotta a pochi elementi

---

<sup>291</sup> ANGELO MERCATI, *Raccolta di Concordati in materie ecclesiastiche tra la S. Sede e le autorità civili*, Vol.I, Tip. Poligl. Vat., CdV, 1953, pp.1100-1103; *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato* (a cura di E. Lora), EDB, Bologna 2003, p.578; AMEDEO GIANNINI, *I concordati postbellici*, I, Vita e Pensiero, Milano, 1929, p.8; ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Cerf, Paris, 2012, pp.138-139.

<sup>292</sup> RITA TOLOMEO, *Tra Pietroburgo e Vienna. Serbia e Bulgaria nell'Ottocento*, in AA.Vv. (a cura di Luciano Vaccaro), *Storia religiosa di Serbia e Bulgaria*, Centro Ambrosiano, Milano, 2008, pp.325 ss. Sul Concordato serbo del 1914, ROBERTO MOROZZO DELLA ROCCA, *Cattolici e ortodossi in Serbia e Bulgaria nell'età contemporanea*, ivi, pp.412 ss.

<sup>293</sup> ANGELO MERCATI, *Raccolta di Concordati cit.*, Vol.II, pp.202-215. Sulle vicende concordatarie, avviate dal 1922 e finite nel nulla, ROBERTO MOROZZO DELLA ROCCA, *Cattolici e ortodossi cit.*, p.414.

<sup>294</sup> Il tentativo di un accordo regionale tra Tito e l'arcivescovo Stepinac (1945) abortì sul nascere per il chiaro unico scopo di ottenere una «normalizzazione» religiosa dei rapporti con Roma, secondo le metodiche in voga tra i funzionari comunisti. Cfr. MASSIMO GUIDETTI, *Sguardo sulla storia jugoslava XIX-XX secolo*, in AA.Vv., *La Serbia, la guerra e l'Europa* (a cura di Nikša Stipčević), Jaka Book, Milano, 1999, p.70.

<sup>295</sup> HANSJAKOB STEHLE, *Die Ostpolitik des Vatikans*, Piper & Co. Verlag, Munchen-Zurig, 1975.

<sup>296</sup> *Enchiridion dei Concordati cit.*, pp.1335-1340. In partic. ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique cit.*, pp.172-173 e 452-453, ne sottolinea il protagonismo solitario delle Parti contraenti estraniare da ogni riferimento istituzionale esterno. Tale soluzione non è tuttavia priva di pragmatismo. Il Protocollo jugoslavo silenzioso circa il diritto di prenotificazione, concedeva un margine di manovra più ampio alla Chiesa, per la nomina dei vescovi.

di confronto hanno fatto ritenere quelle disposizioni -quelle stesse che nel 1971 avrebbero permesso la riapertura dei normali canali diplomatici ed il ristabilimento di relazioni ufficiali- come un «successo» del dialogo sui temi religiosi in Jugoslavia<sup>297</sup>. E, tuttavia, gli incoraggianti segnali di dialogo concordatario si sono pietrificati in quelle carte, ingiallite lungo il trascorrere dei successivi cinquant'anni, a fronte della palese vitalità che, nell'arco del decennio compreso tra il 2001 e 2011, ha reso possibile nelle altre ex-Repubbliche federali di Slovenia, Croazia, Bosnia-Erzegovina e Montenegro, di dare vita ad una nuova «stagione costantiniana» dei Balcani occidentali<sup>298</sup>. Si potrebbe affermare che, tenuto conto dei risultati settoriali ottenuti nei rapporti tra Repubblica di Serbia e Santa Sede (Accordo sull'insegnamento superiore, del 2014; Accordo sulla libertà religiosa nell'esercito, del 2011) la fase «post-transitoria» dei rapporti concordatari non abbia neppure guadagnato un posto di riguardo tra le questioni di trattazione nel dibattito politico a lungo termine.

Le attuali mutate circostanze di contorno all'azione diplomatica devono indurre a prudenti conclusioni sull'esercizio da parte del clero ortodosso serbo di pressioni politiche sul legislatore, tali da congelare ogni apertura alle attese del cattolicesimo romano. Il parlamento serbo sembra lontano dagli avvenimenti che nel quadriennio 1935-1938 decretarono, in un turbinio di scomuniche e manifestazioni di piazza, la disfatta concordataria<sup>299</sup>. E, tuttavia, non è da escludere che l'attuale legislatore di Belgrado abbia registrato, e fatto propri, motivi di diffidenza e di più recente rancore dell'ortodossia serba verso la Santa Sede e la sua politica di smantellamento del disegno federativo jugoslavo, specchio di un'antica velleità patriottica e panslava in-

<sup>297</sup> Così, ACHILLE SILVESTRINI, *La S.Sede nella Ost-politik e nella CSCE*, in AA.VV., *La politica internazionale della S.Sede 1965-1990. Atti del Seminario di studio*. Perugia, 8-10 novembre 1990 (a cura di G. Barberini), ESI, Napoli, 1992, pp.43-44; Id., *Le tre fasi dell'Ostpolitik*, in *Il Regno. Attualità*, EDB, Bologna, 2000/12, pp.421-427.

<sup>298</sup> Si vedano, per la Slovenia, l'Accordo su questioni giuridiche (14 dicembre 2001), in JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati dal 2000 al 2009* cit., pp.292 ss.; per la Croazia, l'Accordo circa questioni giuridiche; circa la collaborazione in campo educativo e culturale; circa l'assistenza religiosa ai fedeli cattolici membri delle Forze Armate e della Polizia (19 dicembre 1996); per la Bosnia-Erzegovina, l'Accordo di base (19 aprile 2006) e il Protocollo addizionale (29 settembre 2006), in JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati dal 2000 al 2009* cit., pp.31 e 42 ss.; per il Montenegro, l'Accordo di base (24 giugno 2011). Cfr. FABIO VECCHI, *Appunti sull'Accordo di Base del 24 giugno 2011 tra la Santa Sede e il Montenegro*, in *Ius Ecclesiae*, XXV/2, Serra ed., Pisa-Roma, 2013, pp.540-560. In generale, vedasi GIOVANNI BARBERINI, *I concordati di Giovanni Paolo II nell'Europa centrale e orientale*, in *QDPE*, 1999/1, Il Mulino, Bologna, pp.59-71.

<sup>299</sup> GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878 ad oggi* cit., p.48; MASSIMO GUIDETTI, *Sguardo sulla storia jugoslava* cit., p.63; ARMANDO PITASSIO, *Stato e Chiesa in Bulgaria e Serbia* cit., pp.378-379.

neggiante alla «Grande Serbia»<sup>300</sup>. Va infatti sottolineato che, sebbene l'era post-Milosevic abbia assicurato una notevole estensione dei diritti e libertà religiose, confermando l'articolazione di elementi di laicismo ed eterodossia nel legislatore serbo, ciò non esclude zone d'ombra e di accomodamento arbitrario nei rapporti di relazione tra Stato e clero ortodosso.

Non c'è dubbio, poi, che il clima di sospetto nutrito dalle gerarchie ortodosse verso Roma sia stato ulteriormente alimentato dalla inedita quanto inaspettata apertura ecumenica avviata da Giovanni Paolo II con il programma della quarta enciclica del Pontefice polacco, la «*Slavorum Apostoli*». L'aspirazione ad un'Europa «dai due polmoni», estesa oltre gli Urali che, attraverso l'approccio missionario cirillo-metodiano infrangeva insormontabili barriere ideologiche e teologiche, e proponeva una nuova temibile ecclesiologia<sup>301</sup>. Non solo: quel magistero veniva a completare il principio esposto nel Concilio Vaticano II dei battezzati «separati» che, in virtù del sacramento erano comunque costituiti in una comunione, per quanto «imperfetta», con la Chiesa di Roma<sup>302</sup>. La resistenza di quei motivi di sfiducia e risentimento è stata confermata nelle contrastate reazioni emerse nel mondo ortodosso (spinto a parlare di «tradimento» nella sua compagine ucraina) all'indomani del recente incontro cubano tra papa Francesco ed il patriarca di Mosca Kirill concluso con una Dichiarazione congiunta, il 12 febbraio 2016.

Alle ataviche difficoltà di dialogo ecumenico tra Chiesa cattolica e ortodossa si sovrappongono problemi riorganizzativi della rappresentanza apostolica sul territorio serbo. La nascita delle nuove entità statuali, succedute giuridicamente alle Repubbliche della Federazione jugoslava dando luogo al riassetto dei confini e al riaccorpamento di circoscrizioni territoriali, ha anche comportato un processo di ridisegno, ancora oggi irrisolto, dei nessi di collegamento tra diocesi e fedeli. Beninteso, eccezion fatta per l'inesisten-

---

<sup>300</sup> Osserva come la convinzione che Germania e Vaticano siano da annoverare tra i principali artefici della dissoluzione jugoslava, sia tutt'ora radicata in Serbia, ROBERTO MOROZZO DELLA ROCCA, *Le religioni e la dissoluzione* cit., pp. 471 e 473. Com'è noto, la posizione ufficiale espressa dalla Santa Sede all'OCSE il 3 luglio 1991, era quella di un riconoscimento internazionale dell'indipendenza di Slovenia e Croazia (auto-dichiarato contemporaneamente dai due nuovi Stati, il 25 giugno di quell'anno) il più possibile rapido.

<sup>301</sup> BERNARD LECOMTE, *Giovanni Paolo II*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2005, pp.314 ss.; GIOVANNI BARBERINI, *Il problema "Europa" nel magistero di Giovanni Paolo II*, in *QDPE*, 1986, Il Mulino, Bologna, pp.141 ss. Riguardo alle celebrazioni in Jugoslavia (a Djakovo) per il 1110° anniversario della morte di San Metodio, cfr. *L'Osservatore Romano*, 6 luglio 1985, pp.1 e 4 e 8-9 luglio 1985, pp.1 e 4.

<sup>302</sup> ALESSANDRO RONZANI, «*Ortodossia*», in *Enc. Giur.*, XXXI (1981), Treccani, Roma, pp.448-449. Si veda anche PIETRO GISMONDI, *Chiese e comunità ecclesiali acattoliche nei recenti decreti conciliari*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1965, I, Giuffrè, Milano, pp.189 ss.

te ordinariato militare, in Serbia la Chiesa cattolica può affidarsi al Nunzio apostolico di Belgrado e ad un'organizzazione ecclesiastica, seppur di ramificazione embrionale, articolata nell'arcidiocesi di Belgrado e nelle diocesi di Subotica, Zrenjanin, Sirmio, e nell'Esarcato apostolico di Novi Sad, dal 2013 preposto ai cattolici serbi di rito bizantino (ed ora distinto dall'Esarcato di Croazia, corrispondente all'episcopato di Križevci)<sup>303</sup>. La questione, invece, tocca direttamente la Conferenza episcopale internazionale dei Ss. Cirillo e Metodio (CEICEM), per la speciale configurazione sovranazionale delle competenze territoriali con cui papa Wojtyła l'aveva progettata, nel 2004. La sua originaria estensione su Serbia, Montenegro, Kosovo e Macedonia collide con la nuova carta geopolitica e con equilibri organizzativo-confessionali in progressiva ridefinizione. La radicale revisione della struttura sovranazionale dell'episcopato, prevede, in attesa del *placet* della Santa Sede, la formazione di differenti Conferenze episcopali nazionali e un riordino delle competenze<sup>304</sup>.

Ma la riscrittura dei confini nei Balcani occidentali coinvolge in pari misura la Chiesa ortodossa, per la quale è necessaria la coincidenza «visibile» tra organizzazione ecclesiastica e Stato nazionale: la configurazione di scissioni intestine alla Chiesa patriarcale serba, con la richiesta di consolidarle in autocefalie, ha interessato tanto la Chiesa ortodossa montenegrina che quella di Macedonia.

La vicenda della CEICEM è comunque indicativa, per sé presa, delle dinamiche in atto di tipo «post-transitorio» nella regione balcano-danubiana: istituita già in un capitolo storico di svolta, post-socialista, le esigenze di adattamento sono state dettate dalle forze endogene espresse dai nuovi Stati nazionali, nati sulle ceneri della Federazione jugoslava e dalle risposte di fede attese dalle minoranze etniche. Ma un contributo non secondario va ascrivito anche alla diversificata nomopoiesi che segnala difformi capacità di reazione di adeguamento ai principi democratici dello Stato di diritto, e alla volontà di stabilire impegnative, e poco accette, politiche concordatarie<sup>305</sup>.

<sup>303</sup> *Annuario Apostolico*, CdV, 2016, pp.1126 e 1134.

<sup>304</sup> *Serbia. Intervista a Mons Hocevar. Non lasciateci soli*, in *Il Regno. Attualità*, EDB, Bologna, 3/2015, pp.209-210. Vedi anche JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR - LUIS NAVARRO, *La legislazione delle Conferenze episcopali complementare al CIC*, Coletti a San Pietro, Roma, 2009<sup>2</sup>. Si rinvia alla nota 64.

<sup>305</sup> È indicativo osservare che sino all'edizione del 2015 l'*Annuario Pontificio* abbia ricondotto la Conferenza Episcopale di Serbia alla voce generica dei «Balcani» mentre dal 2016 si è inteso precisare e menzionare distintamente la CEICEM per ciascuno degli Stati dei Balcani occidentali (Serbia, Montenegro, Macedonia e Kosovo) in cui essa è presente.

16. *La cooperazione di Belgrado alla politica di «buon vicinato» nella regione dei Balcani occidentali e i diritti umani*

Quello della cd. «normalizzazione» dei rapporti tra i nuovi Stati della regione dei Balcani occidentali appare ancor oggi la via maestra da battere per un effettivo approdo alla stabilità democratica e al consolidamento di una compiuta età della «post-transizione» in Serbia.

Le relazioni di buon vicinato sorrette da un corposo drappello di convenzioni (ma anche da leggi interne, volte ad esercitare importanti ricadute sugli Stati limitrofi) costituiscono, così, uno dei principali obiettivi caldeggiati dall'UE. La legge generale sulla restituzione dei beni confiscati e le compensazioni sui territori ora del Kosovo e della Macedonia (2005)<sup>306</sup> rappresenta un tentativo politicamente assai apprezzabile di edificazione di rapporti di buon vicinato, tenendo conto della natura assai spinosa della questione delle restituzioni patrimoniali, resa di ancor più complessa maneggevolezza dalle insorgenti velleità di indipendentismo apparse nei territori in cui i patrimoni immobiliari insistono<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Zakon za vrashtane na konfiskuvanoto imushtestvo i obezhtetenieto (Закон за връщане на конфискуваното имущество и обезщетението), in *Sluzbeni glasnik RS*, n.45/2005. n.18/92

<sup>307</sup> Secondo la *Risoluzione 2015* cit., Considerando F: «la Serbia ha compiuto passi importanti verso la normalizzazione delle relazioni con il Kosovo, che sono sfociati nel primo accordo sui principi di normalizzazione delle relazioni del 19 aprile 2013; che sono urgentemente necessarie ulteriori misure per affrontare tutte le questioni in sospenso tra i due Paesi», ragion per cui il Parlamento Europeo, ex §9: «si compiace del primo accordo sui principi di normalizzazione delle relazioni raggiunto nell'ambito del dialogo di alto livello tra i primi ministri di Serbia e Kosovo il 19 aprile 2013; plaude all'impegno profuso dalla Serbia nel processo di normalizzazione con il Kosovo e incoraggia fortemente le autorità serbe a svolgere un ruolo costruttivo in tale processo, così come nello sviluppo delle relazioni di buon vicinato, che può essere nell'interesse di entrambi i Paesi (...) e ritiene che la piena normalizzazione delle relazioni tra la Serbia e il Kosovo faciliterebbe l'adesione della Serbia all'UE ».

Ed, inoltre, al § 14 «esorta la Serbia ad esaminare, in uno spirito di riconciliazione e di relazioni di buon vicinato, la propria legge sull'organizzazione e le competenze delle autorità di Stato nell'ambito dei procedimenti per crimini di guerra, in cooperazione con i paesi suoi vicini».

Tali sollecitazioni più che esplicite proseguono nell'espressione del plauso per la sottoscrizione da parte delle autorità della Serbia «della dichiarazione sul ruolo dello Stato nell'affrontare la questione delle persone scomparse in conseguenza del conflitto armato e delle violazioni dei diritti umani; (...) e a localizzare le fosse comuni delle guerre in Croazia, Bosnia-Erzegovina e Kosovo (...)» (§16) e si concludono nel compiacimento «dell'approccio costruttivo adottato del governo serbo nelle relazioni con i paesi vicini (...); incoraggia la Serbia a collaborare ancora di più con i paesi vicini e ad avviare ulteriori misure finalizzate alla cooperazione transfrontaliera, (...) nel quadro della riconciliazione; plaude in generale al rispetto da parte della Serbia dei suoi obblighi internazionali e al fatto che la Serbia abbia ulteriormente sviluppato relazioni bilaterali con il suo vicinato; ribadisce l'importanza cruciale della riconciliazione; incoraggia la Serbia ad attuare pienamente gli accordi bilaterali con i paesi vicini e ad affrontare le sue questioni bilaterali pendenti con un approccio pragmatico (...); incoraggia la Serbia a sostenere attivamente, apportando un contributo costruttivo in tal senso, i progressi della Bosnia-Erzegovina nei confronti dell'integrazione europea; si compiace altresì del

Le maggiori aspettative si focalizzano sulla questione irrisolta del Kosovo, dove si sollecita un approccio pragmatico<sup>308</sup>. Altrettanto pressanti ed analoghe cure ed attese provengono dagli ambienti ONU, attraverso la Risoluzione formalizzata sulla Serbia sia da Consiglio di Sicurezza (1999) che dall'Assemblea Generale (2010)<sup>309</sup>. Sotto l'egida dell'UE i rapporti tra gli Stati dell'ex-Jugoslavia, in un percorso di riconciliazione, hanno teso a ricucire le lacerazioni procedendo su tutti i settori, dall'economia<sup>310</sup> alla collaborazione giudiziaria contro i crimini di guerra (uno specifico accordo è stato qui ratificato tra Serbia e Croazia)<sup>311</sup>.

L'attenzione negoziale si è concentrata anche sulla questione dei migranti, con importanti conseguenze in tema di minoranze e diritti umani. L'accordo tra la Repubblica serbo-montenegrina e la Macedonia per la tutela reciproca delle minoranze (2004)<sup>312</sup> si muove su questa linea, giacché mette in evidenza il valore dell'identità quale parametro di riferimento su cui si collocano la religione, la lingua, l'etnia, la nazionalità.

Siffatti valori, di cui sono portatrici le minoranze nazionali, necessitano di un livello di protezione giuridica incondizionato: questa tutela concorre in tal modo alla promozione di rapporti di buon vicinato (art.2, legge di ratifica Accordo 2004). L'accordo ha valenza esemplare e si colloca tra i negoziati di tipo pattizio generale, sia per il contenuto esteso all'insieme delle materie «sensibili» in tema di minoranze, sia per il rinvio ad accordi di secondo livello per l'attuazione dei principi in esso contemplati. L'accordo, infatti, riassume il complesso dei principi necessari a garantire le libertà fondamentali di un gruppo, sia esso nazionale o minoritario. Contempla la parità di trattamento (art.1); il diritto alla tutela indettitaria, con l'inseri-

---

fatto che la Serbia abbia continuato a partecipare attivamente alle iniziative regionali, ad esempio al processo di cooperazione dell'Europa sud-orientale (SEECP)» (§17).

<sup>308</sup> Registra una indipendenza molto relativa e con molti limiti di fatto in capo al Kosovo, GUIDO FRANZINETTI, *I Balcani dal 1878 ad oggi* cit., p.124.

<sup>309</sup> Risoluzione 1244/1999 del Consiglio di Sicurezza e Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU A/RES/64/298 (9 settembre 2010) la quale prende atto del parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia (22 luglio 2010) in tema di conformità al diritto internazionale circa la dichiarazione unilaterale di indipendenza espressa dal Kosovo, sostenendo i buoni uffici offerti dall'UE e volti a favorire il dialogo tra le autorità rappresentative di Belgrado e Pristina.

<sup>310</sup> TIM JUDAH, *Ja sam otac Jugosfere*, in *Globus*, n.1027 (13 agosto 2010), pp.22 ss.

<sup>311</sup> STEFANO BIANCHINI, *Oltre la disgregazione* cit., pp.211-212.

<sup>312</sup> *Zakon za ratifikacija na spogodbata megu republika Makedonija i srbija i crna gora za zaštita na makedonskoto nacionalno malcinstvo vo srbija i crna gora i zaštita na srpskoto i crnogorskoto nacionalno malcinstvo vo republika Makedonija* (Закон за ратификација на спогодбата меѓу република Македонија и србија и црна гора за заштита на македонското национално малцинство во србија и црна гора и заштита на српското и црногорското национално малцинство во република Македонија), in *Sluzbeni Vestnik na R. Makedonija*, n.83/04 (24.11.2004).

mento della libertà religiosa «creando tutte le condizioni e le misure atte a tal fine» (art.2.1) e vieta pratiche assimilazioniste a danno delle minoranze (art.2.2); dichiara il diritto all'uso della lingua madre nella dimensione pubblica e privata (art.3) e quindi anche di fronte alle autorità amministrative e giudiziarie; propone lo scambio educativo come metodo di collaborazione scolastica «favorendo la formazione (anche sulla base) della storia e cultura delle minoranze nazionali» (art.4); sostiene, anche con l'ausilio di politiche di esenzione fiscale, le organizzazioni e associazioni a favorire l'attività nel pubblico, specialmente se il loro fine è di indole culturale (art.5); sollecita le Parti a stipulare accordi specifici sia per la tutela del patrimonio culturale (art.6), sia per regolare il diritto delle minoranze all'informazione e al rapporto con i *mass-media* (art.7); garantisce il principio di partecipazione politico-decisionale negli organi rappresentativi a tutti i livelli territoriali (art.8) e vieta ogni misura di stanziamento forzato intesa a «modificare la composizione etnica della popolazione nelle zone in cui vivono le minoranze nazionali» (art.9). L'accordo sollecita i contraenti a ritenere le sue precisazioni come base pragmatica per futuri accordi reciproci (art.11) ed inserisce una clausola interpretativa volta a vietare letture riduttive dei diritti e libertà vigenti alla firma dei patti (art.13).

Accordi sulla sicurezza sociale di profughi e migranti sono stati siglati tra Serbia e Slovenia a partire dal 1997, in un progetto in cui la Slovenia intesseva con gli altri Stati della ex-Jugoslavia (Croazia, Bosnia-Erzegovina, Macedonia) un programma di sostegno sociale di vasto respiro a garanzia dei rifugiati<sup>313</sup>.

Su un piano di rafforzamento dei rapporti tra Stati vicini va letto anche l'Accordo di riconnessione che la Slovenia ha siglato, tra gli altri, con la Repubblica di Serbia-Montenegro nel 2001, regolante le procedure di espulsione dei profughi (cd. «*erased people*») nei casi e nelle forme stabiliti dalle convenzioni internazionali vigenti<sup>314</sup>.

Ancor più recentemente, si registra una progressione negli sforzi dei governi di Belgrado volti a rafforzare politiche di sicurezza sociale, con accordi bilaterali internazionali anche a carattere ultraregionale<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Un *Act ratifying the agreement on social security between the Republic of Slovenia and Serbia* (maggio 2007). Cfr. NEZA KOGOVSSEK SALAMON, *Migration law in Slovenia*, Wolters Kluwer International ed., 2011, p.73.

<sup>314</sup> NEZA KOGOVSSEK SALAMON, *Migration law in Slovenia* cit., p.168.

<sup>315</sup> Cfr. la l. n.234/2013 di promozione dell'Accordo sulla sicurezza sociale tra Repubblica di Serbia e Ungheria (2013), nonché gli Accordi firmati dalla Serbia con: la Repubblica Slovacca (Bratislava, 2 marzo 2012); la Repubblica austriaca (Belgrado, 26 gennaio 2012); la Bulgaria (Belgrado, 19 settembre 2011); la Slovenia (Lubiana, 29 settembre 2009); la Turchia (Belgrado, 12 ottobre 2005). I testi sono



### 17. *Equilibri raggiunti (ed attesi) nelle relazioni comunitarie ed internazionali della Serbia*

Il Parlamento Europeo nella Risoluzione del 2015 (*visto g – visto m*) ha formulato ulteriori incoraggianti rilievi sui progressi conseguiti dalla Serbia nei diversi ambiti di armonizzazione nel rispetto degli *standard* europei, menzionando esplicitamente il caso delle contestazioni dei crimini di guerra a carico di Vojislav Šešeli.

Nonostante il considerevole impulso riformista impresso alle sue istituzioni, la progressione «post-transitoria» serba sembra rallentare il passo e cedere terreno alle lusinghe del regime semiautoritario<sup>316</sup>. Di ciò si colgono i segni sia nell'attenuazione delle tendenze ad affermare lo Stato di diritto e ad imprimere nuovi necessari impulsi alla riforma della P.A. e dell'organizzazione giudiziaria, sia nelle relazioni internazionali appiattite sul *reversissement* di una storica alleanza con la Russia<sup>317</sup>. Non a caso la menzionata Risoluzione UE sollecitava la Serbia a recidere l'antico cordone ombelicale con Mosca e a recuperare l'imprescindibile autonomia politica in vista di un deciso allineamento alla politica estera europea, tenuto conto del ruolo di stabilizzazione che Belgrado può esercitare a largo raggio nel quadrante dell'Europa orientale<sup>318</sup>.

Ma le alleanze sottostanno sempre a logiche di equilibrio mutevoli per definizione: alleanze che rispecchiano compromessi apparentemente inestricabili e dalle declinazioni assi sfumate<sup>319</sup>. La questione del Kosovo ne è la risultante ultima: lo stallo internazionale mette di fronte la compagine euro-americana che riconosce la sovranità della minuscola regione, con l'asse serbo-russo che sostiene l'intangibile unità territoriale della Serbia-Kosovo. La

---

reperibili sul sito ufficiale on-line dell'International Labour Organization (ILO) NATLEX. Per il caso Bosnia-Erzegovina contro Serbia-Montenegro, si veda anche ELISA D'ALTERIO, *La funzione di regolazione delle Corti nello spazio amministrativo globale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.59 ss.

<sup>316</sup> LUCA MEZZETTI, *Le Costituzioni economiche*, in *I Balcani Occidentali* cit., p.120.

<sup>317</sup> MIODRAG LEKIĆ, *Il ruolo della Russia nell'internazionalizzazione della crisi jugoslava*, in *Dopo la pioggia*, cit., pp.262 e 266.

<sup>318</sup> *Risoluzione 2015*, § 11, secondo cui il Parlamento Europeo: «si rammarica che la Serbia non si sia allineata, quando è stata invitata a farlo, alle decisioni del Consiglio che hanno introdotto misure restrittive nei confronti della Russia, tenendo presente, tuttavia, i legami economici, sociali e culturali tradizionalmente forti che esistono tra i due Paesi». Ed inoltre: «incoraggia la Serbia ad usufruire di detta presidenza per contribuire a stabilizzare la situazione nell'Ucraina orientale, agendo da mediatore» (§12).

<sup>319</sup> Il vantaggio di una Serbia più forte perché inquadrata nel consesso dell'UE spiega l'apparente paradosso del *placet* russo a tale ingresso nell'Europa comunitaria. Cfr. EMANUELA C. DEL RE, *Vent'anni dopo* cit., p.253.

ricerca di equilibri geopolitici internazionali, dai quali dipende l'attuazione dei diritti umani, del principio di tolleranza e del rispetto delle nazionalità e delle religioni non ha smesso, dunque, di restare al centro dei processi di riassetto delle politiche liberali non discriminatorie sorte nel secondo Novecento<sup>320</sup>. Nella regione balcano-danubiana tale processo ha così bruciato diverse tappe e sperimentazioni giuridico-normative: dai trattati di pace (Dayton, Kumanovo, Ohrid, Belgrado) alle alleanze politico-diplomatiche regionali (cd. «Iniziativa Igman 2000»), alla via dell'allargamento UE attraverso gli Accordi di Stabilizzazione ed Associazione (ASA)<sup>321</sup>.

Resta scontato che una chiara posizione della Serbia negli assetti internazionali permetterà alla sua classe politica di interagire con l'UE ai fini dell'integrazione normativa e dell'assonanza piena con i valori democratici. D'altra parte il ruolo egemone della Serbia ha ottenuto eloquente conferma nella vicenda successiva di diritto internazionale, che le ha automaticamente consegnato lo *status* di continuità nella personalità giuridica e nella successione negli impegni internazionali precedentemente riferibili all'Unione serbo-montenegrina, con il conseguente onere in capo al Montenegro di ripristinare i rapporti internazionali unilateralmente perduti<sup>322</sup>.

Il ruolo sussidiario dell'UE e dell'ONU al processo di democratizzazione dell'Est europeo rimane oscillante tra l'intervento di tipo assistenziale e quello impositivo, ma a differenza della Bosnia-Erzegovina o del Kosovo, la Serbia esprime un dinamismo culturale ed una volontà di cambiamento che induce gli osservatori istituzionali ad attendere con ragionevole ottimismo il corso degli eventi<sup>323</sup>. È altrettanto chiaro che nessuna organizzazione internazionale o dottrina istituzionale è stata sinora in grado di forgiare modelli teorici univoci di Stato democratico e che, anzi, già da sola la fucina dei Balcani occidentali offre un ventaglio esemplare ed unico nel suo genere di esperienze diversificate quanto a modelli culturali di democrazia e contaminazioni di tipo etnico e confessionale<sup>324</sup>.

Nel più ristretto scenario europeo gli strumenti adottati dall'UE, in specie, il sistema della condizionalità, hanno favorito il processo di integrazione

---

<sup>320</sup> MARIO CARICCHIO, «Tolleranza», in *Diritti umani. Dizionario. II*, cit., pp.1277.

<sup>321</sup> STEFANO BIANCHINI – JOSEPH MARKO – CRAIG R. NATION – MILICA UVALIĆ, (a cura), *Regional cooperation, peace enforcement, and the role of the Treaties in the Balkans*, Longo, Ravenna, 2007.

<sup>322</sup> Ad es., riformulare la richiesta di adesione al Consiglio d'Europa. Cfr. LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., p.172.

<sup>323</sup> THALITA VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *Principio di legittimità democratica e domino riservato*, in *Democratizzazione all'Est* cit., p.195.

<sup>324</sup> UGO VILLANI, *Democratizzazione all'Est e Nazioni Unite*, in *Ult.loc.cit.*, p.60.

e rafforzamento democratico, per la Croazia e la Serbia<sup>325</sup>. Occorre forse domandarsi se in condizionamento internazionale, comunque prodotto, specialmente all'atto della redazione della Costituzione serbo-montenegrina, abbia poi inficiato le reali convinzioni del legislatore serbo circa i principi di pluralismo, Stato di diritto e democrazia, conservando elementi di accondiscendenza verso modelli di Stato monoetnico o a tradizione culturale e religiosa «maggioritaria» ortodossa, armonizzati con la cultura patriottica nazionalista della madre-Russia<sup>326</sup>.

Segnali contrastanti e di discontinuità sono visibili, viceversa, dall'apertura al diritto internazionale ratificato, che è quanto accade nei testi costituzionali che ne accolgono la «posizione superlegislativa», permettendo a tale fonte l'immediata efficacia e prevalente applicabilità sul diritto interno contrastante<sup>327</sup>. E che tale apertura al diritto internazionale sia un fenomeno consolidato lo conferma l'art.22 della Cost. serba 2006: proprio in ordine alla protezione dei diritti umani, delle minoranze e delle libertà, tale norma rinvia al ruolo di protezione e tutela dei diritti soggettivi, attraverso il ricorso del cittadino a Corti internazionali<sup>328</sup>.

## 18. Conclusioni. Il futuro delle libertà fondamentali e religiose in Serbia

I più recenti avvenimenti di cronaca testimoniano il vacillamento crescente del progetto europeo. Il disegno unitario si è più volte incagliato nelle secche dell'incompatibilità dei vocabolari economici nazionali. Quei codici riflettono gli abiti mentali dei popoli europei, i cui cittadini faticano ad abbracciare le responsabilità dettate da una nuova e più allargata cittadinanza. Una classe dirigente sostanzialmente inadeguata ha dimostrato a più riprese

---

<sup>325</sup> FLORENCE HARTMANN, *The ICTY and EU conditionality*, in *Challiot Paper*, n.116, (giugno 2009), pp.67 ss.

<sup>326</sup> GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, in *I Balcani Occidentali* cit., pp.12 ss.

<sup>327</sup> A questa «tecnica monista di adattamento» si rifanno gli artt.16, 194 e 167 della Cost. di Serbia 2006 e si rivela caratteristica nelle Costituzioni degli Stati dei Balcani occidentali «post-transitori». Cfr. LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., pp.182 e p.183, n.72; GIULIANA ZICCARDI CAPALDO, *Democratizzazione all'Est e diritto internazionale generale*, in *Democratizzazione all'Est* cit., pp.51-52. Su questi elementi di discontinuità del diritto serbo, anche con le dottrine giuridiche sovietiche novecentesche, cfr. GIANNANTONIO BENACCHIO, *La circolazione dei modelli* cit., p. 181.

<sup>328</sup> Si tratta pur sempre di un processo che impone perseveranza nell'adempimento. Nella *Risoluzione 2015*, § 13, infatti si « incoraggia la Serbia a collaborare ulteriormente con il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY), al fine di rafforzare i processi sui crimini di guerra». Cfr. LAURA MONTANARI, *La tutela dei diritti* cit., pp.200-201.

i propri limiti a tracciare il decumano politico europeo e quindi, ideale, di un progetto ambizioso ma ancora privo di una Carta fondamentale. Archiviata l'esperienza di Nizza, gli esiti referendari che accusano un'Europa prona al tecnicismo finanziario e al pareggio dei bilanci, non fanno che denunciare questa debolezza di limiti prospettici.

Per un singolare paradosso, la Serbia, che tanta spinta propulsiva sulla via riformista ha ricevuto dal sogno europeo, e che nella tensione innovativa ha accettato il rischioso confronto con la sua storia ed i suoi valori nazionali, mettendo in discussione anche il principio di omogeneità territoriale e di identificazione etno-nazionale, in un territorio e in una fede da sempre pensati in un'indissolubile unitarietà, si trova ad agire su un piano internazionale ancor più fluido e vischioso di quanto non fosse nella più rassicurante dimensione domestica. La Brexit, ha trasformato le placide acque comunitarie in uno specchio agitato ed ha accentuato il carattere fiduciario della spinta democratica nella regione dei Balcani occidentali.

In queste condizioni il futuro dei diritti e delle libertà fondamentali, inclusa quella religiosa, per tutte le vittorie conseguite dal legislatore serbo della «post-transizione» si gioca su due versanti strettamente legati alla dimensione religiosa: il mantenimento del rapporto sinfonico con il Patriarcato di Pec, su un piano mutuo tra tradizione e spinta riformista, e la soluzione della questione del Kosovo, emblema del più vasto dramma della diaspora del popolo serbo e di più risalenti richiami evocativi irredentisti. Tutto è oggi rimesso alla volontà del legislatore serbo di proseguire lungo il solco tracciato dalla nuova Costituzione del 2006 e tradotto nel *corpus* delle pregevoli ed innovative leggi qui esaminate.

*Special focus on  
The essential elements of religion in the interpretation of the Courts*

In the Western legal culture, the protection of religion has been regarded as an essential part of the liberties and inalienable rights secured for the people. Historically, this legal protection has been extended to religious communities as one of the primary institutions for carrying out religious activities. Nonetheless, a clear legal definition of religions and of their institutional framework lack in the Western Constitutions, and even the mere definition of the word “religion” is critical. This explains why the interpretation of Courts – especially the Supreme and Constitutional Courts – of the “essential elements” of religions became extremely relevant.

Moreover, under the pressing process of immigration and the ambiguous phenomenon of globalization, the spread of heterogeneous religious phenomena has multiplied the issues flowing from the lack of a clear definitional guidance on the conceptual boundaries of religion.

From here an intricate paradox stems: a definition is a necessity for a constitutional democracy; in a contemporary constitutional democracy defining a religion is extreme difficult. Furthermore, in dealing with this paradox, legislators and judges must act with the utmost caution, as they risk violating the paramount separation of Church and State. Legal theorists have made serious attempts to provide an adequate definition of what religion is for, but still a lively debate exists and no consensus has emerged yet.

The essays collected in this Special Focus, which are complete versions of the papers presented during the international workshop on “The essential elements of religion in the interpretation of the Courts” held at the LUISS “Guido Carli” University (Rome) on 12 May 2015, deal with this topic analysing the discipline of the religious phenomenon from different perspectives, ranging from the supranational courts’ interpretation to selected case-studies. The editors of this Special Focus, Francesco Alicino (LUM Jean Monnet, Bari, Italy) and Valentina Rita Scotti (Koç University Law School, Istanbul, Turkey), express their gratitude to Prof. Carmela Decaro Bonella (LUISS), who supervised them in the organization of the workshop.

# *Defining Religion and Belief: The Approach of The European Court of Human Rights*

DANIELA BIFULCO

## 1. *Defining religion and belief for legal purposes. Preliminary remarks*

“Defining religion” is a topic which obliges the legal scholar to face a persistent theoretical dilemma, as old and deeply engrained in constitutional studies as it is in the European history itself. This dilemma is a daunting one and can be phrased in the following terms: does the ambition of defining religion and/or belief go beyond the principle of state neutrality in religious matters? Given that the secular constitutional state should avoid taking position on the definition of religion and the substance of religious “truth” (according to Locke, Hobbes and Kant, among others, this is a tenet of liberal thought), how far is the civil government supposed to go in defining religion? To what extent does a secular state have the power and legitimacy to define religion and distinguish the latter from the concept of belief?

The answer to this question is strictly bound up with our understanding of the concept of state neutrality<sup>1</sup> or state-church separation. However uncertain and full of historical happenstance and compromise, both separation and neutrality imply that “non-secular bodies shall not exercise secular power and, vice versa, secular bodies shall not exercise ecclesiastical power”.<sup>2</sup> In other words, the “wall of separation” between church and state<sup>3</sup> means that,

---

<sup>1</sup> Although the issue of defining religion (from a legal-constitutional standpoint) is related to the concept of state neutrality in religious matters, we will not focus but indirectly on the latter. Interesting remarks on the neutrality concept and the need to deepen it have been recently outlined by Ch. Möllers, *Grenzen der Ausdifferenzierung. Zum Zusammenhang von Religion und Politik im Demokratischen Rechtsstaat*, in *Religions-verfassungsrechtliche Spannungsfelder*, H.M. Heinig, Ch. Walter eds, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p.13.

<sup>2</sup> A. Sajó, *Constitutionalism and Secularism : the Need for Public Reason*, in *Cardozo Law Review*, 30, 2009, p.2406.

<sup>3</sup> Jefferson’s Letter to the Danbury Baptists. The Final Letter, as Sent To messers. Nehemiah

“ideally, the public sphere should be neither religious nor antireligious, but *a-religious*”<sup>4</sup>: from a constitutional standpoint, the liberal-democratic state (at least, the state “steeped in the normative order dictated by the Enlightenment”) should at once be “both neutral with respect to religion, by neither favoring it nor disfavoring it within its (public) sphere of legitimate action, and also equally protective of its citizens’ freedom *of* and *from* religion within the private sphere”<sup>5</sup>.

Consequently, excessive legal-judicial inquiry into religious belief (i.e. into the meaning of religion or belief itself) is not deemed legitimate from the constitutional standpoint. Therefore, even when courts are asked to decide for themselves what is religion for constitutional purposes, “they should do so without assuming that religion has a specifiable essence”.<sup>6</sup>

There is a certain amount of agreement among scholars that the effort of defining religion would be counter-productive, since it would be likely to create controversy<sup>7</sup> rather than consensus. There is no doubt that the

---

Dodge, Ephraim Robbins, & Stephen S. Nelson, a committee of the Danbury Baptist association in the state of Connecticut.

“Gentlemen, The affectionate sentiments of esteem and approbation which you are so good as to express towards me, on behalf of the Danbury Baptist association, give me the highest satisfaction. My duties dictate a faithful and zealous pursuit of the interests of my constituents, & in proportion as they are persuaded of my fidelity to those duties, the discharge of them becomes more and more pleasing. Believing with you that religion is a matter which lies solely between Man & his God, that he owes account to none other for his faith or his worship, that the legitimate powers of government reach actions only, & not opinions, I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should “make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof,” *thus building a wall of separation between Church & State*. Adhering to this expression of the supreme will of the nation in behalf of the rights of conscience, I shall see with sincere satisfaction the progress of those sentiments which tend to restore to man all his natural rights, convinced he has no natural right in opposition to his social duties. I reciprocate your kind prayers for the protection & blessing of the common father and creator of man, and tender you for yourselves & your religious association, assurances of my high respect & esteem. Th. Jefferson Jan. 1. 1802.” in [www.loc.gov](http://www.loc.gov) (Library of Congress, Washington D.C.). (emph.added).

<sup>4</sup> M. Rosenfeld, *Introduction: Can Constitutionalism, Secularism and Religion Be Reconciled in an Era of Globalisation and Religious Revival?*, in *Cardozo Law Review*, 30, 2009, p. 2334.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 2333

<sup>6</sup> K. Greenawalt, *Religion as a Concept in Constitutional Law*, 72, *California Law Review*, 1984, p. 815; according to D. Sullivan, *Advancing the Freedom of Religion or Belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination*, 82 *Am. J. Int’l L.* 487, 491-2, 1988, a too restrictive or too permissive definition of religion may itself turn out to be an interference with freedom of religion.

<sup>7</sup> See literature quoted by C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 59. For an approach to the problem of defining religion from the standpoint of the “juridification of everything (in UK)”, see J. A. Beckford, *The politics of defining religion in secular society. From a taken-for-granted institution to a contested resource*, in *The Pragmatics of Defining Religion. Contexts, Concepts and Contests*, Platvoet, Molendijk eds., 1999, p. 29, quot. by A. Reuter, *Was ist Religion? Das Recht als Forum definitionspolitischer*

concept of religion is a contested and divisive one: and to use a contested concept often means to use it aggressively and defensively<sup>8</sup>. To make a long story short, suffice it to say that, in the opinion of many scholars, no proper definition of religion exists (neither for constitutional<sup>9</sup> nor for sociological purposes<sup>10</sup>), the consensus on a generally accepted notion is missing and it is hardly likely to emerge from the scientific and judicial debate<sup>11</sup>. Also the Strasbourg Court ruled that “it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society, even within a single country such conceptions may vary”.<sup>12</sup>

The absence of a generally accepted definition of religion in the legal perspective is actually a matter of fact; in the European context, indeed, such a definition can be found neither in the national legal orders of the member states nor in the Strasbourg Court’s jurisprudence and, more generally, in the conventional system itself<sup>13</sup>. Beyond the European Convention on Human Rights, the absence of a definition of religion is notorious in international law as well : since religion has been too hard to define, the drafters of international instruments opted for “a catalog of rights in the sphere of religion under the heading freedom of thought, conscience, and religion. Freedom of belief and philosophical convictions are the other concepts which form part of the ‘conflation of terms’ in the sphere of religion. As such, international judicial bodies, including the ECtHR, are guided in their interpretation of religious exercise by some central principles and the catalogue of rights in their respective instruments”<sup>14</sup>

Some of the most relevant sociological studies help us to understand the intrinsic difficulty (or even impossibility) of defining religion: thanks to We-

---

*Arbeit am Begriff Religion*, in *Religions-verfassungsrechtliche Spannungsfelder*, H. M. Heinig, Ch. Walter, eds., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 65.

<sup>8</sup> A. Reuter, cit. p. 64.

<sup>9</sup> J. H. Mansfield, *The Religion Clauses of the First Amendment and the Philosophy of the Constitution*, in *California Law Review*, 1984, vol.72, p. 851.

<sup>10</sup> See infra, note 15

<sup>11</sup> A. Reuter, cit., p. 61.

<sup>12</sup> ECtHR, 20/9/1994, *Otto Preminger Institut v Austria*, No. 13470/87, § 50 : similarly, “it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals”, ECtHR, 7/12/1976, *Handyside v UK*, No. 5493/72, § 48.

<sup>13</sup> C. Evans, cit., p. 51, noting that “the drafters of the Convention do not seem to have given the issue much thought, leaving the main task of definition to the court and commission”. Whereas in the UN the definition problem was much more debated: for ex., “the issue of whether atheism and agnosticism were included within the definition of religion or belief has been a vexed one in the UN”.

<sup>14</sup> I. Cismas, S. Cammarano, *Whose Right and Who’s Right? The US Supreme Court v. the European Court of Human Rights on Corporate Exercise of Religion*, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu), p. 11.



ber and Durkheim, i.e. authors who put at the center of their sociological work the study of religion, we learnt that the effort of finding the religion's essence, content or truth, can be misleading.<sup>15</sup>

It could be argued that the difficulty of defining religion is a natural consequence of the European history and Europe itself, i.e. a continent in which “a range of divergent constitutional structures, views and opinions can be found. Although the vast majority of the states are viewed as functioning liberal democracies (albeit to various degrees), the challenge of identifying a detailed list of common ‘European’ values in regard to religion and belief”<sup>16</sup> seems, therefore, not only a difficult one<sup>17</sup>, but also an unattainable task.

Still, from a legal standpoint, the attempt of defining religion, distinguishing it from belief, is neither vain nor too abstract. The above mentioned dilemma is not just a theoretical one : the text of article 9 itself calls for an enquiry, since the distinction between *religion* and *belief* is to be found in the wording of article 9:

Article 9 - Freedom of thought, conscience and religion. : Section 1- Everyone has the right to freedom of thought, conscience and *religion*; this right includes freedom to change his *religion or belief* and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

Section 2- Freedom to manifest one's *religion or beliefs* shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and necessary in a democratic society in the interest of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection and freedom of others.

Although the text does not add any further indications concerning the content of the distinction between *religion* and *belief*, nonetheless it tells us

---

<sup>15</sup> “By separating the question of truth of religion from that of its symbolic structure and social function, Durkheim's sociology served as the foundation for later structural-functionalist analysis in anthropology as well in sociology. Weber, on his part, by abandoning the obsession of reducing religion to its essence and concentrating on the task of studying its most diverse meanings as well its social-historical conditions and effects, established the foundations for a comparative, historical, and phenomenological sociology of religion”: J. Casanova, *Public Religions in the Modern World*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 18.

<sup>16</sup> P. Cumper, T. Lewis, *Introduction: freedom of religion and belief—the contemporary context*, in *Religion, Rights and Secular Society. European Perspectives*, P. Cumper, T. Lewis eds., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 15-16.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

that such a distinction exists.<sup>18</sup> Whereas from the individual believer's perspective such distinction may be not a meaningful one, yet the distinction has been made in the wording of article 9 and should inform the decision-making of the Court. Courts have indeed "the job of applying the broad terms of article 9 to specific cases, and for such applications to be consistent and clear some type of definition is required".<sup>19</sup>

We couldn't think of a better answer to those asking why the legal scholar should intrude in an (apparently) philosophical issue such as defining religion (to legal purposes) and distinguishing religion and belief. This essay will discuss how the conventional system deal with this dilemma; more precisely, our aim is to show the close relationship between some decisions of the ECtHR and some theoretical profiles, concerning secularism and the thesis of secularization, which still hang -so to say- in mid-air, unresolved and, what is probably more interesting, still lack a complete conceptualization.

Apparently, our self-assigned task is an easy one. Indeed, generally both the ECtHR and (before 1998) the Commission have taken an expansive view of the definition of religion and its manifestation. Whereas "in many domestic systems, the issue of what constitutes religion has been a source of great controversy", the Commission and the Court have not entered into that controversy, "giving little consideration to creating a formal definition of religion or belief".<sup>20</sup> This generous approach—one may argue—could have paved the way to a liberal, inclusive and not divisive legal treatment of religious freedom. Rather, this long-standing willingness of the European Court to avoid dealing with the controversial issue of defining religion and beliefs, and to leave "some of the more philosophically taxing questions"<sup>21</sup> about religious beliefs unanswered, seems to have rather paved the way to controversial decisions. In more than one occasion, the ECtHR has herself engaged in what she warned states to avoid<sup>22</sup>, i.e. evaluating the legitimacy or reasonableness of the applicant's religious belief and, in doing so, concurring in defining religion.

Let us begin with a brief overview of the most significant Court and Commission's jurisprudence on the aforementioned issue (defining religion and belief) (*infra*, 2). After looking at the specific case of article 9, we will pro-

---

<sup>18</sup> C. Evans, *cit.*, p. 52.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 59.

<sup>20</sup> *Ivi*, pp. 55-56.

<sup>21</sup> P. Cumper, T. Lewis, *cit.*, p. 15.

<sup>22</sup> I. Cismas, S. Cammarano, *cit.*, p. 26.

vide some general remarks on the relationship between this jurisprudence and some theoretical profiles related to secularism and the thesis of secularization. We will come to the conclusion that some of the unsolved, ill-solved or unanswered aspects of the Strasbourg jurisprudence regarding religion and its definition have much to do with theoretical aspect of secularization thesis which still need to be deepened and clarified.

## 2. Religion *and* belief in the text of article 9 of the ECHR and in the interpretation of the European Court of Human Rights and Commission

In its constant case law, the Court considered that the word “religion” must be understood in a broad meaning and the word “belief” covers any ideological conviction.<sup>23</sup> Article 9 is indeed not restricted to “common” or “traditional” religions; both traditional religions and a variety of Christian denominations, as well as Buddhism, Hinduism, Judaism, Druids, Atheism, etc., were presumed by the Commission to be religions or beliefs.<sup>24</sup>

Also scholars have pointed out that the equivalence of religion, belief and ideological conviction is implied in article 9 : even though the freedom of belief is not explicitly mentioned in the first part of art.9 (1), nonetheless it is protected by this guarantee: indeed, in the second part of article 9 (1), which specifies the right to freedom to practice one’s religion, “the freedom of ‘belief’, which is to be understood as the freedom of any ideological conviction, is listed together and on equal footing with the freedom of religion”.<sup>25</sup> Therefore, irreligious and non-religious acts are also protected by art. 9.

Although article 9 does not distinguish between religion and ideological conviction with regard to the legal effects, the term “belief” has to be defined, since not every personal conviction can fall within the scope of art. 9<sup>26</sup>. While defining religion and belief, both the Commission (before 1998) and, then, the Court have not entered into that controversy, rarely claiming

---

<sup>23</sup> Even more so if one considers the French version for belief “conviction”: Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights-Commentary*, Beck-Hart-Nomos, München-Oxford-Baden Baden, 2104, p. 236, referring to ECommHR, Arrowsmith, 12.10.1978, D.& R. 19 (1980), p.5 m.n.69.

<sup>24</sup> C. Evans, cit., p. 55. However, “it is safe to assume that a religion includes a denomination, guidelines on how to live and a cult (indeed, the propaganda for Islamic political organization does not constitute an expression of a religious belief: ECtHR Zaoui v. SUI, 2001”): Ch. Grabenwarter, cit., p. 237

<sup>25</sup> Ch. Grabenwarter, cit. p. 240.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

that something that is alleged to be a religion or belief is not.<sup>27</sup> Nevertheless, in some rare and exceptional cases the Commission did enter into the controversy, forging a rule according to which vague notions about what can be considered a religion is not enough. Therefore, when an action or behavior do not express some “coherent view on fundamental problems”, i.e. when some basic level of intellectual/moral coherence is missing, the claim is not protected under Article 9.<sup>28</sup>

The idea that convictions have to attain a certain level of cohesion, and express a view of the world as a whole, is reiterated also by the Court: to amount to a conviction under art. 2 of protocol I, the belief in question, indeed, has to “attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance”.<sup>29</sup>

A further example of this approach to defining religion or belief is the case of the church of Scientology, who “was accepted as falling under the protection of art. 9 with no discussion of the issues that have concerned domestic courts: the commission held that the church of Scientology had a right to pursue an action in its own right (in *X and Church of Scientology v. Sweden*, 1977), reversing the earlier opinion of the Commission (in *Church of X v. U.K.*)”<sup>30</sup>. Later, the Court “merely referred to scientology as an ‘association’ probably because one of the issues raised in the case was the refusal of Germany to recognize scientology as a religion”.<sup>31</sup>

More recently, the same concern has led the Court to consider that “in the absence of a European consensus on the religious nature of Scientology teachings, it must rely on the position of the domestic authorities in the matter and determine the applicability of art. 9 accordingly”.<sup>32</sup>

Following this path in its constant case law, the Court “does not find itself responsible to decide in abstracto whether or not a body of beliefs and related practices may be considered to be a “religion” within the meaning of art. 9 of the convention<sup>33</sup>: “it is not for the European Court to rule in abstracto as to the compatibility of domestic law with the Convention. (...) the Court (...) must confine its attention to the case before it”.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> C. Evans, cit., p. 54.

<sup>28</sup> *Ibidem*, (referring to *X v. Germany*, app. n.8741/79, ECommHR, D.&R.137 (1981).

<sup>29</sup> ECtHR, *Campbell and Cossans v. U.K.*, 48 Eur.Ct. H.R. 1982 (parents’ right to education)

<sup>30</sup> C. Evans, cit., p. 55

<sup>31</sup> *Ibidem*, referring to *Scientology Kirche Deutschland e. V. v. Germany*, App. No.34614/89 A.

<sup>32</sup> Ch. Grabenwarter, cit., p. referring to *Kimlya v. RUS*, 2009, p. 238

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 237.

<sup>34</sup> ECtHR, 25.11.1996, *Wingrove v U.K.*, n. 17419/90, par. 50.

In our opinion, the most problematic aspect emerging from the decisions on article 9 is the equation between religion and political/philosophical “beliefs”, i.e. the acceptance by this jurisprudence of politically/ethically motivated claims as beliefs, rather than expression of thought or conscience. Take the case of pacifism, that has been accepted as a belief even when not linked to a particular religion.<sup>35</sup> In doing so, “every action that a person takes, or position that he upholds, which is traceable to an ultimate “belief”, would seem to be religious”<sup>36</sup>; one difficulty with this point of view is that it tends to turn everything into religion. This same difficulty is stressed by some American scholars who argue that the US Constitution is not agnostic on religious questions, since it embodies a particular vision of human nature, destiny and life; therefore, not every belief may be considered as religious for constitutional purposes.<sup>37</sup>

Although the equation between religion and belief is not expressly told, it is nevertheless implied or, at least, not excluded in the Commission and

---

<sup>35</sup> EComHR, *Arrowsmith v. U.K.* (see retro, nt. 23).

<sup>36</sup> J.H. Mansfield, *cit.*, p. 851.

<sup>37</sup> *Ibidem*: “As to what is religion for purposes of the first amendment, the answer remains in doubt. In *United States v. Seeger* (380 U.S. 163 (1965)), the S.C., in interpreting statutory language that exempted religious conscientious objectors from military service, held that a religious belief is one ‘based upon a power or being, or upon a faith, to which all else is subordinate or upon which all else is ultimately dependent. The test might be stated in these words: A sincere and meaningful belief which occupies in the life of his possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption comes within the statutory definition’ (*id.* at 176). The fact that in *Welsh v. US* (...) only a plurality opinion reaffirmed the definition of religion adopted in *Seeger*, with Justice Harlan concurring in the judgment on other grounds, may weaken the authority of the *Seeger* definition”. The problem with the *Seeger* test, underlined by Mansfield, shares the same nature with the issue we have stressed in the text: the definition suggested by the Supreme Court tends to turn everything into religion and “so destroys the independent significance of the religion clauses. Every action that a person takes or position that he upholds is based upon some premise or other, which in turn is traceable to an ‘ultimate’ belief, and so would seem to be religious from the *Seeger* point of view. An alternative is to consider as religious only those beliefs that affirm the existence of a spiritual reality. If this definition excludes some philosophies, that, it may be said, is exactly what the constitution intended”. The author’s thesis is indeed that –p. 586– “the Constitution embodies a particular view of human nature, human destiny and the meaning of life. It is not neutral in regard to these matters. If “separation of church and state” requires a constitution that is neutral on these questions, then the US does not have a constitutional regime of “separation of church and state”. There is a constitutional philosophy addressed to fundamental matters (...); “for the satisfactory resolution of problems under the religion clauses, it is necessary to explore a philosophy of the constitution regarding human nature”, destiny and so on, “and that this is so even though the Constitution may in some sense separate church from state. (...): if one need examples to convince those who insist that the Constitution is agnostic on religious questions and does not reject any religious beliefs, it should be enough to mention the belief that there exists a supreme being who commands government to inflict cruel and unusual punishments or the belief that there is a deity who is opposed to the idea that decision by majority vote is ever an appropriate way to resolve social problems” (p. 848, p. 857).

Court's reasoning. Dealing with two cases concerning neo-Nazi and fascist behaviors, the Commission avoided to make clear up whether some political "beliefs" fall within the concept of "religion and belief" under article 9. Still, the reasoning of the Commission may give rise to the impression that there is some scope for the incorporation of a wide range of both philosophical and political "beliefs" into the definition of belief in article 9<sup>38</sup>. In the case of *X. v. Austria*, the applicant (who had been convicted on charges of promoting neo-Nazi behavior) raised the issue of whether his conviction was in breach of article 9. The Commission assumed that the conviction was in breach of art.9, sect.1, but also held that the Austrian government was permitted under art. 9, par. 2, to determine what laws suppressing neo-Nazism were necessary in a democratic society (in a later case of a man convicted of fascist activities, the Commission dealt in almost identical fashion). As Evans noted, this seems to be the type of case that required the Commission to consider whether Nazism was a belief or it fall into thought or conscience (or outside the scope of art. 9 altogether). Although the Commission avoided any such discussion by moving directly to issues raised under article 9, 2 (thus having the possibility to claim that, as a belief, it could be restricted in a democratic society), yet this strategy seems to imply that Nazism (and Fascism) are "beliefs".

### *3. The need for a more sophisticated definition of religion*

The aforementioned examples show that the decision of leaving the question of defining belief basically unsaid and unanswered, without distinguishing it from the concept of religion and opting for a strategy of elusion, has not only *not* helped to clarify the meaning of the wording of article 9, but also "increased the conceptual confusion in this area"<sup>39</sup>, magnifying more than one misunderstanding.

Following Kelsen, we may say that this confusion derives from the tendency to find parallelism between problems of jurisprudence and theology. We owe to Kelsen's last book ("Secular Religion") a powerful, theoretical effort aimed to criticize the unproblematic use of analogies between religion and different fields of knowledge, such as social theory, politics and philosophy. Although Kelsen himself thought that the search for parallelism in the

---

<sup>38</sup> C. Evans, cit., p. 57.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 64.

questions raised in these different fields of knowledge is not an illegitimate scientific task, nonetheless he tried to demonstrate that the transformation of heuristic analogies (especially the analogy between religion and political “faith” or belief) into a thesis about the permanence of a historically secularized substance is not only illegitimate but misleading (from a cultural and scientific standpoint) and dangerous. In this comparative method, indeed, Kelsen saw two dangers: “first, the tendency to find affinities may induce (...) to overestimate similarities and to underestimate, even to ignore, essential differences between two phenomena, and, second, to see identity where there is only the appearance of an analogy owing to the use of the same terms (...) covering different meanings”.<sup>40</sup> The similitude or the difference between the concept of religion, belief, ideology is precisely the issue with which Kelsen struggled in his last book, where he argues that no concept of religion can go without an idea of personal god. Since he considers the belief in God to be an essential element of religion, the notion of secular religion becomes a contradiction in terms.<sup>41</sup> For the same reasons, also doctrines such as Buddhism cannot be depicted as religious, because such a definition obliterates the difference between the belief in God and the philosophies which include no such belief or which even deny the existence of supernatural powers.<sup>42</sup>

In his vehement criticism of those theories having the tendency “to read into the most characteristic philosophical and sociological doctrine of our time ... similarities with theological speculations”<sup>43</sup> (such as those theories insisting on the parallelism between the Judeo-Christian belief in the Kingdom of God as a realm of a thousand year and Marx’s prediction of the future communist society), Kelsen conceptualized a very interesting theoretical approach to the problem of defining religion, or, more precisely, to the problem of distinguishing the realm of religion and theology from different fields of knowledge.

Kelsen must have been perfectly aware of the slippery path he took by arguing so definitely that no religion is conceivable without any metaphysical belief in a god. The fact that he withdrew the manuscript from publica-

---

<sup>40</sup> H Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as “New Religions”*, Springer, Wien-New York, 2012, p. 17.

<sup>41</sup> For a completely opposite approach, see Ronald Dworkin, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2013 (chap 1 “religious atheism, cap.3 “Freedom of religion”, where Dworkin argues that there can be a religion even without God.).

<sup>42</sup> See for ex. H Kelsen, cit., p. 24-25, note 98.

<sup>43</sup> *Ivi*, p. 5

tion is perhaps not an insignificant detail; apparently, Kelsen came later –at least, according to his friend and biographer Rudolf Métall- to attach values to Huxley’s and Russell’s claims that religious feelings were possible without any metaphysical belief in a god.<sup>44</sup>

However deep his own doubts on his thesis could have been, we think that Kelsen’s arguments are of crucial relevance for the problem we’re discussing here, since the point that Kelsen makes is that some clear conceptual boundaries between the realm of theology and what pertains to science and philosophy must be traced, lest one think that the achievements of modernity are not of crucial relevance. Therefore, rather than forging tests according to which the concept of religion and belief just needs some degree of intellectual “coherence and importance” (retro, § 2), it is worth deepening the issue of defining religion (and/or belief) in a more sophisticated way.

While opposing any attempt to discredit modern science and social philosophy as failed religion, Kelsen tried to secure “the legitimacy of modern times *ex negativo*, i.e. by refuting each and every attempt to de-legitimize the modern age known to him”.<sup>45</sup> To support his point that both science and religion must remain within their boundaries, and to theoretically ground the attempt to combat a retrogression of science back to metaphysics and theology, Kelsen identifies a long list of the most prominent authors (such as Gerlich, Jonas, Löwith, Schmitt, Spengler, Voegelin, among the many others) who argue that “faith” is lurking behind the motivating forces and epistemologies of modernist “reason”. Considering atheism as a (secular) religion is, according to Kelsen, a further example of attempting to the authority and self-legitimacy of modernity. While criticizing Raymond Aron’s view that certain antireligious doctrines (such as Marxian socialism) be “secular religions” (since “a man is religious not only when he worships a divinity, but also when he puts all resources of his mind, all devotions of his will (...) in the service of a cause”)<sup>46</sup>, Kelsen writes: “It is a logic fallacy to conclude from *the intensity of feelings* with which men cling to some ideas, anything about *the nature* of these ideas, so that a doctrine is a “religion”, if the intensity with which a man is convinced of its truth is the same as the intensity with which a man believes in the existence of an all-just and all-powerful God. Even a scientific doctrine, rejecting any presupposition of a transcend-

---

<sup>44</sup> *Ivi*, p. XIII (*Editorial Remarks*, by C. Jabloner, K. Zeleny and G. Donhauser).

<sup>45</sup> Ch. Kletzer, *Kelsen and Blumenberg: the Legitimacy of the Modern Age*, in *King’s Law Journal*, vol 25, no. 1, 2014 p. 3

<sup>46</sup> R. Aron, quoted in Kelsen, *cit.*, p. 23-24



ent, supernatural power, could then be presented as a religion".<sup>47</sup>

Bearing this idea in mind, it could be argued that the same attempt to read religion into the "hidden" structures of modernity also characterizes the Commission and ECtHR's jurisprudence on atheism and article 9 HRC. According to this jurisprudence, indeed, the word "belief" seems to cover groups such as atheists and agnostics,<sup>48</sup> as well as groups that have some religious elements but do not necessarily fall into the category of religion. As the Court pointed out in 1993, "freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a democratic society within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned."<sup>49</sup>

In this view, religion becomes a "container" in which the autonomy and self-legitimacy of atheistic/agnostic/skeptical thought fade, thus becoming a subset of the broader category of religious thought and conscience.<sup>50</sup> This is exactly the exit option that Kelsen meant to criticize in his book.<sup>51</sup> The defense of modern reason and autonomy of science advocated by Kelsen in his book is very close in spirit to Hans Blumenberg's defense of the "legitimacy of modern age".<sup>52</sup> There is a thread tying these two works; if we walk along this red thread, the framework for a critique to the secularization thesis will be provided (see *infra*, conclusive observations). What we are referring to, here, is not the sociological concept of secularization, i.e. the retreat of religious practices in contemporary societies, neither the secularization in terms of history of ideas. What we wish to highlight is rather that jurists should handle the notion of secularization (which pertains to the sociology, the his-

---

<sup>47</sup> H. Kelsen, cit., p. 24.

<sup>48</sup> *Angeleni v Sweden*, App. N. 10180/72, 1 Eur.Comm. H.R. Dec.& Rep. 41, 1974.

<sup>49</sup> *Kokkinakis v Greece*, A 260-A (1993), European Court of H.R., 31.

<sup>50</sup> Paradoxically, even associations of atheists and agnostics want to regulate their relationships with the state on the basis of the same legal/constitutional proceedings provided by constitutions for regulating the state-churches relationships. See, N. Colaiani, *Ateismo de combat e intesa con lo stato*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012; G. Di Cosimo, *Gli atei come i credenti? I giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra stato e confessioni religiose*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2015; D. Bifulco, *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, FrancoAngeli, Milano, 2015, p.136-144.

<sup>51</sup> There is also another and specular concern related to this solution, i.e. that religion could be abused as a façade to get privileges: see C. Evans, cit., p. 58-59, outlining the legitimate concern that "article 9 could be abused by, for example, prisoners who invent a religion or belief simply as a way of getting privileges to which they would be not otherwise be entitled".

<sup>52</sup> B. Thomassen, *Debating Modernity As Secular Religion: Hans Kelsen's Futile Exchange With Eric Voegelin*, in *History and Theory*, 53, October 2014, p. 439.

tory of ideas and the history itself) with utmost care and overcome the temptation of uncritically translating this notions in legal categories.

The same caveat has recently been framed, in the same critical vein, in the following way: the fundamental concepts of modernity, concepts which we in no way see connected to god or religion, actually are the same concepts which have played a fundamental role in a theological world-view, only that God does not exist any longer”. Our point is that this idea cannot be translated, *sic et simpliciter*, into the grammar of law, since this translation, or transposition, of religious concepts into the legal realm undermines both the autonomy and self-assertion of modern reason (see *infra*, conclusive observations).<sup>53</sup>

#### 4. *The broader frame: the relationship between secularism and religion in contemporary constitutionalism*

Defining religion and belief from the constitutional standpoint implies facing the relationship between the idea and theory of secularization and the freedom of religion in contemporary constitutional democracies.

Far from having a mere theoretical relevance, this relationship is also deeply affected by the evolutions of the religious phenomenon in the contemporary era. Therefore, it is worth briefly providing some general remarks concerning these aspects, since the most problematic and controversial aspects of some ECtHR's decisions on religion reflect some more general theoretical problems. In doing so, we will show how the ECtHR's jurisprudence can be understood as a lens through which to perceive the impasses and roadblocks that recur in the conceptual frame of secularization theories and in the legal arrangements inspired –more or less consciously- by these theories themselves.

The first and more general impression that one could draw from the ECtHR's jurisprudence on art. 9 is that, as ever in the European history and constitutional experience, the nature of religion and the nature of the secular go hand in hand;<sup>54</sup> as some scholars have outlined, European society became, over the years, more secular without becoming less religious<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ch. Kletzer, cit., p. 6.

<sup>54</sup> G. Davie, *Understanding Religion in Europe: a continually evolving mosaic*, in *Religion, Rights and Secular Society*, cit., p. 260.

<sup>55</sup> Gorski Ph.S., *Historicizing the Secularization Debate: Church, State and Society in Late Medieval*

We may say with some confidence that the idea that constitutional democracies are facing an unprecedented religious diversity has definitely become a prevailing opinion in the current debate. Of course, this development does not leave the law unaffected, “insofar as European societies are facing a growing number of conflicts with religious background”.<sup>56</sup>

This is doubtless true; still, to fully grasp this actual diversity and how it turns out to be an element of conflict, it is also worth remembering that Europe has a longstanding tradition of conflicts generated by religious diversity. In other words, the encounter with a religiously strongly differentiated landscape is not at all a recent phenomenon in the European context. Indeed, “the *very existence* of some European states can be traced back to violent conflicts that once had their origins in religious enmity. From the Great Schism between the Eastern Orthodox and Roman Catholic Churches in 1054 to the Protestant Reformation in the sixteenth century, events with a religious dimension have helped to shape the spiritual and political maps of Europe.”<sup>57</sup> To make a long story short, we could say that one of the most peculiar recent event in the European context is that the effect of the increasing multi-religious landscape made Europeans “more aware of their Christian past and more concerned with its preservation”<sup>58</sup>; and, at the very least, “this increasingly multi-religious landscape prompted conservative Christian and political leaders to emphasize the need for such a shift”,<sup>59</sup>. Also some very well-known decisions of the ECtHR emphasize this need; take the Lautsi, Leyla Sahin v. Turkey and Dahlab v. Switzerland cases: in the Lautsi case, the Court’s reasoning reveals how Christianity simultaneously represents a divisive factor and a shared identity (although the “shared identity” argument is much more emphasized in this decision), “both in the past as well as in contemporary Europe”.<sup>60</sup> When deciding on the Islamic headscarf, the Strasbourg Court expresses a preventive conception of necessity, “which equates Islamic symbols with the threat of religious conflicts and which expands the authority of the state to repress even speculative

---

and *Early Modern Europe*, ca.1300 to 1700, in *American Sociological Review*, 2000, vol.26, p. 138 ss.

<sup>56</sup> D. Grimm, *Freedom of Religion in the Secular Constitutional State*, in *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, S. Mancini, M. Rosenfeld eds., Oxford University Press, Oxford 2014.

<sup>57</sup> P. Cumper, T. Lewis, cit., pp. 4-5.

<sup>58</sup> Marco Ventura, *The changing civil religion of secular Europe*, in *The Geo.Was.Int.’l rev.*, 41, 2010, p. 960

<sup>59</sup> *Ibidem.*

<sup>60</sup> *Ibidem.*

risks of religious strife.”<sup>61</sup> While formally applying the margin of appreciation’s doctrine, the Court concretely seems to legitimize the assumption that the veil is inconsistent with Western values”.<sup>62</sup>

The equation between Islamic symbols and the threat of preventive conflict could be understood as a rationalist critique of religious values per se and a purely secular vision of democratic politics. But still, in *Lautsi* this is no more the case; indeed, “when it comes to Christian religious values, their potential inconsistency with democracy, equality and tolerance is never in doubt”.<sup>63</sup>

One may actually wonder why, on the one hand, the “passivity” of the crucifix – “though secularized and trivialized in its spiritual content – stands for a victory over secularism, on the other hand the Islamic veil is perceived, and even explicitly described, as a threat to the latter, as an anti-modern symbol, which stands for the immutability and backwardness of religion”.<sup>64</sup>

This different reasoning (in the headscarf cases, from the one hand, and the crucifix-*Lautsi* case, from the other side: almost a double standards rule) reveals “a political theology of Christian democracy in which the identity of democratic values with an imagined Christian civilization tradition is unquestioned”. The analysis, the language through which the competing values are framed and constructed, and the way the margin of appreciation is applied, “betray much about the extent to which Islamic religious practices are understood as intrinsic threat to public order and civil peace -regardless of whether the state limiting the rights has demonstrated this to be the case”.<sup>65</sup>

Although immigration has brought to the surface new lines of conflicts, one should not forget, therefore, that for Western countries, formed by Christianity, the encounter with members of non-Christian beliefs (Islamic religion, above all), is “*an encounter with their own history*. For many centuries, Christian denominations confronted heretics and pagans with the same

---

<sup>61</sup> N. Bhuta, *Two concepts of Religious Freedom in the European Court of Justice*, in *www.eui-papers* (EUI LAW, 2012/33), p. 12.

<sup>62</sup> V. R. Scotti, *The Legal Treatment of Symbols in the Public Sphere: is There a Discrimination for Muslim Women’s Claims?*, in *Religious Claims*, cit., p. 102.

<sup>63</sup> N. Bhuta, op. cit. On the role of judges –and, more generally, of law- in determining the meaning of religious symbols: Ch. Waldhoff, *Das Kreuz als Rechtsproblem*, in *Kirche und Recht*, 2011, pp. 153-174, and, contra, B.G. Scharffs, *The Role of Judges in Determining the Meaning of Religious Symbols*, in *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classrooms*, Leiden, 2012, p. 35-58.

<sup>64</sup> A. Ratti, *Symbols of Contention in the ECtHR Case-Law: Rethinking the Relationship between Religion and Secularism*, in W. Gephart, J. Ch., Suntrup eds., *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, II, Klostermann, Frankfurt, 2015, p. 279, 276.

<sup>65</sup> N. Bhuta, cit.

attitude” (i.e. western Europe “is torn between the postulate of assimilation on the one hand and an unconditioned acceptance of otherness on the other hand) (...) The history of these countries is full of crusades, inquisitions, ordeals, censorship, etc. It took a long time until a peaceful coexistence of the Christian denominations became a normality, before Christians and non-Christians enjoyed equal rights, and before a pluralism of ideas was regarded as legitimate. In order to understand the present situation, one has to realize that this historical development, which is interpreted as progress in the West, often appears as relativism or decadence to the immigrants. It is *this difference* that gives the current conflict its particular severity”.<sup>66</sup>

After having remembered that the religious “diversity” is inherent in the European history itself, it is also worth noting that, undoubtedly, the processes of immigration and globalization have further increased the religious diversity, impacting on former legal structures; under these processes most of the previous constitutional models reveals shortcomings. Although during the last decade many Western legal systems have updated their law in matters concerning religious claims, the balance between equality (and unity of the state’s law) and diversity (of religious freedom and rights) seems to be the persistent dilemma that constitutional democracies have to face : many legal instruments created for carrying out religious claims in secular states do not meet anymore the needs of multicultural societies, probably because those instruments have been tailored on the needs of the traditional beliefs.<sup>67</sup>

In his introduction to the section dedicated to “Defining religion in the first Amendment”, Lawrence Tribe outlines that over the recent decades there has been a shift in religious thought from a theistic, transcendental perspective to forms of religious consciousness that stress the immanence of “meaning” in the natural order. Although this phenomenon is by no means limited to Christianity, is “perhaps most striking within a tradition so readily assumed to be theistic and transcendent”.<sup>68</sup> One of the most important recent developments in the field of religion is the dramatic increase in the number of people who claim non-religious affiliation at all; nonetheless, this event does not reflect a turning away from faith. For this people, the conven-

---

<sup>66</sup> D. Grimm, *Freedom of Religion in the Secular Constitutional State*, in *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, S. Mancini, M. Rosenfeld eds., Oxford University Press, Oxford 2014 p. 2 (emphasis added)

<sup>67</sup> F. Alicino, *The Relationship between Religious Law and State Law in Secular Constitutionalism*, in *Religious Claims...*, cit., p. 45.

<sup>68</sup> L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York 1988, p. 1180.

tional understanding of religion as a distinctive body of norms, a moral and ritual set of practices, simply no longer reflects the norm.<sup>69</sup> Scholars have noticed that the most crucial divide in religious field, today, is not between particular religions, but between people who hold traditional, theistic beliefs, in whatever religion, and those who do not.<sup>70</sup> Now, the question of whether and how “those who do not” have right to constitutional protection (on the basis of religious freedom? Or of freedom of conscience? On the basis of a “cultural” approach?) has triggered an intense legal and judicial debate.

Some scholars have suggested that an analogical approach could lead to sound outcomes in determining whether non-traditional religious claims deserve constitutional protection; according to Greenawalt, for example, “in both free exercise and establishment cases, courts should decide whether something is religious *by comparison* with the indisputably religious, in light of the particular legal problem. No single characteristic should be regarded as essential to religiousness (...); determining whether questionable beliefs, practices, and organizations are religious by seeing how closely they *resemble* what is undeniably religious is a method that has implicitly used by courts in difficult borderline cases. ...Matched with appropriate substantive standards of review, its use can lead to sound outcomes.”<sup>71</sup>

This thesis seems to take for granted that a common consensus concerning the “indisputably religious” does exist; unfortunately, this assumption is far from being undisputed. We may perhaps agree that in “conventional understanding, the word religion implies a community of believers”.<sup>72</sup> Nevertheless, it is also true that religion, as well as the idea of belief, play an essential role in the life of the individual, meant as a single unity and not necessarily as a part of a whole, i.e. of a community.

In any case, all of these changed circumstances in the understanding of the religious phenomenon made it inevitable that courts would modify the narrow understanding of “religion” that had characterized the early development of law. The idea of religious freedom -combined with the special

---

<sup>69</sup> M.L. Movsesian, *Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the rise of the Nones*, in [www.eui.eu/Projects/Religiowest](http://www.eui.eu/Projects/Religiowest), p. 2

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>71</sup> K. Greenawalt, *cit.*, p. 753, p. 815 (Italic added).

<sup>72</sup> M.L. Movsesian, p.2: “And, as Tocqueville himself saw in the nineteenth century, it is precisely the communal aspect of religion that creates benefits for liberal democracy. Liberal democracy, Tocqueville wrote, inevitably leads to an apathetic individualism that weakens civic engagement ...By encouraging people to think of themselves as members of a community, religion discourages such individualism; by creating strong counterweights to the state, religious associations serve the cause of liberty.”

place of religion in the constitutional order- seems to demand a definition of “religion” that goes beyond the closely bounded limits of theism, and account for the multiplying forms of recognizably legitimate religious exercise. Although courts have abandoned their narrow, theistic view of religion in the free exercise analysis, they have not escaped the necessity of drawing some boundary around religion.<sup>73</sup>

Therefore courts, asked to determine what is a “religion” -and how it differs, for example, from the notion of “culture” or belief- have struggled to define a satisfactory borderline between the two concepts, reversing their decisions on more than one occasion.

When defining religion for legal purposes, the question arises whether courts should choose a meaning consistent with a conventional understanding, i.e. with the ordinary social-collective meaning of the term, rather than opting for the idea that “protecting religious freedom in order to honour personal dignity and autonomy provides no ground for limiting that freedom to the orthodox religions and believers”.<sup>74</sup> In the second case, the notion of religion becomes a broader one, and personal autonomy becomes a powerful argument for protecting religious non-orthodox beliefs and practices.

In any case, the above mentioned changes in the sphere of religion require developing a far more complex idea of religion than merely its equation with religious “doctrine”. Yet, this task -i.e. defining religion and belief- goes beyond the principle of state neutrality in religious matters. Facing this sizable challenge, courts show different reactions, depending, obviously, on the legal culture of each country. In North-American constitutionalism, for example, legal scholars, as well as courts, have the tendency to acknowledge that, in order to realize the goals of religious liberty, “religion” must be defined broadly enough to recognize the increasing number and diversity of faiths. Furthermore, Canadian and U.S. Courts often claim that religion must be defined from the believer’s perspective, since excessive judicial inquiry into religious beliefs may constrain religious freedom.

This is, of course, an interesting way of protecting personal autonomy. Still, a solely individualistic understanding of religion, oversimplifies sometimes its societal function : indulging in a too individualistic idea of religion (i.e., conceiving religion as a merely private, irrational and extra-societal phenomenon), means forgetting the character of religion as a collective phenomenon (and, therefore, neglecting the Durkheimian legacy). The weak

---

<sup>73</sup> L.H., Tribe, cit., p. 1180

<sup>74</sup> R. Dworkin, *Religion without God*, cit., p. 114 (see nt. 41), quot.by M.L. Movsesian, cit., p. 12.

side of this approach is, perhaps, the under-evaluation of the cultural implications of religion (on a collective level) and the over-evaluation of religion conceived as a mere personal construction of identity. Another, quite different, approach to the same problem, is the one often followed by some liberal and secular states, premised on the idea that government should avoid taking position on the definition of religion and the substance of religious “truth”.

If it is true that the state neutrality should serve to the purpose of protecting the secular principle –and, consequently, the division between state and the churches- and the religious freedom as well, it is also true that courts often use the state neutrality principle as an alibi, an exit-option in order to avoid addressing problems<sup>75</sup> (such as like the problem of defining “religion”, distinguishing it, if necessary, from the concept of “culture”), which appear to be too complex for the law.<sup>76</sup> As a result, law has sometimes the tendency to relegate religion to sociological study and anthropology. “In this context, state neutrality merely functions as a *chiffre* for indifference. But this strategy of avoidance, though understandable in the light of the complexity of religious pluralism, undermines the law’s function of conflict resolution”.<sup>77</sup>

The evolutions of the religious phenomenon in secular and liberal states ask legal scholars and legal community to rethink the secular principle taking into account these evolutions, which are more and more blurring the distinction between “religion” and “culture”.

## 5. *Concluding observations*

Likewise the member states, also the ECtHR has often used the state-neutrality principle as an alibi, an exit-option in order to avoid addressing taxing problems concerning religion, although, in this case, the exit-option is called “margin of appreciation margin”.

---

<sup>75</sup> K.-H. Ladeur, I. Augsberg, *The Myth of the Neutral State: the Relationship between State and Religion in the Face of New Challenges*, in *German Law Journal*, 2/2007, p. 144.

<sup>76</sup> Therefore some scholars suggest that only a religious authority can trace the distinction between -for example- religion and cultural habits; in the case of Italy, the problem of legal intervention for integrating Muslims into the liberal democracy, E. Pfösl, *Challenges to Legal Uniformity in Italy*, in *Religious Claims ...*, cit., p. 96, suggests that “to have a guarantee for a relative seriousness of conscience-related claims and to distinguish purely cultural habits from seriously rooted matters of faith and discipline it would be necessary to establish a recognized authority acting for a religious group”.

<sup>77</sup> K.-H. Ladeur, I. Augsberg, cit., p. 144.



Since the Strasbourg Court is an international court, it is bound, obviously, to the primary task of defining common standards for the protection and promotion of human rights. Nevertheless, the Court has never conceived of such a task as a denial of local values and cultural variety of member countries. The margin of appreciation doctrine has been functional to this willingness of the ECtHR to grant member states a certain degree of appreciation in the religious-secular field. While ruling that “by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge . . . to make the initial assessment”<sup>78</sup> as to enforcing of the Convention (and thus “to appraise and local needs and conditions”), the Strasbourg Court has allowed national decision-making bodies to have plural ways to address issues concerning freedom of religion and the relationship between State and religion.<sup>79</sup> But the lack of consensus -among the HRC States- as regards the notions of secularism, the concept of religion/belief, as well as the principle of secularism and state neutrality in religious matters, represents a very well-known obstacle on the way of the definition of common standards. This lack of consensus has been -and continues to remain- the rationale for the long-standing willingness of the European Court of HR to grant states a wide margin of appreciation as regards the protection of religious and secular values.<sup>80</sup>

The margin of appreciation is doubtless a useful mechanism, since it enables the ECtHR to take account of local sensibilities when making rules in particular cases; “yet its use can also result in the impoverishment of protection of minority faiths and may also mean that some of the more philosophically taxed questions about the accommodation of religious belief remains unanswered”<sup>81</sup>. In fact, “due to the supranational nature of the ECtHR and its sensitivity towards national legislatures, it happens that the Court rarely

---

<sup>78</sup> ECtHR, 7.12.76, *Handyside v. United Kingdom*, n. 5493/72, par. 48

<sup>79</sup> A. Ratti, cit., p. 266.

<sup>80</sup> P. Cumper, T. Lewis, cit., p. 15-16.

<sup>81</sup> *Ibidem*. See for ex. Otto-Preminger (retro, nt. 12), 58: “. . . as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of ‘the protection of the rights of others’ in relation to attacks on their religious convictions. What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterized by an ever growing array of faiths and denominations. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the necessity of a restriction intended to protect from such material those whose deepest feelings and convictions would be seriously offended”.

challenges a government's aim for interfering as illegitimate"<sup>82</sup>. Therefore, while religious and cultural pluralism has acquired a normative meaning within the ECtHR's jurisprudence -being intrinsically tied to democracy<sup>83</sup>, such reverence to national difference has been increasingly interrogated.<sup>84</sup> Those who stress the crucial role that international human rights bodies can play as a remedy of some of the inherent deficiencies of the national system have warned that deference to local conditions, traditions and practices will inevitably expose human rights to the will of a ruling majority<sup>85</sup>.

The debate on religious symbols, protection of religious freedom and secularism in the ECtHR is well-known; all this cannot be described here. Indeed, the brief reference to this debate has been meant just as a pretext to highlight some final remarks. The confusion on the concepts of religion and belief do not derive only from their being, per se, fuzzy concepts. We think that it derives, rather, from a conceptual misunderstanding related to the secularization thesis; because of this misunderstanding, the *religious* meaning of symbols -such as the crucifix- has been often trivialized by courts, i.e. translated in the grammar of secularization in a too immediate, or even superficial way. As already noticed (*retro*, § 3, p. 326-27), the problematic profile we're referring to has nothing in common with the secularization meant as a sociological concept; our point is very different from, say, the need of reformulation of the sociologic theory of secularization underlined by many scholars.<sup>86</sup>

Secularization is a concept that the law and the legal scholarship inherited in a quite passive way; in the same passive way, even the most brilliant among legal scholars have sometimes shown the tendency to take for granted that "all significant concepts of the modern theory of the state are secularized theological concepts."<sup>87</sup> If sovereignty, autonomy human dignity,

---

<sup>82</sup> I.Cismas, S. Cammarano, cit., p. 26

<sup>83</sup> Kokkinakis v Greece (see *retro*, nt.49), 31, 35

<sup>84</sup> A. Ratti, cit., p. 267.

<sup>85</sup> *Ibidem*, quoting E.Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of Law and Politics*, 1999, p. 843-847.

<sup>86</sup> According to J. Casanova, cit., p. 38, for example, the theory of secularization "should not start with the premise that there must be a fundamental tension (...) or conflict between a religious and a secular world view, between religious and secular humanist conduct. We may say with some confidence that currently, at least in America, (...) the majority of Americans tend to be humanists, who are simultaneously religious and secular (whereas religious fundamentalists and fundamentalist secular humanists are cognitive minorities)." Therefore, "the theory of secularization should be reformulated in such a way that this empirical reality ceases to be a paradox".

<sup>87</sup> C. Schmitt, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (1922), The Mit Press, Cambridge, 1985, p. 36.

progress, history, even normativity, are but a secularized version of theological concepts, there is no possibility of escaping from the soothing trap set by Carl Schmitt as outlined by Christoph Kletzer (see nt. 91, 92 and 53). The fact that the relationship between contemporary constitutionalism and secularism remains somehow uncertain depends, probably, on the high degree of confusion with which the boundaries between the religious and non-religious domain have been conceptualized. As matter of fact, indeed, the relation between secularism, religion and constitutionalism remains uncertain, although constitutional law insists on secularism and on the possibility of a reason-based polity.<sup>88</sup>

A number of existing modern liberal constitutions are not clear on the relationship between secularism and constitutionalism. This happens both in constitutional systems allowing a state church (England, Norway, for instance), and in systems allowing churches to retain some privilege of public power (Italy, for example), but also in constitutions clearly inspired to a secular view. Scholars who pointedly stress the deep interrelationship between constitutionalism, secularism and Enlightenment, have outlined the contradiction between the conceptual bases of constitutionalism and what may be defined as *institutional* secularism, i.e. the types of constitutional treatment of religion actually in force in contemporary democracies.<sup>89</sup>

If it's true that constitutionalism exists only where political powers do not ground their public affecting decisions on transcendental concerns, if modern constitutionalism is therefore the necessary byproduct of the Enlightenment<sup>90</sup>, why does that interrelationship remain so uncertain? We think that the answer to this legitimate question lies also in the ambiguities of the secularization theory: "however harmless it may present itself", this theory is principally "directed against the legitimacy of the modern age"<sup>91</sup>.

The legitimacy of Modernity and the autonomy of law and science from religion and theology, powerfully conceptualized by Blumenberg and Kelsen (see *retro*, §3), should be rethought and emphasized, bearing in mind the opportunity to get rid of the way legal scholars and courts have the tendency, sometimes, to handle this theory, i.e. passively, as if it were a taken-for-granted, objective reality.

"The illusion of a secularization of religious substances of functions can

---

<sup>88</sup> A. Sajo, cit., p. 2402

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> M. Rosenfeld, cit., p. 2333.

<sup>91</sup> Ch. Kletzer, cit., p. 20.

be understood as follows: we have assumed overextended questions from a previous epoch and are disappointed by the modern age insofar as we understand the latter as an inadequate catalogue of answers to these questions. The thesis of secularization thus is a mere symptom of an expectation which has been disappointed by overstretched questions. The solution consists in the insight that these questions are not our questions, that they are genuinely alien”.<sup>92</sup>

This may be the path to follow in the attempt of finding a valid reply to the “Böckenförde” well-known dilemma, according to whom “the libertarian secularized state lives by prerequisites which it cannot guarantee itself”.<sup>93</sup>

These “prerequisites” are to be found, we think, in the self-assertion of modern reason -in the way Hans Blumenberg designed it- and in a theory of knowledge (legal knowledge, as well), which at no point makes use of a divine point of view to legitimize itself (as Kelsen suggested).

---

<sup>92</sup> Ch Kletzer, cit., p. 19.

<sup>93</sup> E.-W.Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976, p. 60.

# *Gli elementi essenziali delle religioni nella giurisprudenza costituzionale\**

NICOLA COLAIANNI

## 1. *Le norme costituzionali in materia di religione*

Il potere di valutazione delle leggi attribuito alle corti costituzionali si svolge nel perimetro segnato dalle Costituzioni, nel quale trovano il loro parametro valutativo. Per meglio comprendere la portata e i limiti della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale con riferimento agli elementi essenziali delle religioni (come, del resto, su qualsiasi altro tema) è perciò necessario riportarsi in premessa alla Costituzione italiana.

Il sostantivo vi compare innanzitutto all'art. 3 nell'elenco degli elementi soggettivi (insieme alla razza, alla lingua, e così via) che non possono essere considerati dal legislatore in quanto sospette (*suspect classifications*) di disuguaglianza. Alla religione viene, quindi, assegnato un valore uguale agli altri, pur essa individuando, cioè rendendo diversa dalle altre, ogni persona: ogni individuo, così risultante, è tuttavia una persona come tutte le altre, senza discriminazione o privilegio. L'esclusione di qualsivoglia legislazione discriminatoria è stabilita non solo per gli individui ma anche per le istituzioni e le associazioni con fine di religione (art. 20, in cui compare di nuovo il sostantivo).

In tre articoli compare poi l'aggettivo qualificativo: nell'art. 19 per estendere la libertà individuale e collettiva anche alla fede religiosa, nell'art. 8 per affermare l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose (nessuna delle quali può pertanto essere istituzionalizzata: una norma analoga all'americano *no*

---

<> Questo lavoro, presentato durante il seminario su *Defining Religion. The Approach of Supreme and Constitutional Courts/La definizione di religione. L'approccio delle Corti apicali*, tenuto alla LUISS "Guido Carli" di Roma il 12 maggio 2017 (seminario curato da Francesco Alicino e Valentina Rita Scotti), è stato pubblicato sulla Rivista *Forum di quaderni costituzionali* (2015) e nel volume *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti* (Bari, Cacucci, pp. 85-106).

*establishment*) e nell'art. 117 per riservare alla legislazione esclusiva dello Stato la disciplina dei rapporti con le confessioni religiose.

Si rileva immediatamente che nessuna di queste disposizioni contiene una definizione della religione, da cui possano dedursi gli elementi essenziali, neppure indirettamente. Ciò segna una evidente discontinuità con lo statuto albertino, che, nello stabilire che “la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato”, indirettamente definiva gli elementi essenziali della religione in generale rinviando al patrimonio dommatico di quella religione, come definito dal magistero ecclesiastico, e alla sua autocomprensione come *vera religio*. Ne è prova che nello stesso art. 1 di quello statuto le altre religioni venivano denominate come semplici “culti”, tollerati, quindi, sotto l'aspetto liturgico e non anche con riferimento al loro patrimonio dommatico e alla loro struttura ordinamentale.

Vero è, peraltro, che nell'art. 7 della Costituzione – finora non citato perché appunto, e se si vuole paradossalmente, non si parla di “religione” ma della Chiesa-istituzione, “indipendente e sovrana nel proprio ordine” – si richiamano i patti lateranensi e, quindi, anche il trattato, in cui “l'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato” nello statuto albertino. Ed è noto che da questa serie di scatole cinesi si ricavava la persistenza del carattere confessionale dello Stato repubblicano. Ma una piana e non ideologicamente prevenuta lettura dell'art. 7 mostra che il rinvio ai patti riguarda solo i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica e, quindi, solo quelle disposizioni pattizie che disciplinavano i punti di contatto e di frizione dei due ordinamenti (per dire: stato della città del Vaticano, chierici, enti ecclesiastici, matrimonio, insegnamento della religione, ecc.): non pure quelle che rinviavano a dichiarazioni di principio unilaterali dello Stato in assenza di rapporti del tipo predetto (la cui esistenza all'epoca dello Statuto e fino al 1929 neppure era formalmente riconosciuta).

Dichiarare l'*establishment* (come nello Statuto fondamentale del Regno d'Italia) o il *no establishment* (come nella Costituzione USA) di una religione rientra esclusivamente nella sovranità dello Stato. Proprio per effetto del combinato disposto dei due commi dell'art. 7 – sovranità e rinvio ai patti limitatamente ai rapporti – la vigenza di quel principio, unilateralmente affermato nello statuto, non era compatibile con il complessivo sistema costituzionale e, in particolare, con il principio di uguale libertà di tutte le confessioni: come, sia pure dopo oltre un terzo di secolo, riconosciuto dalla Chiesa cattolica nell'accordo di revisione dei patti lateranensi.

Ne risulta confermato, quindi, che neppure indirettamente e per rinvio – come invece faceva lo statuto albertino – la nostra Costituzione si preoccupa di definire gli elementi essenziali delle religioni. E la causa risiede essenzial-

mente nel fatto che la Repubblica, nata anche dalla separazione illuministica tra fede e ragione, tra diritto e morale<sup>1</sup>, rinuncia ad esercitare la ragione nel campo religioso. Questo cambio di paradigma non fu colto da una parte autorevole della dottrina<sup>2</sup> – e, sia pure meno scopertamente, della giurisprudenza, come si vedrà – finché non intervenne la lucida spiegazione della Corte costituzionale: si trattava del principio supremo di laicità<sup>3</sup>, ricavato da tutte le norme costituzionali relative alla religione e, in particolare, dalla “distinzione degli ordini distinti”<sup>4</sup> affermata proprio nell’art. 7. Di qui il *self-restraint* della Costituzione, e in generale del costituzionalismo, di fronte ad una definizione della religione, che ne implicherebbe inevitabilmente una limitazione, un dimensionamento e soprattutto inclusioni ed esclusioni: si tratterebbe di un neo-giurisdizionalismo.

## 2. Le norme TFUE e CEDU in materia di religione

La individuazione degli elementi essenziali della religione potrebbe, tuttavia, rinvenire da altri ordinamenti – come quello sopranazionale della UE e quello internazionale della Convenzione EDU - che, grazie al richiamo ad essi operato dall’art. 117 cost., fanno blocco con la Costituzione formale<sup>5</sup> e contribuiscono a segnare il perimetro d’intervento della Corte costituzionale. Certo, quegli ordinamenti non hanno lo stesso valore della Costituzione formale, le relative norme hanno forza subcostituzionale trovando il limite dei principi supremi (quelle unionali) o addirittura di tutte e singole le norme costituzionali, per dir così “ordinarie” (quelle convenzionali)<sup>6</sup>. Ma – a parte il fatto che questa barriera opposta all’ingresso in Costituzione in concreto non è stata finora operativa e con il passare del tempo si va rivelando

---

<sup>1</sup> Questo il “normative order dictated by the Enlightenment”, come osserva M. Rosenfeld, *Can Constitutionalism, secularism and Religion be reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival?*, in “Cardozo Law Review”, 2009, vol. 30:6, p. 2333.

<sup>2</sup> V. per tutti P.A d’Avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*. Parte generale, Giuffrè, Milano, 1978, p. 389, secondo cui, pur dopo la Costituzione (da cui estrae solo l’art. 7), l’Italia è “un effettivo Stato confessionista in senso cattolico”, con l’effetto di “accettarne i principi e la dottrina, favorirne la organizzazione e realizzarne in genere le esigenze in conformità e dentro l’ambito e i limiti della legislazione canonica particolare vigente in Italia”.

<sup>3</sup> Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203.

<sup>4</sup> Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 334.

<sup>5</sup> Sulle “metamorfosi dell’ordinamento costituzionale” prodotte dai vincoli europei v. ora A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 350 ss.

<sup>6</sup> Rispettivamente Corte cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, e 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

un orpello retorico<sup>7</sup> – rimane assodato che, se non si può “può consentire che si determini, per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno” neppure si “può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale”<sup>8</sup>. La conseguenza di questo ragionamento – ha aggiunto la Corte – è che “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”.

Pertanto, se un’espansione delle amplissime garanzie del diritto di libertà religiosa, riconosciuto dall’art. 19, fosse conseguibile dalla definizione della religione, eventualmente affermata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, il confronto tra le due tutele operato dalla Corte costituzionale potrebbe portare ad introdurre nella sua giurisprudenza quegli elementi definitivi attualmente assenti nella Costituzione formale. Finora la Corte EDU ha per quanto possibile evitato di procedere a questa operazione ermeneutica pur in presenza di motivazioni delle sentenze oggetto di ricorso basate su “perizie di stato”, che avevano concluso per la non religiosità delle organizzazioni considerate: di recente, per esempio, nel caso di Scientology s’è rifiugata nella considerazione che su tale questione non si è ancora formato un ampio consenso in Europa<sup>9</sup>. Ma la questione si potrebbe porre in maniera drastica nel momento che – come lasciano presagire alcuni segnali giurisprudenziali, oltre che sociologici, cui si accennerà più avanti - un’organizzazione filosofica non confessionale ricorresse contro una decisione interna di diniego di equiparazione del proprio status a quello delle chiese e delle altre organizzazioni religiose.

Pur nella mancanza di definizioni ricavabili dalla Costituzione, per dir così in senso ampio quale risultante dagli obblighi internazionali e soprannazionali di livello europeo, la Corte costituzionale s’è trovata spesso nella necessità di dover quanto meno presupporre una nozione di religione alla cui stregua valutare la legittimità delle disposizioni di legge impugnate. E almeno fino alla fine degli anni settanta lo ha fatto applicando per forza d’inerzia

---

<sup>7</sup> “Una forma di *placebo*, per mettere tranquilli i residui sostenitori della sovranità statale” l’ha definita il giudice costituzionale S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2012, p. 616. In realtà alla Corte (1971, n. 30) questa barriera è servita fondamentalmente per ammettere la sindacabilità delle norme dei patti lateranensi.

<sup>8</sup> Corte cost. 30 novembre 2009, n. 317.

<sup>9</sup> Corte europea dei diritti umani, *Church of Scientology of St Petersburg vs Russia*, 2 ottobre 2014.



la tecnica dello statuto albertino, attingendo cioè al patrimonio dottrinario della chiesa cattolica, come se il regime di cristianità, o meglio di cattolicità, inaugurato nel 1929 non fosse stato – non si dice superato, ma neppure - scalfito dalla Costituzione. Solo a partire dalla fine degli anni settanta, con l'ennesima sentenza in tema di giuramento nel processo<sup>10</sup>, ha inizio un nuovo corso, che si è andato progressivamente aprendo alle implicazioni costituzionali della laicità: si passa cioè dall'individuazione di elementi di contenuto (coincidenti con quelli della religione cattolica o comunque di quelle del ceppo giudaico-cristiano) a quella di elementi di fondo come la coscienza, foriera di sviluppi imprevedibili (come evidenzierò in fine di questa relazione).

### *3. La giurisprudenza costituzionale: dagli elementi "cattolici" alla coscienza*

Il rinvio "albertino" alla religione cattolica è vistoso nelle prime sentenze della Corte. Un giudice obietta che le norme penali che puniscono le offese alla "religione dello Stato" sono illegittime perché quel principio affermato nello statuto albertino è in contrasto con quello costituzionale di eguale libertà delle confessioni. Obiezione cristallina, ma non secondo la Corte:

Questo sistema ha fondamento nella rilevanza che ha avuto ed ha la Chiesa cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene<sup>11</sup>

Elemento essenziale della religione è, quindi, la tradizione, nonché il numero degli aderenti (nel caso schiacciante: la quasi totalità), per cui – aggraverà la Corte di lì a qualche mese – si verifica una maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette. Ciò che conta è

“questa universalità di tradizioni e di sentimenti cattolici nella vita del popolo italiano” (...) “rimasta, senza possibilità di dubbio, immutata con l'avvento della Costituzione”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte cost. 2 ottobre 1979, n. 117.

<sup>11</sup> Corte cost. 28 novembre 1957, n. 125.

<sup>12</sup> Corte cost. 17 dicembre 1958, n. 79.

La Costituzione fa da convitato di pietra. Tradizione, numerosità, universalità: questi caratteri giustificano la speciale protezione penale della religione cattolica. Ma, implicitamente e reciprocamente, la Corte giustifica la diminuita tutela penale delle altre confessioni per la mancanza in esse di quei caratteri. Questi, quindi, diventano elementi essenziali perché una religione venga considerata e tutelata dallo Stato alla pari delle altre.

Un altro elemento essenziale delle religioni viene più tardi individuato dalla Corte nei valori morali e nella credenza nella Divinità. La formula del giuramento viene così giustificata con la sua corrispondenza ai “sentimenti della coscienza comune quale espressione dei valori morali e religiosi”: la religione non è che una forma di morale, per cui il credente assume responsabilità “davanti a Dio” mentre l’ateo l’assume esclusivamente “davanti agli uomini, responsabilità puramente morale”, senza il “senso della Divinità che per lui è irrilevante”<sup>13</sup>. Ma si tratta di una divinità indefinita: il “Dio” della formula non è che un “richiamo a generali valori religiosi che non possono essere ascritti a questa o a quella “denominazione” o “confessione”<sup>14</sup>.

Senonché i testimoni, poi imputati, avevano dichiarato non che il Dio della formula non corrispondeva a quello da loro venerato ma che la specifica “religione “pentecostale”, che essi professavano, vietava loro, conformemente all’insegnamento di S. Matteo, capitolo V, 34-37, di prestare giuramento sotto qualsiasi forma e in qualsiasi modo”. La completa trascuranza della libertà di coscienza da parte della Corte presuppone implicitamente l’interpretazione cattolica del versetto evangelico, secondo cui esso non preclude la possibilità di prestare giuramento nelle aule giudiziarie.

Questa presupposizione è la chiave interpretativa degli elementi essenziali delle religioni individuati dalla Corte: muovendosi nell’orbita del magistero cattolico, accreditato dai patti lateranensi, essa dà disinvoltamente per dimostrato l’*id demonstrandum*. Così, ad esempio, l’universalità della religione è un tipico carattere di quella cristiana, che proprio su questo carattere ha consumato la separazione dall’ebraismo, religione del popolo eletto. Analogamente, la ritenuta compresenza di elementi essenziali come la credenza nella divinità e la morale. Con l’illuminismo la soluzione del problema di una morale valida per tutti gli uomini prescinde dalla religione<sup>15</sup> e da allora ci si interroga anche a livello teologico sul Dio che prescinde dalla morale: con riferimento all’episodio di Abramo ed Isacco si è parlato di “sospensione

---

<sup>13</sup> Corte cost. 6 luglio 1960, n. 58.

<sup>14</sup> Corte cost. 25 maggio 1963, n. 85.

<sup>15</sup> Basta ricordare I. Kant, *La religione nei limiti della sola ragione*, Laterza, Bari, 1980.

dell'etica"<sup>16</sup>, con riferimento a alla richiesta di spiegazione delle sue costanti sofferenze da parte di Giobbe di "stato amorale di Jahvè"<sup>17</sup>, con riferimento al Vangelo della misericordia di superamento della morale retribuzionista del *do ut des*<sup>18</sup> in favore di una giustizia salvifica o risanatrice<sup>19</sup>

L'inaccuratezza con cui la Corte si avvicina a temi di così grande momento – evidente, pur nel contesto di un periodo storico in cui la Costituzione non veniva ancora presa sul serio e se ne predicava da parte della Cassazione il carattere almeno in parte programmatico e non precettivo – viene superata alla fine degli anni settanta con una sentenza di alto spessore culturale ancora una volta sul giuramento. Anche in questo caso bisogna tener conto del mutato contesto (all'inizio di quel decennio la Corte aveva affermato la sindacabilità dei patti lateranensi e aveva respinto per due volte le eccezioni di incostituzionalità della legge sul divorzio anche in relazione ai matrimoni concordatari<sup>20</sup>) ma sarebbe scorretto prescindere dal fatto che la redazione della sentenza è dovuta ad un giudice come Leopoldo Elia, profondamente persuaso che la Costituzione si pone innanzitutto a garanzia delle minoranze, quali vengono considerate gli atei:

“in realtà gli artt. 19 e 21 Cost. tutelano innanzitutto l'opinione religiosa propria della persona, essendo indifferente che essa si iscriva o meno in quella di una minoranza”.

La sentenza prescinde dalla visione della morale come elemento essenziale della religione – la quale in più avrebbe il riferimento alla divinità – riconoscendo che

Altro è l'importanza religiosa del giuramento, collegata alla responsabilità da assumere davanti a Dio, altro è l'importanza morale dell'atto, connessa alla responsabilità da contrarre davanti agli uomini.

Elemento essenziale della religione, a prescindere dalla morale, è la credenza in

---

<sup>16</sup> S. Kierkegaard, *Timore e tremore*, in *Opere*, Sansoni, Firenze, 1972.

<sup>17</sup> C.G. Jung, *Risposta a Giobbe*, in *Opere*, Bollati Boringhieri, Torino, vol. XI, 1979, p. 343.

<sup>18</sup> P. Sequeri, *Il timore di Dio*, Vita e pensiero, Milano, 1993, p. 116.

<sup>19</sup> Su questo concetto-chiave di *tsedākāh* ruota il fine studio di E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 11 e passim.

<sup>20</sup> Corte cost. 5 luglio 1971, n. 169.

“un Essere soprannaturale e supremo, di natura trascendente, dotato di ... onnipotenza e onniscienza, ... un Dio che legge nel cuore dell'uomo e giudica i suoi comportamenti”.

Da un convincimento simile, sia pure espresso con molta approssimazione, la sentenza 58/60 aveva dedotto che “l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa” e risolto la questione nel senso che il credente giura davanti a Dio e l'ateo solo davanti agli uomini. In esplicito disaccordo con quella posizione la sentenza 117/79 accoglie l'eccezione di incostituzionalità dando atto che

“l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19”.

Con questa sentenza la Corte per la prima volta collega la tutela della libertà religiosa non agli elementi essenziali, propri e peculiari, della religione ma alla salvaguardia della coscienza, propria di tutti gli uomini, credenti e non credenti. Si compie così il percorso della rilevanza costituzionale dagli elementi essenziali della religione a quelli comuni alla religione come all'ateismo e all'agnosticismo.

#### 4. (Segue:) *Dalla deroga al bilanciamento*

Una seconda traiettoria, meno diretta della precedente e tuttavia capace di individuare gli elementi essenziali delle religioni (non solo, anche se principalmente, della cattolica), è legata alla giustificazione del *favor religionis* del legislatore. Ancora nel 1989, pochi mesi prima della storica pronuncia sulla laicità come profilo fondamentale della nostra forma di Stato, la Corte ricollega la legislazione speciale di favore alla funzione “socialmente utile” della religione, accomunata all'arte, alla scienza, alla cultura<sup>21</sup>. Si tratta solo di un inciso e non ne vengono spiegate le ragioni, che però possono agevolmente ricavarsi dalla prima giurisprudenza costituzionale: la tradizione e la generale condivisione dei valori religiosi.

La tradizione, almeno in Occidente, diventa così un elemento essenziale di riconoscimento della religione e di opposizione almeno al riconosci-

---

<sup>21</sup> Corte cost. 24 gennaio 1989, n. 23.

mento di altre organizzazioni religiose senza tradizione nel nostro Paese<sup>22</sup>. Evidente appare il segno ideologico di questa posizione: la tradizione viene considerata una garanzia valoriale al cospetto dei beni effimeri del momento presente in una concezione anti-illuministica che vede nella storia non un progresso ma un progressivo decadimento degli antichi valori<sup>23</sup>.

Analoga precomprensione ideologica si riscontra nell'elemento della generale condivisione<sup>24</sup>: è religioso ciò che è generalmente condiviso, come se una condivisione di minoranza non si addica ad una religione. La generalità, come la tradizione, è di per sé un valore. Se ha questi caratteri, la religione è di per sé un valore che giustifica il *favor*, consistente non tanto nella costituzionalmente ineccepibile<sup>25</sup> esenzione dal giurisdizionalismo statale quanto piuttosto nel godimento di una disciplina derogatoria rispetto al principio di eguaglianza. Come al solito la Corte ha occasione di affermare la legittimità costituzionale di tale disciplina con riferimento alla religione cattolica e ai patti lateranensi, coperti dall'art. 7 cost. Perciò

“il divieto di trattamento differenziato in ragione della religione praticata, qual'è sancito dal primo comma dell'art. 3, non può trovare nella specie applicazione, data la presenza dell'altra norma costituzionale, consacrata nell'art. 7, di accoglimento del principio concordatario, nei termini risultanti dai “Patti lateranensi”. Infatti questi, nell'ultimo comma dell'art. 2 del Concordato, hanno sottratto ad ogni ingerenza delle autorità civili le collette disposte da quelle ecclesiastiche all'interno o all'ingresso delle chiese o negli edifici di proprietà di enti religiosi. Con le sentenze n. 31 e n. 32 dell'anno 1971 la Corte, nell'ammettere la derogabilità del principio di eguaglianza in quanto venga richiesta dagli impegni concordatari, ha tuttavia statuito che essa trova un limite inderogabile nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento; ma è chiaro che in nessun modo questi possono ritenersi compromessi dalla diversità di disciplina dell'esercizio della facoltà di questua”.

<sup>22</sup> Singolare in dottrina l'esempio di “un gruppo di musulmani riunitosi in Italia per finalità religiose”: così P. Gismondi, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 98.

<sup>23</sup> Di qui la negatività della secolarizzazione e “dell'intero complesso dei valori della Modernità” (G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Editori riuniti, Roma, 1983, p. XXII).

<sup>24</sup> Corte cost. 28 novembre 1957, n. 125; 13 maggio 1965, n. 39; 14 febbraio 1973, n. 14.

<sup>25</sup> Si tratta, invero, del “principio di autonomia delle confessioni religiose” (Corte cost. 25 maggio 1990, n. 259) per cui “al riconoscimento da parte dell'art. 8, secondo comma, della Costituzione, della capacità delle confessioni religiose, diverse dalla cattolica, di dotarsi di propri statuti, corrisponde l'abbandono da parte dello Stato della pretesa di fissarne direttamente per legge i contenuti” (Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 43). Oggetto dell'impugnazione era lo statuto delle comunità israelitiche, interamente dettato dallo Stato, già per altro aspetto dichiarato illegittimo da Corte cost. 13 luglio 1984, n. 239.

## Analogamente la Corte non

“vede come la celebrazione del matrimonio fra affini di primo grado, che il codice di diritto canonico consente, previa dispensa, possa ledere i principi supremi dell’ordinamento costituzionale dei quali si è fatta parola”; né vede come possa non essere “riconosciuta la compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale di una deroga alla giurisdizione che sia razionalmente e politicamente giustificabile”.

Ciò che si vede, invece, chiaramente è che per la Corte il principio di eguaglianza non rientra tra i principi supremi dell’ordinamento, alla cui stregua con la sentenza 30/71 essa aveva stabilito la sindacabilità delle norme pattizie. L’impressione è che dopo aver lanciato questo sasso la Corte si sia preoccupata contestualmente di nascondere la mano, negando in ogni caso (da quelli minimali come le collette a quelli più importanti come la giurisdizione matrimoniale e la libertà d’insegnamento dei professori della università cattolica) che venissero in gioco principi supremi. Alla stregua degli “ordinari” principi costituzionali, tra cui quello di eguaglianza, la deroga si giustifica politicamente e razionalmente perché la religione è un valore in sé e perciò la costituzione ne ha garantito la disciplina speciale posta con i patti lateranensi.

In questo clima di bonaccia fa irruzione sul finire degli anni ottanta un po’ inaspettatamente – il ricorso era stato, infatti, assegnato inizialmente alla camera di consiglio e così avviato ad una pronuncia di inammissibilità – la citata sentenza 203/89 sulla laicità. La questione riguardava l’insegnamento religioso nelle scuole pubbliche, assicurato dall’accordo di revisione del concordato nel frattempo intervenuto ma non più come “fondamento e coronamento dell’istruzione pubblica”, cioè come metavalore, bensì come valore culturale e patrimonio storico<sup>26</sup>: cioè, osserva la Corte, in maniera coerente con la forma di Stato laico della Repubblica italiana, dedotta anche dal precedentemente negletto art. 3. Ne consegue l’inammissibilità di una disciplina in deroga al principio di eguaglianza, come si desume anche dalla previsione che l’insegnamento è inserito, laicamente, “nel quadro delle finalità della scuola”, che certo non sono religiose ma laiche nel “regime di pluralismo confessionale e culturale”.

---

<sup>26</sup> Art. 9 l. 121/1985: “La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l’insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado”.

Dopo questa sentenza sembra che nessuna argomentazione sia più come prima. Non può che capitolare definitivamente il criterio quantitativo della numerosità dei fedeli, ritenuto sicuro elemento sintomatico di una religione: viene ribadito un principio già affermato nel 1988, per vero senza trarne conseguenze nel caso,

“l’abbandono del criterio quantitativo significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza”<sup>27</sup>

Né rileva, conseguentemente, il criterio della presumibile “maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese” alla religione cattolica<sup>28</sup>.

Tra queste due sentenze si colloca poi un approfondimento del principio di laicità, dovuto allo stesso redattore Zagrebelsky. La laicità – si afferma nella citata sentenza 334/1996 -implica che il valore della religione non può essere messo a frutto dallo Stato per il raggiungimento delle sue finalità:

“la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato”.

Con una importante conseguenza dettata dalla preoccupazione che, espungendosi (dalla formula del giuramento, ancora una volta) il solo riferimento alla divinità e

“mantenendosi il riferimento a un solo contenuto di valore, implicitamente si escluderebbero tutti gli altri, con violazione della libertà di coscienza dei credenti, per i quali il giuramento, del tutto legittimamente, ha un significato religioso”.

Di qui l’estensione della dichiarazione d’incostituzionalità del riferimento alla responsabilità che si assume davanti a Dio anche al riferimento alla responsabilità davanti agli uomini.

Forse nessuna delle sentenze della Corte indica più approfonditamente di questa il cambio di paradigma attuato con il principio di laicità: la para-

---

<sup>27</sup> Corte cost. 28 luglio 1988, n. 925; 18 ottobre 1995, n. 440.

<sup>28</sup> Affermato nelle sentenze 17 dicembre 1958, n. 79, 13 maggio 1965, n. 39, e 14 febbraio 1973, n. 14; abbandonato da 14 novembre 1997, n. 329.

bola iniziata quarant'anni prima per eliminare il solo riferimento a Dio si conclude con l'eliminazione anche del riferimento agli uomini, la cui permanenza avrebbe potuto suggerire l'esistenza di una forma di religione civile. L'eguaglianza opera in senso biunivoco con il criterio del bilanciamento.

Se ne ha una dimostrazione in una sentenza, per l'oggetto apparentemente di secondaria importanza sottovalutata, ma di grande importanza per segnalare il ridimensionamento della religione come valore in sé, idoneo a derogare altri valori costituzionalmente garantiti. Oggetto dell'eccezione di incostituzionalità nella specie era una norma che non prevede la sospensione degli obblighi del sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno (anche) per consentirgli la partecipazione periodica e continuativa a cerimonie religiose (nel caso delle Assemblee di Dio in Italia, confessione con intesa con lo Stato). Ma una sospensione della misura a motivo della religione, osserva la Corte,

“sarebbe in insuperabile contraddizione con le esigenze in vista delle quali la misura di prevenzione è adottata”, cioè per la prevenzione dell'attività criminosa, la quale, insieme con la repressione dei reati, costituisce indubbiamente, secondo la Costituzione, un compito primario della pubblica autorità. Di conseguenza una sospensione della misura, così motivata, “non rappresenterebbe un contemperamento tra esigenze costituzionali da armonizzare ma semplicemente la vanificazione di una a favore dell'altra”<sup>29</sup>.

La religione in sé (non solo la cattolica) cessa davvero con la Costituzione di essere – per riprendere le motivazioni date dal guardasigilli dell'epoca alla tutela della religione cattolica nel codice penale del 1930 - “... fattore di unità morale della nazione”, “bene di civiltà di interesse generale ... della più ampia importanza, anche per il raggiungimento dei fini etici dello Stato”. Diventa un bene costituzionalmente garantito ma da armonizzare e contemperare con gli altri beni costituzionalmente garantiti: la sua tutela passa così dalla deroga al bilanciamento.

##### *5. La coscienza come elemento essenziale delle religioni (e degli ateismi)?*

La descritta evoluzione della giurisprudenza costituzionale rende plausibile questa valutazione sintetica: partita da un atteggiamento valutativo nel

---

<sup>29</sup> Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 309.



merito della religione, che le aveva permesso di cogliere superficialmente una quantità di elementi essenziali attribuibili solo alla dominante religione cattolica, perché in realtà dal suo patrimonio dottrinario mutuati, la Corte ha gradualmente scartato quelli improbabili (l'universalità, la numerosità, la tradizione, la generale condivisione) concentrandosi infine su due soli elementi: la credenza nella divinità e la coscienza. Evidenziati entrambi nella sentenza 117/79, risultano confermati, il primo, nella sentenza 440/95 e, il secondo, in una serie di pronunce (925/88; 203/89; 334/96; ecc.).

Tuttavia, il primo deve affrontare una prova di resistenza costituita dalla successiva stipulazione di intese con confessioni di origine orientale quali il buddhismo, che, se pur religione, “non ha un'idea, un concetto di Dio”<sup>30</sup>, e l'induismo, che pure secondo il sistema filosofico Sàmkhya non è nè teistico nè panteistico<sup>31</sup>. Si può dire ancora in via generale che “*religio proprie importat ordinem ad Deum*”<sup>32</sup> o bisogna ripiegare laicamente – in rigorosa applicazione del principio di distinzione degli ordini e senza interferenze giurisdizionalistiche – sul criterio estrinseco dell'autoqualificazione religiosa da parte degli stessi gruppi, risultante chiaramente dallo statuto<sup>33</sup> ?

La questione assume grande importanza in prospettiva, se combinata con il secondo elemento essenziale, individuato dalla Corte nella coscienza: questo, invero, non è esclusivo delle religioni, intese come credenze nella divinità, ma anche delle convinzioni negative, ateistiche o agnostiche. E non a caso esso è stato individuato nella sentenza che ha ricondotto la tutela della libertà di religione negativa all'art. 19 Cost.

La questione allora è questa: se l'ordinamento considera religioni, stipulando intese con le relative organizzazioni, anche credenze non ordinate alla divinità può ritenersi che al fine della pari tutela, già ritenuta conforme a Costituzione, sia ormai la coscienza l'elemento necessario e sufficiente, quale che ne sia l'atteggiamento positivo o negativo rispetto alla divinità? Lo stesso culto, a questa dedicato nelle religioni tradizionali, comincia a diffon-

<sup>30</sup> A. Watts, *Buddhismo. La religione della non religione*, Red, Como, 1999, p. 21. Ascrive, pur con queste precisazioni, il buddhismo al pensiero ateistico C. Humphrey, *Il Buddhismo*, Ubaldini, Roma, 1964, pp. 79 s. L'intesa è stata approvata con l. 31 dicembre 2012, n. 245.

<sup>31</sup> Cfr. F. Brezzi, *Le grandi religioni*, Newton Compton, Roma, 1994, p. 29. L'intesa è stata approvata con l. 31 dicembre 2012, n. 246.

<sup>32</sup> Tommaso, *Summa theologiae*, II, 2ae, q. 81, a. 1.

<sup>33</sup> Tale criterio ha avuto una prima applicazione nell'intesa con gli ebrei, approvata con l. 8 marzo 1989, n. 101 (e cfr. N. Colaianni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Cacucci, Bari, 1990, p. 83 s.). Il riferimento allo statuto è in Corte cost. 27 aprile 1993, n. 195 (e sulle sue implicazioni v. N. Colaianni, *Confessioni religiose*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 371 ss.).

dersi in forme secolarizzate anche nelle associazioni ateistiche<sup>34</sup> e, in questa misura, potrebbe non costituire più un elemento sintomatico della religione con divinità. D'altro canto, la vicenda processuale della Unione Atei Agnostici Razionalisti (UAAR), a cui l'autorità giudiziaria<sup>35</sup> ha riconosciuto il diritto di avviare trattative d'intesa (un istituto previsto espressamente per le confessioni religiose), indica che il prevedibile diniego di stipulazione sarà basato probabilmente sulla mancanza di autoqualificazione come confessione religiosa (e di forme di culto secolarizzato) da parte di quella associazione: se non ottiene di stipulare l'intesa, quindi, *imputet sibi* l'UAAR e non ad un'autorità, amministrativa o giudiziaria, dello Stato.

Certamente una dissolvenza degli elementi essenziali della religione nella coscienza, laddove giacciono anche i fenomeni contrari dell'ateismo e dell'agnosticismo, porterebbe ad ampliare a dismisura la categoria delle confessioni religiose e a farne un coacervo degli indistinti: una sorte di notte in cui tutte le vacche sono nere. Può uno stato, benché laico, rinunciare a definire autonomamente – certo, con la maggiore scientificità pluralistica possibile, non mutuando dall'autocomprensione di una o più religioni determinate, alla maniera della prima giurisprudenza costituzionale – la religione e dare ingresso così alle autoqualificazioni dei gruppi, anche le più estrose e bizzarre? E così dare a tutte la stessa tutela: che in uno stato sociale non attiene solo alla “libertà da” ma anche alla “libertà per” con marcati profili agevolativi al limite (finora) del privilegio? Da questa preoccupazione<sup>36</sup> la posizione “interventista”, pur avvertita come problematica e a tutta prima contraddittoria con uno stato laico tutto d'un pezzo. Il problema, per vero, non è privo di soluzioni alternative: basterebbe estendere la legislazione speciale favoritiva a tutte le organizzazioni umanitarie e altruistiche *no profit*, prescindendo dalla connotazione religiosa e prevenendo, quindi, autoqualificazioni religiose di comodo, strumentali al solo ottenimento dei benefici di legge.

Vero è, peraltro, che la *reductio ad unum* – la coscienza – dei fenomeni

---

<sup>34</sup> Ne ho addotto alcuni esempi in *Ateismi de combat e intese con lo Stato*, in *www.Rivista AIC*, 2014, cui rinvio anche e soprattutto per la problematica dell'UAAR, accennata subito dopo nel testo (sulla quale v. pure F. Margiotta Broglio, *Un'intesa per gli atei*, in “*Il diritto ecclesiastico*”, 2013, 1-2, p. 18, e F. Alicino, *Le intese con le confessioni religiose alla prova delle organizzazioni ateistiche*, “*ivi*”, pp. 48 ss).

<sup>35</sup> Cons. Stato 18 novembre 2011, n. 6083, confermata da Cass. 28 giugno 2013, n. 16305 in punto di giurisdizione, salvo il giudizio della Corte costituzionale, adita dal Governo per conflitto di attribuzione dichiarato ammissibile dalla Corte con ord. n. 40/2015.

<sup>36</sup> Cfr. M. Ainis, *Laicità e confessioni religiose*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Cedam, Padova, 2008, p. 22 e attualmente D. Bifulco, *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, FrancoAngeli, Milano, 2015, pp. 142 ss, 156.

a finalità religiosa, positivi o negativi, avrebbe bisogno di un cambiamento culturale di fondo e di carattere epocale: simile a quello in forza del quale s'è tentato di ricomprendere nell'art. 29 cost. anche i matrimoni eterosessuali e che è stato obliterato dalla Corte costituzionale sulla base dell'argomento psicologico: il costituente

“intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto”. “Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa”<sup>37</sup>.

Una replica simile potrebbe aversi al tentativo di ricomprendere tra le confessioni religiose anche le associazioni ateistiche o le organizzazioni “religiose senza Dio”, magari sulla base dell'opposizione espressa dal presidente della commissione dei 75 Ruini alla proposta di soppressione nell'art. 8 cost dell'inciso “in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano”: “oltre alle confessioni – venerate, rispettabilissime che tutti conosciamo – potrebbero sorgere culti strani, bizzarri (l'America insegna)”<sup>38</sup>.

D'altro canto, se l'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea pone le organizzazioni religiose e quelle filosofiche e non confessionali sullo stesso piano, continua tuttavia a distinguerle, presupponendo che le seconde non hanno una religione. Certamente, che possano darsi anche religioni senza Dio è tema dall'illuminismo in poi presente nel dibattito culturale ma con impostazioni molto discordi. A tre di queste<sup>39</sup> farò cenno rapidamente – scusandomi fin d'ora per la schematicità – a conclusione di questo intervento.

---

<sup>37</sup> Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138.

<sup>38</sup> V. *Gli atti dell'Assemblea costituente sull'art. 7*, a cura di A. Capitini e P. Lacaïta, Manduria-Perugia, 1959, p. 514.

<sup>39</sup> Si tratta di H. Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as “New Religions”*, (1964, I ed. Wien 2012), tr. it. *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come “nuove religioni”*, Raffaello Cortina, Milano, 2014; R. Dworkin, *Religion without God*, Harvard University press, Cambridge, MA.- London, 2013; U. Beck, *Der eigene Gott*, Frankfurt am Mein-Leipzig, 2008, tr. it. *Il Dio personale. La nascita della religiosità secolare* (2008), Laterza, Roma-Bari, 2009.

6. Il dibattito sulle “religioni ateistiche” o “ateismi religiosi”: a) Kelsen

Le tesi sostenute da Kelsen e Dworkin sono apparentemente antitetiche ma vanno innanzitutto contestualizzate: il saggio di Kelsen, pur pubblicato per la prima volta solo nel 2012, risale a mezzo secolo fa (1964) e svolge una serrata polemica contro una serie di studiosi – anche eterogenei: dai socialisti utopisti come Saint-Simon e Proudhon ai contemporanei Voegelin, suo allievo, e Aron, dal gesuita De Lubac all’ateo Russell, e così via -, sostenitori in vario modo di una “religione secolare” o di una “teologia senza un dio”. Con la sua straordinaria capacità di usare il rasoio di Occam, Kelsen rileva che

“questa terminologia è altamente fuorviante. Essa rende necessaria una distinzione tra una religione “secolare”, ossia una religione non religiosa, e una vera religione, ossia una religione religiosa. Ma la prima è una contraddizione in termini, la seconda un pleonasma privo di senso”.

Ad esempio uno degli autori presi di mira da Kelsen è il contemporaneo Julian Huxley, che in un libro dal titolo significativo *Religion without Revelation*, aveva sostenuto che il matrimonio può “avere una santità” ed “essere un sacramento per due atei convinti esattamente come per due cristiani devoti”. Senonché, obietta giustamente Kelsen, qui il termine “sacramento” è usato

“per designare un concetto che contraddice il concetto stesso che quel termine designa. Chiamare con lo stesso termine due concetti fra loro contraddittori è terminologicamente inammissibile, poiché cancella una differenza essenziale: in questo caso la differenza tra un ateo e un teista”.

Come si vede, la polemica di Kelsen tende a ribadire anche in questo campo la purezza della scienza contro i tentativi di teorizzarne implicazioni teologiche e di minarne così l’indipendenza dalla politica e l’impossibilità di “presupporre, nella descrizione e nella spiegazione del proprio oggetto, l’esistenza di un’autorità trascendente, che sia al di là di ogni possibile esperienza”<sup>40</sup>. Ma per affermare questa indipendenza della scienza dalla politica e dalla religione, Kelsen si contestualizza solo nei saggi di altri studiosi, in vario modo espressivi delle grandi ideologie del tempo, e prescinde

---

<sup>40</sup> Kelsen, *Religione secolare*, cit., pp. 7, 48 e 364. La citazione del libro di Huxley è a p. 47.

completamente da un'analisi della situazione politica e religiosa: in ciò certamente favorito da un contesto socioreligioso che - pur cominciando ad essere attraversato da qualche moto ondoso come il movimento ecumenico, il concilio vaticano, il "dialogo" tra credenti e non credenti - si presentava prevalentemente statico, senza i "nuovi" movimenti religiosi e le domande di riconoscimento di associazioni ateistiche che si sarebbero manifestati nei decenni successivi.

### 6.1 (Segue:) b) *Dworkin*

La profonda diversità che questi fenomeni attribuiscono all'attuale contesto storico spiega la sostanziale estraneità della tesi di Dworkin - pur a colpo d'occhio annoverabile tra quelle criticate da Kelsen - all'orizzonte in cui questi si muoveva. In una società segnata da "new religious wars", che a differenza del passato sono non "between different organized religions; they are wars between the believers and nonbelievers" è necessario trovare punti comuni tra convinzioni diverse e anche contrapposte in modo da far leva su quei punti condivisi per una pacifica convivenza pur nel pluralismo dei valori. Il presupposto di questa *prayer* - perché Dworkin conclude pessimisticamente che *probably è much too much to hope* - sembra risiedere, senza voler proporre accostamenti troppo spinti e impropri, nella tesi habermasiana che

"le società moderne si siano convertite alle premesse della morale-digerazione e dei diritti umani (...) spinte dall'obiettivo di servirsi di una morale *profana* dell'eguale rispetto al fine di costruire la base comune di un'esistenza umana capace di superare *le più radicali differenze* nella visione del mondo"<sup>41</sup>.

Questa morale accomuna la religione e l'ateismo, al di là dei loro contrasti. Invero, bisogna riconoscere, per un verso, "the possibility of religious atheism", giacché - Dworkin fa l'esempio del pacifismo - "atheists often have convictions of duty that are for them equally imperative" quanto le "profound ethical and moral convictions" dei teisti. Costoro hanno anche "a belief in an intelligent supernatural force" con le connesse risposte a domande circa "the birth and history of the universe, the origin of human life, and whether or not people survive their own death". Ma questa "science part" della religione è distinta e indipendente dalla "value part", grazie alla quale "people share a

---

<sup>41</sup> J. Habermas, *Verbalizzare il sacro. Sul lascito religioso della filosofia*, a cura di L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 179 s.

*fundamental religious impulse that has manifested itself in various convictions and emotions*”<sup>42</sup>.

La distinzione tra parte scientifica e parte valoriale appare subito, a dire il vero, nient'affatto scientifica. I racconti sulla creazione e sull'origine della vita sono infatti ritenuti dalle chiese non scientifici ma – per limitarci a scarse citazioni di documenti ufficiali – una “catechesi”, in cui ciò che “propriamente interessa la fede religiosa” è che “il mondo esiste perché Dio lo vuole. Dio è il Signore incondizionato di tutta la realtà” (358), sicché

“la Bibbia non vuole istruirci sulla nascita empiricamente afferrabile del mondo” e “non è dunque oggetto della fede il fatto che Dio ha creato il mondo in sei giorni (...) o che ha creato tutto all'inizio così come oggi lo vediamo”<sup>43</sup>.

E anche laddove si ripropone – come nell'ultima enciclica papale sulla “cura della casa comune” – il “vangelo della creazione”, questa non solo viene ascritta, piuttosto che all'ordine fisico-chimico, “all'ordine dell'amore” ma neppure viene intesa come un evento che *uno actu perficitur*, bensì come un procedimento tuttora in svolgimento grazie alla “presenza divina (...) nel più intimo di ogni cosa”, che realizza – secondo Tommaso d'Aquino – “la continuazione dell'opera creatrice”<sup>44</sup>.

Si capisce che questa parte del pensiero di Dworkin è condizionata dalla situazione del suo paese, in cui, nonostante la posizione ufficiale del magistero ecclesiastico e quella degli stessi giudici federali che hanno dichiarato incostituzionale l'insegnamento nelle scuole di una tale convinzione religiosa<sup>45</sup>, la scientificità delle teorie creazionistiche continua ad essere argomento politicamente divisivo. Ma questo è un dato politico, che non vale a dare maggiore consistenza teoretica alla giusta considerazione dei molti valori che accomunano credenti e non credenti<sup>46</sup>. Che poi questa conside-

---

<sup>42</sup> Le citazioni di Dworkin, *op. cit.*, sono rispettivamente a pp. 137, 147, 21, 114, 23, 146.

<sup>43</sup> Le citazioni sono tratte nell'ordine da *Catechismo della chiesa cattolica*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1992, p. 87; C.E.I., *La verità vi farà liberi. Catechismo degli adulti*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1995, p. 184; Conferenza episcopale tedesca, *Catechismo cattolico degli adulti. La confessione di fede della Chiesa*, Paoline, Cinisello Balsamo, 1989, p. 107.

<sup>44</sup> Francesco (J.M. Bergoglio), *Laudato si'*, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va), 2015, nn. 77 e 80. La citazione tomistica è tratta da *Summa theologiae* I, q. 104, art. 1, ad 4. A sostegno dell'opera concreatrice dell'uomo nell'enciclica si evoca un altro passo di Tommaso d'Aquino, *In octo libros Physicorum Aristotelis expositio*, lib. II, lectio 14: “Come se il maestro costruttore di navi potesse concedere al legno di muoversi da sé per prendere la forma della nave”.

<sup>45</sup> Si tratta della Pennsylvania, cui accenna infatti Dworkin, *op. cit.*, pp. 126 ss.

<sup>46</sup> Analogie si possono riscontrare con le posizioni, pur estese ai movimenti di ricerca spirituale individuali, del teologo cattolico Hans Küng, *Progetto per un'etica mondiale*, Rizzoli, Milano, 1991.

razione giustifichi l’inserimento anche di questi ultimi nella categoria dei credenti, magari – si potrebbe dire – come diversamente credenti, ritengo, kelsenianamente, di no: è un elemento di confusione, laddove molto più chiara - anche se giuridicamente irrilevante – mi sembra la distinzione di Bobbio, resa celebre dal card. Martini<sup>47</sup>, tra pensanti e non pensanti: categorie in ciascuna delle quali allignano credenti e non credenti.

Ad ogni modo il “*general right to ethical independence*”, che Dworkin ripropone<sup>48</sup> per garantire un “*equal concern*” dell’ordinamento per i cittadini di ogni convinzione, limitando le cause di restrizione della loro libertà, non esclude lo “*special right to religious freedom*” per proteggere, in più, specifiche pratiche religiose. Di modo che, ad onta dell’apparente contrasto indotto più che altro dai titoli dei loro saggi, anche per Dworkin, se non in tutto (come per Kelsen) almeno in parte (quella “scientifica”: la creazionista), la religione conserva un “*metaphysical core*” che la differenzia da altri sistemi morali, pur eventualmente coincidenti: la vera e propria differenza risiede nella considerazione della morale come indipendente da questa parte, laddove per Kelsen essa proprio di là trae origine. Ma, sia pure in limiti più ristretti ed essenziali rispetto alla profonda contrapposizione che Kelsen vedeva in un’epoca di sistemi ideologici totalizzanti, rimane anche per Dworkin la distinzione tra *godly religions* e *religions without God*.

## 6.2 (Segue:) c) *Beck*

Su un altro piano analitico, quello sociologico e perciò molto più aderente ai fenomeni religiosi dei nostri giorni, si pone il saggio di Ulrich Beck, che parte, peraltro, da un’introduzione non sociologica: il diario della giovane Etty Hillesum, trucidata ad Aushwitz, diventato quasi un manuale della mistica contemporanea per il colloquio ivi intessuto con un Dio-persona, non onnipotente, come rappresentato dalle religioni, ma che “sembra (...) non possa far molto per modificare le circostanze attuali”, per cui “diventa sempre più evidente (...) che tu non puoi aiutare noi, ma che siamo noi a dover aiutare te, e in questo modo aiutiamo noi stessi”<sup>49</sup>. Rivolgendosi diret-

<sup>47</sup> C.M. Martini, *Cattedra dei non credenti*, Rusconi, Milano, 1992.

<sup>48</sup> Questo diritto generale (Dworkin, op. cit., pp. 129 ss., ove pure le altre citazioni nel testo) era stato, infatti, teorizzato da Id., *Justice for hedgehogs*, 2011, che qui si cita dalla tr. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013, pp. 428 ss.

<sup>49</sup> E. Hillesum, *Diario 1941-1943*, a cura di J.G. Gaarlandt, Adelphi, Milano, 1996, p. 169. Auschwitz ha disseppellito un filone della mistica ebraica, che vede Dio spogliatosi della sua onnipotenza con la creazione dell’uomo e il trasferimento a lui di parte della sua potenza: cfr. H. Jonas, *Il concetto*

tamente alla “cara Etty”, Beck le dice che “non può immaginare che cosa ha combinato (...) ha radicalizzato questa separazione, che marca la differenza tra religione e religiosità”,

“tra religione come *sostantivo* e come *aggettivo*. Il sostantivo “religione” ordina il campo religioso secondo la logicaa dell’*aut aut*. L’aggettivo “religioso” invece lo ordina secondo la logica del *vel vel*. Essere religioso non presuppone l’appartenenza a un determinato gruppo o organizzazione (...) Va in pezzi cioè l’unità di religione e religioso, di religione e fede. Religione e fede entrano in rotta di collisione”.

Evidente che un atteggiamento religioso distinto dalla religione, cioè da una sfera dell’agire umano istituzionalizzata e nettamente separata da altre sfere (la politica, l’economia, la scienza, e così via), è s-confinato, ha innumerevoli possibilità di incontro con altri atteggiamenti spirituali, pur non teisti., favorisce quel che, in opposizione al multiculturalismo dell’*aut aut*, Beck chiama “cosmopolitismo”:

“essere in grado di vedere la propria religione e cultura con gli occhi delle altre religioni e con la cultura degli altri”,

che è la condizione per un “incivilimento dei conflitti tra religioni universali” e per il superamento del “*clash of universalisms*”.

Dal teorizzatore della “società globale del rischio” non ci si poteva non aspettare un’analisi mirata al superamento delle nuove guerre religiose. L’obiettivo è, come s’è visto, lo stesso di Dworkin. Ed entrambi, per ridurre il potenziale di contrasto e di violenza, argomentano distinzioni nel patrimonio delle religioni: tra “scienza” e morale (Dworkin), tra dogma e prassi (Beck). Le differenze tra di esse e con i non credenti giacciono solo nella “scienza” o nel dogma (a un dipresso i due intendono la stessa cosa); le comunanze nella morale o nella prassi: la quale per Beck consiste nella capacità delle religioni universali di contribuire

“alle tematiche che riguardano tutta l’umanità, come il cambiamento climatico, la condizione dei più poveri e degli esclusi, nonché infine la *dignità* dell’alterità etnica, nazionale e religiosa”<sup>50</sup>.

---

di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica, Il melangolo, Genova, 1991, pp. 36 ss..

<sup>50</sup> Le citazioni di Beck, *op. cit.*, sono nell’ordine a pp. 20, 62, 105, 168, 201, 242.



### 6.3 Osservazione conclusiva

Beck non è vissuto abbastanza per valutare il contributo del papa Francesco a questi temi, da più parti considerato di grande innovazione e sensibilità, come un possibile modello di prassi “cosmopolitica”. Anche in caso positivo, comunque, rimane che questa prassi che accomuna i credenti tra di loro e ai non credenti non annulla le differenze, rimanendo intatta nei primi la fedeltà allo specifico patrimonio dogmatico. Per quanto rileva ai nostri fini – la possibile dissolvenza degli elementi essenziali delle religioni in quello, non distintivo, della coscienza, che accomuna tutte le persone senza distinzione – si rileva che il dibattito culturale non supporta allo stato questa *reductio ad unum*.

La religione, e - non sempre all'interno di essa - la fede, continua a presentare elementi di peculiarità che esigono una tutela specifica, pur se solo quando effettivamente *compelling* rispetto a quella della coscienza in generale. E l'ateismo, o l'agnosticismo, pur quando si manifestino in forma collettiva e associativa, reclamano peculiarità e identità non confondibili con quelle religiose.

Per il costituzionalismo è un *point d'honneur* la tutela di queste differenze: un elemento essenziale della laicità pluralista.

# *From qualified neutrality to positive equality The German Federal Constitutional Court's interpretation of religious neutrality in its recent decisions*

MARKUS KRIENKE

“The Basic Law lays down for the state as the home of all citizens the duty of religious and ideological neutrality”<sup>1</sup>.

## *Summary*

This paper shows in its first part the two main aspects of the specific attention which the German Federal Constitutional Court pays to the positive interpretation of religious neutrality: the broadest comprehension for the subjective definition of religious faith and its freedom corresponds to the restricted right of some religions to constitute themselves as institutions under public law. This “restriction” in combination with the very general openness of understanding religious freedom and admitting religious plurality, are the specific features of what is commonly called the “limping separation” between churches and state in Germany.

In the second part, a concrete case study is dedicated to the two judgments on the headscarf in 2003 and 2015, in order not only to show how these principles have recently been applied in a concrete matter, but also to reflect on how the German Federal Constitutional Court has changed in its argumentation: in difference to the principle of “limping separation” in the former jurisdiction, which is here positively defined as *qualified neutrality*, but has caused some contradictions in the 2003’s judgment, this paper tries to register a specific shift in the comprehension of religious neutrality towards *positive equality*. The interpretative thesis of this paper is that while in the former case we deal with a substantial comprehension of state neutrality

---

<sup>1</sup> Judgement of September 24<sup>th</sup>, 2003, 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282-340, n° 42.

based on a cooperative bond between the secular state and the Christian culture, in the latter case religious neutrality is thought as a concrete, procedural realization of equality between the religions in every single case. But contrary to some interpretation which follow that religious neutrality should therefore be defined only through individual religious freedom, this paper shows the advantages of its combination with the institutional definition of religious communities even – or properly – in a society that has to rule religious pluralism. Therefore, a critique of the most recent 2015's judgement and some perspectives for the future will close the paper.

1. *General aspects of the comprehension of “religion” in the recent jurisdiction of the German Federal Constitutional Court*

1.1 *General outline of the Court's definition of neutrality*

The analysis of the recent jurisdiction of the German Federal Constitutional Court shows a significant modification in its comprehension of ‘religion’ and of ‘neutrality’ of the secular state – two terms which are understandable only in their reciprocal relationship. This evolution of the determination of both terms from the former ‘cooperation’ between the secular state and the two Christian churches to the ‘dialectic’ of individualization of religion, on the one hand, and of a new plurality of religions in civil society, on the other, is one of the most characteristic signs of our late modern societies<sup>2</sup>: “the relevance of religion as factor for homogeneity in society has diminished also in the last years”<sup>3</sup>, while at the same time religion gained an increased importance in the public sphere, first of all for the identification and collocation of groups, specially minorities. The “return of religions” in the public sphere is indeed no ‘way back’ to classic (ecclesiastical) religiosity, and properly *therefore* it implies a new comprehension of the secular state<sup>4</sup>:

---

<sup>2</sup> Cf. A. Giddens, *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford 1997.

<sup>3</sup> S. Koriath, “Jeder nach seiner Façon”: Grundgesetz für die multireligiöse Gesellschaft, in: Kritische Justiz (ed.), *Verfassungsrecht und gesellschaftliche*, 2009, 175-185, here 177; cf. id., *Loyalität im Staatskirchenrecht? Geschriebene und ungeschriebene Voraussetzungen des Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV*, in: W. Erbguth / F. Müller / V. Neumann (eds.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch*, Berlin 1999, 221-245.

<sup>4</sup> P. Berger / G. Davie / E. Fokas, *Religious America, Secular Europe? A Theme and Variations*, Farnham 2008, 12f.; U. Beck, *The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization*, in: id. / A. Giddens and S. Lash (eds.), *Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Cambridge 1994, 1-55; R. B. Abel, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zu neueren Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften in den Jahren 2003 und 2004*, in: *Neue*

while in modern times, the secular state ‘mandated’ all religious questions to the Christian churches, such a ‘division of labour’ is no longer possible if we take seriously the pluralization of society in its religious aspect (which obviously includes also the atheist option). The most significant contradiction of this development is that the neutral constitutional law and its supreme institution are confronted with religious conflicts and claims, although the Constitutional Court is by definition not able to *decide* in these matters<sup>5</sup>. This new situation puts the institutional arrangements and definitions in a new light, which required most recently a significant shift in its jurisdiction: in other words, the specific ‘modern’ comprehension of ‘neutrality’ through ‘division of labour’ between the secular state and the churches in former jurisdiction is probably not any longer able to resolve conflicts. For this reason, according to the thesis of this paper, the secular neutrality of state should be interpreted – in a ‘late modern’ way – as *practical or positive equality* which can be guaranteed in the public sphere only by a new admission of religious plurality expressed through “positive religious freedom”.

The indicated evolution fosters in the Court’s conscience the conviction that it is not able to give any precise definition of what religion is<sup>6</sup>: as a secular institution, it cannot resolve this definition objectively, but has to leave it to the subjective definition of every faithful<sup>7</sup>. While in former decades, the definition of religion was practically identical with the Christian ecclesiastical faith, the Court sees now better what is defined in art. 4 of the Basic Law (GG, “Grundgesetz”, the German Constitution): religious liberty as subjective right. Nevertheless, this does not mean that there could not be evidenced two ‘objective’ dimensions. (1) Religion must be a spiritual act from its inner side, for we do not deal with a religion if an association does not contain any spiritual element as final goal and acts for example only

---

Juristische Wochenschrift 2005, 114-119, here 114; R. Münch, *Religiöse Pluralität im nationalen Verfassungsstaat. Funktionale Grundlagen und institutionelle Formung aktueller Konflikte*, in: Berliner Journal für Soziologie, 16, 2006, 463-484, here 463f.

<sup>5</sup> A. Reuter, *Säkularität und Religionsfreiheit – ein doppeltes Dilemma*, in: Leviathan, 35, 2007, 178-192, here 179, 184; M. Droegge, *Der Religionsbegriff im deutschen Religionsverfassungsrecht*, in: M. Hildebrandt / M. Brocker (eds.), *Der Begriff der Religion. Interdisziplinäre Perspektiven*, Wiesbaden 2008, 159-176, here 173. And indeed, as we will see, it is no accident that the recent judgment (in 2015 on the headscarf question) was criticized to not be a really “decision” but to leave open the fundamental problems.

<sup>6</sup> Cf. S. Koriath / I. Augsberg, *Religion and the Secular State in Germany*, in: J. Martínez-Torrón / W. Cole Durham (eds.), *Religion and the Secular State / La religion et l’État laïque*. Interim National Reports / Rapports Nationaux, 2010, 320-330, here 323.

<sup>7</sup> T. P. Holterhus / N. Aghazadeh, *Die Grundzüge des Religionsverfassungsrechts*, in: Juristische Schulung 2016, 19-23, 117-122, here 20.

for monetary purpose. And of course, a religion cannot be recognized if it would act intentionally against the fundamental principles of the liberal and secular constitutional order, thus, if it would become demagogic fundamentalism. (2) For every religion, it is required a minimum of social and communitarian expression in an objective way which includes some organizational structure. An exclusive subjective 'religion' could not claim to be treated as religion in the sense of art. 4 GG. With these two basic dimensions the Constitutional Court in its decision of February 5<sup>th</sup>, 1991 distinguishes a religious faith from a mere opinion or a subjective conviction, which cannot claim the protection of a religious faith<sup>8</sup>.

Once these presuppositions are assured, the Court must positively recognize the plurality of religious expressions<sup>9</sup>: and its concept of neutrality does not allow to give further criteria borders to any 'essential' comprehension of it. In occasion of its famous judgment over the crucifix in 1995, the Court has specified what does 'neutrality' in the sense of the German Basic Law mean: (1) it is realized through the self-restriction of the law and the state in religious matter; (2) moreover through the admission of a plurality of religions in a tolerant climate, as long as this plurality is coherent with the other fundamental rights. But it is articulated also through a third element which is (3) the refusal to understand neutrality as public 'sterility'<sup>10</sup>. This 'sterility' means the pure negative interpretation of religious neutrality by the state e.g. if it would deny to its officials to wear any expressive sign or to give any concrete expression to their religious convictions<sup>11</sup>. In this way, the German Court defines clearly the difference of its idea of public neutrality to French laicism: "It is impossible to shake off the value convictions and attitudes which are culturally bequeathed and historically rooted, and which are the basis for the social cohesion and from which depends also the realization of the proper duties of the state. The Christian faith and the Christian churches [...] have had a fundamental shaping power in this regard. The state cannot be indifferent towards the traditions of thought, the experiences of sense and the patterns of behaviour which come from that"<sup>12</sup>. But the same Court decided also that a positive law, which orders the installation of crucifixes in the classrooms, is not coherent with the idea of neutrality, even if Christian

<sup>8</sup> Judgment of February 5<sup>th</sup>, 1991, 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, 341, Bahà'í.

<sup>9</sup> Holterhus/Aghazadeh, *Die Grundzüge*, 22.

<sup>10</sup> C. Link, *Stat Crux? Die "Kruzifix"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 3353-3357, here 3353f.

<sup>11</sup> Judgment of May 16<sup>th</sup>, 1995, 1 BvR 1987/91, BVerfGE 93, 1, Kruzifix.

<sup>12</sup> BVerfGE 93, 1, 22.

religion has a specific and proper importance for our civil culture: the state should not identify itself with a certain religion, and this was argued with the broadest interpretation of individual religious freedom ex art. 4 GG<sup>13</sup>. Indeed, the weighting between the “Christian values” of the crucifix, on the one hand, and the individual religious freedom of the pupils who had to “learn under the cross” and the educational prerogatives of the parents ex art. 7 GG, on the other, led to a strong definition of the neutrality of the state, which was seen as the guarantee of individual religious freedom. The attribution of neutrality to a strong state which only in this way can guarantee religious freedom brought thus to the curious crucifix-decision despite – or better: due – to a very religious-friendly interpretation of the article 4 GG by the Court. In the discussion of this decision, the literature raised this neutrality principle in the range of the fundamental constitutional principles like democracy, federalism, rule of law and the social State: “In this way the neutrality principle contributes like the other principles mentioned in article 20 GG – the principle of democracy, of federal state, of rule of law, and of social state – to the characteristics of the Basic Law. It ranges as equal public principle besides the others on the level of Basic Law, and is protected by the eternity clause of article 79 comma 3 GG”<sup>14</sup>.

Article 4 GG guarantees the positive and negative religious freedom, that is to be free to choose, confess, live and proclaim publically a religious faith, for instance also to proselytise, as well as to not do all that due to an atheist conviction. This widest interpretation of the art. 4 GG does not dispose any restriction which could be given by positive law, while other fundamental rights do indeed have the clause, e.g. the right of private property. To the contrary, the right of religious freedom finds its “barrier” (*Schranke*) only in concrete conflicts to other fundamental rights<sup>15</sup>. But any conflict between fundamental rights, according to the German Constitution, can never be resolved by ‘negation’ of one of them, but only by “equilibrate compensation” (*schonender Ausgleich*) through “practical concordance” (*praktische Konkordanz*) so that the liberties (social primary goods)<sup>16</sup> in conflict do not

---

<sup>13</sup> Cf. W. Brugger, *Zum Verhältnis von Neutralitätsliberalismus und liberalem Kommunitarismus. Dargestellt am Beispiel des Kreuzes in der Schule*, in: id. / S. Huster (eds.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule. Zur weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates*, Baden Baden 1998, 109-154, here 109.

<sup>14</sup> A. Nolte, *Das Kreuz mit dem Kreuz*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 48, 2000, 87-116, here 111.

<sup>15</sup> Holterhus/Aghazadeh, *Die Grundzüge*, 120.

<sup>16</sup> I use the term “goods” here in the meaning of John Rawls’ social philosophy. In *A Theory of Justice*, he defined that “[a]ll primary social goods are to be distributed equally unless an unequal

eliminate themselves because of their contradictory constellation<sup>17</sup>, but become reciprocal condition for their maximal realization (*Optimierungsgebot*).

This widest interpretation of religious freedom is one of the characteristic elements of the German Federal Constitutional Court: if it would refer to a ‘narrow’ interpretation of religion, it would give to the State (legislative) and the courts the duty to decide *what is* and *in which cases* we deal with a religious phenomenon. More precisely, from the 1995’s decision results that the two fundamental values which must be brought into an equilibrate compensation are the neutrality of the State, on the one hand, and the religious freedom, on the other. Like in this case, often other fundamental rights are implied e.g. the freedom to educate the own children. Before analysing the recent dynamics in the argumentation of the Court, we must have a look at the reflex of the changing religious phenomenon in the Court judgments of the last 25 years – which are characterized after the fall of Berlin Wall by the consequential loss of importance of the churches in the public sphere, and by the formation of the late modern society in which the Court tries to maintain the former concept of neutrality despite the fact that society was changing, for in a certain way the ‘religions’ are returning and that Christianity is less and less a religious point of reference in German society.

## 1.2. *The understanding of ‘religion’ ex art. 4 GG*

There are specifically two decisions in which the Court affirmed religious freedom in a context of positive and – how we try to define it – “qualified neutrality”<sup>18</sup>. According to this concept, neutrality is not understood as

---

distribution is to the benefit of everyone” (J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge 1971, 150). Also Alexa Zellentin, *Liberal Neutrality. Treating Citizens as Free and Equal*, Berlin-Boston 2012, 138, refers explicitly to Rawls for treating the problem of religious neutrality in modern liberal states.

<sup>17</sup> H. Weber, *Änderungsbedarf im deutschen Religionsrecht?*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, 2475-2480, here 2478.

<sup>18</sup> Cf. R. Carp, *Religion in the public sphere: is there a common European model?*, in: *Journal for the study of religions and ideologies* 10/28 (2011) 84-107, here 98; S. Ferrari, *Models of State-Religion Relations in Western Europe*, in: A. D. Hertzke (ed.). *The Future of Religious Freedom: Global Challenges*, Oxford 2012; D. P. Kommers D. P., *West-German Constitutionalism and Church-State Relations*, in: *German Politics and Society* 19, (1990), 1-13. The term “qualified neutrality” was introduced by a working group which published the outcome in A. Piccinin / G. Alfieri, *Christianity and the Secular State: European Models. The English and German Case as “Qualified Neutralities”*, in: S. Sangalli (ed.), *Religion and Politics. Religious Liberty and Confronting New Ethical Challenges: What is the Public Role of Faith in Today’s Globalized World?*, Roma 2016, 189-232.

elimination of any religious portrayal in the public sphere of neutral law, but has to guarantee the necessary space for the self-expression of religion: law is not understood as institution of 'negation' but of 'enabling'. This ethical view on the nature of fundamental rights reflects its anthropological significance – and this dimension is without any doubt a heritage from the former tradition of the Court's jurisdiction which is rooted in the natural right philosophy.

The wide interpretation of religious liberty becomes clear in the judgment of January 15<sup>th</sup>, 2002, by which the Court recognizes the ritual slaughter to Muslims even in contradiction to the animal laws which have an anchor in the Constitution through art. 20a GG<sup>19</sup>. In this case it becomes evident that the Court does not intend religious freedom as something like a 'concession' or a 'privilege' to the religions which would therefore grant of 'exceptions' of the law (in this case of the law which saves the animals), but as real and authentic original realization of a freedom. The critics of this decision stressed that the Court's argumentation would be valid if the butcher was a Muslim, but not if the religious freedom concerned his customers<sup>20</sup>. An analogous decision was made eleven years later for the Hebrews: on February 8<sup>th</sup>, 2013: The Court refused a recourse against the German law on circumcision which allows operation – only in the first six months after birth – also by a religious official without medical formation<sup>21</sup>. This law was the political reaction to a decision of a court in Cologne, which defined the circumcision as act of invasion in personal integrity, in this case of the new-born. Given that the *Bundesverfassungsgericht* did not pronounce a complete judgment, but limited itself to renounce a recourse against this law because the person who did the recourse was not directly interested by it, we actually do not have any concrete position of the Court on the case of circumcision. But in an interesting judgment of August 2<sup>nd</sup>, 2001, the Court did not accept the recourse of a woman of Jehovah's Witnesses, who had received a blood transfusion, although previously she had declared that for religious motivations she would never agree to such a life-saving treatment<sup>22</sup>. The Court did not accept the recourse because it decided that in the moment of the

---

<sup>19</sup> Judgment of January 15<sup>th</sup>, 2002, 1 BvR 1783/99, BVerfGE 104, 337, Schächten.

<sup>20</sup> J. Rux, *Tierschutz und Bekenntnisfreiheit*, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 2002, 152-154, here 153f.

<sup>21</sup> Judgment of February 8<sup>th</sup>, 2013, 1 BvR 102/13 (not accepted); for the actual debate cf. J. Friedrich, *Elternwille und Religionsfreiheit versus Kindeswohl – am Beispiel der Beschneidung*, in: F. Staudt / E. Schockenhoff (eds.), *Ethik in der Medizin*, Freiburg 2016, 175-187.

<sup>22</sup> Judgment of August 2<sup>nd</sup>, 2001, 1 BvR 618/93 (not accepted).



urgency of blood transfusion, when she was not conscientious, her husband was her juridical exponent. And the Court expressed serious doubts if the woman, being conscious, would had confirmed her declaration in the moment of urgent danger of death. In the occasion of this judgment, the Court gave another precious definition: that the exercise of a religious faith is never a mere individualistic action but it is always embedded in a social context. In a previous decision, the Court had no doubt that in the case of a minor son, his parents who are part of Jehovah's Witnesses are not allowed to refute a blood transfusion because of their religious faith. Further, the Court decided, that parents must not refuse to send their children to the obligatory school because of religious motivation<sup>23</sup>.

In the light of these two cases, the already mentioned crucifix judgment of May 16<sup>th</sup>, 1995, seems outdated: it can be seen as the last decision which focused on personal religious freedom strictly with regard to a strong state neutrality. This means, that during the 90's the concept of state neutrality was still a quite 'substantial' one for the Court and led to the idea that only a severe affirmation of 'neutrality' can grant the widest interpretation of individual religious freedom: the latter was caught in the exclusive context of the first. And indeed, before 1995 the doctrine of "qualified neutrality" implied the crucifixes in classrooms within this definition of 'substantial' state neutrality in collaboration with the churches. But due to the social changes in this period the *Bundesverfassungsgericht* declared this concept no longer compatible with religious neutrality.

For the Court in this case the argument of state's neutrality prevailed on the expression of religious freedom: a religious sign on the classroom walls would not be expression of the latter, but a clear imposition by the state without the possibility that the school pupils could avoid it in any way. The principle that every space the school dedicates to religious expressions has to be qualified "by the principle of freedom" with the opportunity to avoid them, "is not assured when crucifixes are installed in the classrooms, which cannot be avoided by those who do not agree but think diversely"<sup>24</sup>. In this decision, the Court referred not only to article 4 GG (religious freedom of the pupils), but also to the article 6 which affirms the educative prerogative of the parents. Thereafter the Bavarian state modified the law implementing the possibility of non-compliance to the general rule (crucifixes in classrooms), when someone argues in a reasonable way against the crucifixes.

---

<sup>23</sup> Abel, *Die Entwicklung*, 115.

<sup>24</sup> BVerfGE 93, 1, 24.

This modification referred to the specification of the Court's vice president, that the anti-constitutional element of the law is precisely the obligation of the crucifix *by the state*<sup>25</sup>. Since that decision, a direct rejection of the crucifix happened only once, when a teacher refused to teach under the cross (2002), while in another similar case was not upheld the complaint: a regional court did not accept the argument of teacher's damage on his soul. In this case it is noteworthy that in 2011 the European Court corrected its own 2009's decision against the crucifixes in Italy, defining the cross a "passive symbol" which therefore would not offend neither the religious neutrality of the State nor the individual religious freedom of the pupils. Indeed, someone asked, does the "crucifix" not stand also for the values of religious tolerance; is it not a sign against discrimination and against the identification of the public with a specific religion<sup>26</sup>?

### 1.3. *The concept of 'religion' ex art. 140 GG and 137 ff. WRV*

The second particular aspect of the constitutional norms of the German *Grundgesetz* which was object of the most significant decisions of the Constitutional Court in religious matters, is the institution of 'privileged religious communities', a sort of 'High Churches' (in the plural!) which actually in a full sense is applied only to both the major Christian confessions, the Catholic Church and the organization of the Protestant Churches in Germany<sup>27</sup>. This corporative comprehension of religion by article 140 GG recurs to the articles of the former Constitution, the *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) and incorporates the articles 136, 137, 138, 139 and 141 directly in the *Grundgesetz*. In these articles, the German Constitution integrates the individual fundamental right of article 4 with the necessity of institutionalizing religious communities as public corporative realities: a sort of horizontal *subsidiarity* which gives to the religious communities the possibility of full public recognition and corresponding privileges. But considering that the only privilege which could not be reached as organizations by private law, is the taxation, and that even as civil organizations they enjoy the largest au-

---

<sup>25</sup> W. Flume, *Das "Kruzifixurteil" und seine Berichtigung*, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 2904-2905, here 2905.

<sup>26</sup> Link, *Stat Crux?*, 3354f.; R. Pofalla, *Kopftuch ja – Kruzifix nein? Zu den Widersprüchen der Rechtsprechung des BVerfG*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 1218-1220, here 1219.

<sup>27</sup> Actually the following denominations are formally enabled to benefit from this institution: Old Catholics, the Hebrews, some orthodox communities, the Anglicans, Methodists and Mennonites, the Mormons and Baptists and the Salvation Army.

tonomies which derive from article 4 GG, it was correctly commented that “[t]he status of corporations under public law is an organizational model which is independent from religious presuppositions. Therefore, it cannot serve the religious freedom in its institutional-collective sense, but at best the right of religious communities to self-determination”<sup>28</sup>. It is therefore *not* expression of “positive religious freedom”, which is plainly guaranteed by art. 4 GG, but a specific institutional arrangement by the German Basic Law. In these juridical norms, which were introduced in order to give to religious communities the full institutional freedom and self-organization against the state, the idea of autonomy of religions reaches its full and essential expression and gives a new dimension for a subsidiary secular state. In this way, some churches become ‘partners’ of the state in organizing civil society. This is the specific German way of “limping separation”, or better: *qualified neutrality*, which is the main objection against French laicism with its elimination of institutional guarantees, support and privileges<sup>29</sup>. Against some tendencies which try to divide the institutional question from the guarantee of individual religious freedom<sup>30</sup>, it is clear that the institutions are the means for the realization of religious freedom, and therefore we deal with a relationship of reciprocal integration of both articles 4 and 140<sup>31</sup>.

Article 140 GG does not have the function to assure religious freedom and neutrality, and only one time, in the already mentioned *Bahà’í*-decision, the Court incorporated one of its corporative dispositions directly in the interpretation of art. 4 GG. Even if this privilege is given just to some churches or religious communities, the right of self-organization is applied to all the other communities. Indeed, the commas 3 and 4 of article 137 WRV dispose that “[e]very religious association disciplines and dispenses in an autonomous way its proper interests, in the limits of the general laws. It supplies its charges without public intervention of the national or local authorities.

<sup>28</sup> G. Neureither, *Die jüngere Rechtsprechung des BVerfG im Kontext von Recht und Religion*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 1492-1497, here 1496.

<sup>29</sup> Cf. M. Heckel, *Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen “Staatskirchenrechts” oder “Religionsverfassungsrechts”?*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 134, 2009, 309-390 here 320f. “The constitutional religious institutions are no contradiction but an integration of the constitutional guarantee: they must be a support for the realization of religious freedom and equality among the citizens” (ibid. 326).

<sup>30</sup> Cf. C. Hillgruber, *Der öffentliche Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV*, in: H. M. Heinig / C. Walter (eds.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatztstreit*, Tübingen 2007, 213-227; C. Walhoff, *Die Zukunft des Staatskirchenrechts*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 42, 2008, 55-106.

<sup>31</sup> Cf. Heckel, *Zur Zukunftsfähigkeit*, 358.

The religious associations acquire the juridical capacities according to the general dispositions of the civil law”.

A significant but surprising decision on this matter was given on December 17<sup>th</sup>, 2014<sup>32</sup> – surprising, at least, for those who reduce the constitutional aspects of religious freedom to the individual aspects of article 4 GG. A French couple who transferred to Frankfurt declared to the local authorities to profess the “mosaic” faith. They received the welcome letter of the Jewish community, but after six months they protested against this ‘affiliation’ and asked the public recognition of never have been part of the Frankfurt community. Indeed a court of first instance conceded that recognition to the couple, because they referred to the principle ex article 4 GG, that defines ‘religion’ on the basis of subjective self-declaration, and indeed the subjective will of the couple was never to be part of the Frankfurt community. But the Federal Court contradicted the first instances referring to the organizational autonomy of all religions: if the internal rules of a religious community set the affiliation in a certain way, the public law and the state has to recognize this self-determination. The Constitutional Court decided thus that the state had to protect this organizational autonomy, which regularly had registered the couple in the Frankfurt community. That means that it validated the *objective* will of the couple (and not their subjective and internal will), which was expressed when they registered as a couple of “mosaic faith” in Frankfurt, where only *one* Jewish community exists. The right of self-organization is thus widely applied by the Constitutional Court, and also to religious communities which do not enjoy the status of public corporations.

Comma 6 of article 137 of *Weimar Constitution* rules precisely this aspect and defines the “qualified neutrality” of the state: refuting a sterile neutrality, it collaborates with chosen churches or religious communities in social and educative matter<sup>33</sup>. Further, the communities under public law have the right to collect taxes. If the amount reaches certain measures, the State offers also its tax collecting offices. As the Constitutional Court underlines, this status gives to the respective churches and religious organizations also a diverse public perception: for the ‘institutional character’ of the ‘German mentality’, religions without this status are always perceived as ‘religions of second class’. This disposition does not seem to the Constitutional Court any disregard of religious neutrality: with the concept of “qualified neutral-

---

<sup>32</sup> Decision of December 17<sup>th</sup>, 2014, 2 BvR 278/11, BVerfG NVwZ 2015, 517, Staatliche Anerkennung der Mitgliedschaft in einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten jüdischen Kultusgemeinde.

<sup>33</sup> Cf. Piccinin/Alfieri, *Christianity and the Secular State*.

ity” the churches in Germany realize a public rule to which – according to the interpretation of the Court – the neutral state could never correspond, because it cannot realize activities which presuppose the religious conviction of volunteers and members of religious communities. Therefore, this disposition answers to an important and necessary motivation resource which for the state is blinded by definition<sup>34</sup>.

On December 19<sup>th</sup>, 2000, the Constitutional Court rejected another court’s decision to negate the status of corporation under public law to Jehovah’s Witnesses, even if this community refutes the recognition of the liberal state and does not contribute in a positive way to it<sup>35</sup>. In this occasion, it was precised that from religions cannot be required a positive profession of the fundamental principles of the democratic and liberal state, but only that they do not act effectively and intentionally against it: for religions it is necessary to be *rechtsreu* (loyal to the law and the Constitution) but not *staatstreu* (loyal to the state). Evidently only some casual breach of law is not sufficient to declare a religion in contradiction to the Basic Law and to doubt about its loyalty. In the case of Jehovah’s Witnesses, the Court decided that their affirmations against the state are directed to a non-political reign, which is beyond the liberal-democratic state, to whom they may not express any positive solidarity. Such a ‘tension’ between religion and state is indeed fully recognized by the Court. In the same decision, the Court confirmed also the requisites for the recognition of a religious community as an organization of public law: besides the just mentioned loyalty to the constitution, a sufficient number of faithful, a sufficient economic dotation, a minimal duration, some juridical organization and a certain intensity of spiritual life. But it is also specified that these are rather ‘indications’ for a ‘schematic application’ than objective measures or ‘hard’ criteria. Moreover, in the mentioned decision comes out that this juridical personality of public law would not, in any way, be an indispensable condition for the collaboration between state and religious communities, and that the religious teaching in schools can be organized by a religious community also without this status. Indeed, actually, the teaching of Islamic religion in primary schools has been installed.

---

<sup>34</sup> Cf. E.-W. Böckenförde, *Zur Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a. M. 2006, 92-114, here 112; for the recent debate of this thesis cf. J. Habermas / J. Ratzinger, *The Dialectics of Secularization. On Reason and Religion*, San Francisco 2006.

<sup>35</sup> Judgment of December 19<sup>th</sup>, 2000, 2 BvR 1500/97, BVerfGE 102, 370, Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas.

Without any doubt, the juridical personality of public right gives more force to the autonomy and interior discipline of the religions which the Court, in a general way, recognizes to all religious communities. In a particular judgment of October, 22<sup>nd</sup>, 2014<sup>36</sup>, in merit of an hospital which fired a chief physician, because while he was under contract, he had divorced and had a second civil marriage. The problem was the collision between the fundamental rights of the worker plus his protected work by civil law and constitutional dispositions, on the one hand, and the right of self-determination and self-organization of religious communities, on the other. This decision is important because it extends the essential elements of religion also to all the institutions that a religious community supports in order to realize its ministry (in this case: the hospital). In this sense, every constituted reality, according to private law, can be seen as an integrative part of the positive realization of the faith in its social expression. But the critics of this form of 'loyalty' demonstrate the on-going development from the 'protected' sphere of the recognized 'High Churches' to the always more important subjective dimension of the individual<sup>37</sup>. This judgment of October 22<sup>nd</sup>, 2014 had no explicit reference to the constitution of the church as corporation of public law – indeed the reference is to the comma 3 and not 5 of article 137 WRV –, but it is a further document for the recognition of the wideness in which is understood the autonomy of church and religious communities<sup>38</sup>. This autonomy, not only in organization and administration, but also in moral questions, is recognized also where these projects are partially co-financed by public institutions. This is indeed the case of catholic or protestant hospitals in Germany. And therefore we deal with another example of what "qualified neutrality" means: even the nearly complete public funding of projects, which are organized by the churches, cannot justify any restriction of this inner liberty of religious organizations.

---

<sup>36</sup> Judgment of October 22<sup>nd</sup>, 2014, 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273, Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Arbeitsverhältnis.

<sup>37</sup> P. Melot de Beauregard / M. Baur, *Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsverhältnis – Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung*, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport*, 2014, 625-630, here 625, 630.

<sup>38</sup> H. Weber / R. Gerhardt, *Kirchliches Arbeitsrecht im Wandel? Weitere Lockerungen der Anforderungen an das Privatleben ratsam*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, 156-157, here 157.

## 2. *The recent debate: from qualified neutrality to positive equality*

### 2.1 *The shift in the understanding of religious neutrality of the secular state in the 2003's and the 2015's judgment*

The most recent judgment of the Constitutional Court, which is of central interest for the issue of the essential elements of religions, is, without any doubt, the decision taken on January 27<sup>th</sup>, 2015<sup>39</sup>. This judgment signs a real ‘Copernican revolution’ in the jurisdiction of this Federal Constitutional Court, and this evident change in the basic principles is very surprising, because it means a sort of self-correction in an only 13-year time – even if the Court tries to avoid the impression of a self-correction. In 2003 the Court judged in the case whether a Muslim teacher would be allowed to wear the headscarf in classroom, that the “equilibrated compensation” between the religious freedom of the teacher, on the one hand, and the religious freedom of the pupils plus the educative prerogative of the pupils’ parents, on the other, can be realized only through positive law by every region<sup>40</sup>: indeed, according to the German Constitution culture and education are legislative prerogatives of the *Länder*. In other words, the Court defined the question a genuine *politic problem* and committed it to the democratic legislator with the obligation to conserve public neutrality and therefore the principle of equal treatment of every religion. In this still ‘substantial’ comprehension of ‘neutrality’, every decision on its concrete realization or its ‘qualifications’ are prerogative of the state. It was further remarked that this case could not be compared to the crucifix decision, because the teacher is subjectively able to recur to his fundamental rights, first of all to article 4 GG. But at the same time, the Court affirms that wearing the headscarf could constitute a certain situation of “danger”, threatening the public peace in school. Certainly this “danger” is not realized automatically and necessarily; and as a “potential danger” it consists in a certain influence which the teacher has on the pupils, on their religious freedom and the educational prerogative of the parents. The region’s duty was defined, in other words, as solving this *abstract conflict* by means of an eventually apposite legislation. In the consequence of the assignment of the prerogative to the regional legislator, eight out of 16 regions – half of all – introduced a concrete legislation to resolve the “abstract danger”. But it became immediately clear that the identification of this “abstract

---

<sup>39</sup> Judgment of January 27<sup>th</sup>, 2015, 1 BvR 471/10, BVerfG NJW 2015, 1359, Kopftücher in der Schule.

<sup>40</sup> Judgment of September 24<sup>th</sup>, 2003, 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282, Kopftuch Ludin.

danger” is not very easy for the religiously neutral legislator. What the *Länder* legislation only apparently had ‘resolved’, had to be concretely decided by the lower Courts in the line of the 2003’s decision: and in the consequence, they prohibited also the nun dress and the Hebrew kippa<sup>41</sup>.

But in 2015, when another Muslim teacher brought a case to the German Federal Constitutional Court, this judgment was changed and the question was anew resolved on the level of fundamental constitutional rights and not by demanding the solution from the regional legislator. With this second judgment, the Court realized an epochal shift in defining state neutrality: skipping definitively the possibility that a religious faith can constitute a sort of “abstract danger”, wearing the headscarf was recognized for the first time as a pure individual expression of religious convictions, and therefore it was put under the full guarantee of art. 4 GG. Only in the possible case that the headscarf would constitute a “concrete danger” in some schools, causing a concrete disturbance to the public peace, the Court delegates the deciding prerogative to the direction of the school or to the competent office, in order to determine a concrete solution which could even be to prohibit the headscarf in the *concrete case*. That does mean that an “equilibrate compensation” has to be found in every concrete case, something like a ‘concrete compensation’. The very new element of this decision is omitting a strong affirmation of ‘substantial’ state neutrality which would severely engage also the state administrators like the teachers<sup>42</sup>: The Court affirms that even if a teacher stays in the sphere of state neutrality and represents it, s/he does not lose his or her fundamental rule of religious freedom, and it does further not mean that the state would identify itself with eventual religious symbols and creeds of the teacher<sup>43</sup>. And even if there is no consensus in the Islamic debate if the headscarf is really a ‘pure’ religious symbol or whether it has also other political or social meanings, for the Court it is sufficient that such a pure religious comprehension *is*

---

<sup>41</sup> C. Henkes / S. Kneip, *Von offener Neutralität zu (unintendiertem) Laizismus. Das Kopftuch zwischen demokratischem Mehrheitswillen und rechtsstaatlichen Schranken*, in: *Leviathan* 38 (2010) 589-616, here 608.

<sup>42</sup> This was still the idea of the 2003’s decision, first of all of the minority of judges who “adamantly defended the state centered and antipluralistic idea of the state, the officialdom and the ‘will of the people’” (R. C. van Ooyen, *Bundesverfassungsgericht und politische Theorie. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2015, 188). But also the solution of the majority of judges stays in the classical tradition of neutrality, because they argued that the case of the headscarf is *paradigmatically different* from the crucifix case (cf. *ibid.* 185).

<sup>43</sup> M. Sachs, *Grundrechte: Kein allgemeines Kopftuchverbot für Lehrerinnen in der Schule*, in: *Juristische Schulung* 2015, 571-574, here 572; T. Traub, *Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, 1338-1341, here 1339.



possible<sup>44</sup>. Obviously, already in the 2003's judgment this individual religious freedom of the teacher was more important than the consideration that "a piece of clothing conspicuously displayed by a teacher for religious reasons arguably makes a bigger impression than does the familiar symbol of a cross or crucifix"<sup>45</sup>. And since this is another confirmation of the importance of the *subjective definition* of the religious act as it was defined in the *Bahà'í*-decision, we can see in this shift a consequence which was already on the horizon in the Court's decisions of the last 25 years. For the Court, it is enough that the headscarf is not per se a political sign of oppressing women or of opposition to the values of the constitution of the liberal and secular state<sup>46</sup>. With these two elements, the decision has defined, according to our analysis, *a new concept of state neutrality*: even if the language of the Court uses the classic term of "positive religious freedom", neutrality is no longer a substantial state character, but something that concretely *happens* in the relationships between people who are religiously identified<sup>47</sup>, even if we deal with an official representative of the state<sup>48</sup>. We can also say that it is identified in a new way with *tolerance*. This shift in the understanding of state neutrality is immediately clear when we consider that the 2015's judgment explicitly rejected the regional law of *Nordrhein-Westfalen*, which was introduced after the 2003's judgment, and

---

<sup>44</sup> S. Muckel, *Pauschales Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen verletzt die Religionsfreiheit*, in: *Juristische Ausbildung*, 2015, 476-478, here 477; Sachs, *Grundrechte*, 572f.; Traub, *Abstrakte und konkrete Gefahren*, 1339.

<sup>45</sup> A. v. Campenhausen, *The German Headscarf Debate*, in: *Brigham Young University Law Review*, 2004, 665-700, here 688. Campenhausen argues here in favour of the minority position (*Sondervotum*) in the 2003's decision.

<sup>46</sup> Cf. D. McGoldrick, *Human Rights and Religion. The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Portland 2006, 113.

<sup>47</sup> Already in the 2003's *Sondervotum* (the opinion of the minority judges) the three judges conceded that the context of fundamental rights is not any more the bi-polar modern distinction between the individual and the state, but that now in late modern societies the relationships are multi-polar and multi-dimensional: the individual freedoms are not any more 'rights against the State', and those who exercise a service in the name of the state do not reject to be an individual and private person.

<sup>48</sup> Nevertheless, the three judges of the minority opinion in 2003 conceded that a teacher is not any more a non-personal representative of a substantial state, they retain that the public ministers continue to be "basically" on the side of the State, and this "staying on the side of the state" would be further a result of a free and private decision of the teachers, while the pupils are obliged to go to school and therefore in a constitutive inferior relationship to the teacher. Every teacher would act a mandate of the society and in the responsibility for the state: in this function, they are explicitly *not* private people. For this reason, the three judges refer to article 33 comma 5 GG. To the contrary, the crucifix installed on the classroom walls would *not* be such an expression of individual faith but only a "passive symbol", not endorsed by a teacher: and if "active symbols" like the headscarf have more influence on the pupils, because they are a religious confession of a concrete person with authority on the children, then it would be contradictory to admit the headscarves after the crucifix decision in 1995; cf. also Pofalla, *Kopftuch ja – Kreuzifix nein?*, 1219.

that stated that *some*, i.e. Christian, symbols could be excluded from the rule of strict neutrality. Since in 2015 the Court insisted very much on the neutrality problem in the *Nordrhein-Westfalen* law: it gave a concrete hint that neutrality is not any more to be realized in a 'substantial' way but only as *concrete or positive equality*<sup>49</sup>.

As long as teachers would not advertise explicitly their religion or try to influence actively their pupils, threatening the school 'peace', according to the Court s/he would not offend their religious freedom. Since this disposition is very sensible for all concrete situations, it cannot give any criteria to individuate the practical cases of "concrete threat"<sup>50</sup>. Evidently, the judges thought about concrete cases of religious mobbing, insults or vituperation<sup>51</sup>, but as some critiques remark, this effective 'case-by-case' solution leaves a broad space either for a very large, either for a restrictive interpretation<sup>52</sup>, and so this judgment was criticized to not resolve the fundamental problem. But, as some reply, the alternative would have been only the affirmation of a radical 'substantial' neutrality of the State in a 'laicist' version, which would not only have had no traditional basis in the German jurisdiction, but would have been even an anachronistic decision: the 'substantial' sphere of the State is part of a modernity which also from a legal point of view is overcome by a late modern emphasis on individual rights. Therefore, it is correct to affirm that the Federal Constitutional Court has overcome the "wall of separation" between the art. 4 GG and the corporative dispositions through art. 140 GG<sup>53</sup>. In other words, the dimension of substantial neutrality of the public minister has no longer the same weight within the dogmatic of the 'juridical goods' of the Constitution. In this way, for the first time the issue of equality of all religions is admitted in its universality: neutrality is no longer a 'substantial' dimension of public ethics, which makes one great exception for the Christian churches, but it is realized only through the equal recognition of the plurality of religious professions in the civil sphere, from which the state is retiring<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Here we deal with two different concepts of neutrality, and both require a further clarification: the first that the prohibition of the headscarf is not an objection against religious symbols, and the second that it is not an affirmation that every Muslim woman has to wear it (cf. Zellentin, *Liberal Neutrality*, p. 164).

<sup>50</sup> Muckel, *Pauschales Kopftuchverbot*, 478.

<sup>51</sup> Traub, *Abstrakte und konkrete Gefahren*, 1339.

<sup>52</sup> R. Seth Fogel, *Headscarves in German Public Schools: Religious Minorities are Welcome in Germany, Unless – God Forbid – They are Religious*, in: *New York Law School Review*, 51, 2006/2007, 618-653, here 650.

<sup>53</sup> Neureither, *Die jüngere Rechtsprechung*, 1497.

<sup>54</sup> Cf. K.-H. Ladeur / I. Augsberg, *The Myth of the Neutral State. The relationship between state and*

## 2.2. *Some considerations for an understanding of religious neutrality in the German institutional tradition*

First of all, it is important to remember that the ‘substantialistic’ neutrality was introduced in order to protect religious freedom<sup>55</sup>. Further, the differentiation between state and religion required institutions for the collaboration, because the neutral secular state has no competencies for religion and therefore for the social dimensions of the religious reality which continued to exist and to form the social reality. And indeed, after the 2015’s judgment it has explicitly been criticized: “This interpretation not only does not cope with the paramount position of the legislator, but also erodes the political and juridical room to manoeuvre”<sup>56</sup>. In this way, no legislative or executive limits would have been imposed to the religious freedom – and those limits indeed are not provided by article 4 GG. Because of the *dogmatic* necessity to negate that the headscarf would be an “abstract danger”, the Court finished with the problematic result that it had to skip any concrete “equilibrate compensation” between the ‘juridical goods’ in conflict. And this is the pertinent objection of the two minority judges who in the 2015’s *Sondervotum* criticized the unspoken presupposition that religious freedom generally would *not* enter in conflict with the neutrality of the state and the educative prerogatives of the parents. But since the local authorities have the duty to prevent conflicts or “concrete dangers”, they can always ‘decide’ whether the school and public ‘peace’ is at risk and intervene directly. In this way the Court – by “not deciding” – would contribute to an accentuation of the conflicts, instead resolving them in a juridical way. This lack of problem solving would be evident also because the central concept of “public peace of the school” would not have been nearly determined: in other words, there are no criteria for the local authority to decide when a teacher must depose the headscarf. In this way the Court would bring the whole conflict inside the schools. Certainly, only the future cases could show if this prevision of new conflicts in schools is the right one or not. But anyway, coherently with the jurisdiction of the European Court for Human Rights, the two judges retain that it would have been better to leave the responsibility to how concretize the conflict between public religious neutrality and religious freedom to the regional legislator, as it was disposed by the 2003’s judgment.

---

*religion in the face of new challenges*, in: German Law Journal 8, 2007, 143-152.

<sup>55</sup> Cf. Heckel, *Zur Zukunftsfähigkeit*, 368.

<sup>56</sup> D. Enzensperger, *Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen*, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2015, 871-873, here 872.

Anyway, the court has demonstrated with this decision that it is able to distinguish between fundamentalist forms of religion which realize always an “abstract danger”, and the positive expression of religious freedom which does not automatically threaten the liberal democracy and the neutrality of the secular state. In this sense, the interpretation of the headscarf as mere religious symbol and not presumptively as a political one, is a sign of great vitality of the liberal principles<sup>57</sup>. Of course, for Islam both ‘reigns’ are not as distinguishable as for the secular liberal state, but the latter one decides on the basis of its own distinctions, not on the basis of their problematic identification in other cultures. In the same measure this capacity of distinguishing is also being presupposed for the civil society and the pupils by the 2015’s judgment.

But right this consideration sees the minority’s *votum* in a new light, and the question if it was necessary to skip the 2003’s disposition of the region’s prerogative for concrete legislating has to be put again. Because the question how concretely can be realized that new understanding of neutrality, if it is seen in the sphere of civil society and therefore as ‘positive equilibrium’. Right because it is now a question of civil society, it involves the democratic legislator<sup>58</sup>. Considering this fact, a new path for the Court’s judgment would have been opened: The Court could have limited itself to impose religious neutrality of the regional laws, and *contemporarily* extend the institutional guarantees for churches also to the Islamic community, even if it is not structured in an analogous way to the Christian churches. In this way, the Court would have decided in the proper ‘German tradition’, thus opening it to the new understanding of religious neutrality. The juridical reason of Art. 140 GG would have been maintained: it was always seen as integration to Art. 4 GG, which only permits to continue to affirm Art. 4 GG in its widest guarantees for religious freedom.

In the recent 2015’s judgment, indeed, it seems that the new idea of religious neutrality has been concretized only with reference to art. 4 GG. To not ‘leave undecided’ the problems concerning “abstract danger” (in the 2003’s definition), someone proposes to restrain the wide individual reli-

---

<sup>57</sup> For Zellentin, “the case for allowing headscarves is better supported by the liberal theories about neutrality than the case for strict laicism” (Zellentin, *Liberal Neutrality*, 164).

<sup>58</sup> “However, given the importance of political rights and liberties in the understanding of citizens as free and equal, implementing liberal neutrality also needs to leave ample room for democratic decision making” (Zellentin, *Liberal Neutrality*, 167); cf. T. Squatrito, *Domestic legislatures and international human rights law: Legislating on religious symbols in Europe*, in: *Journal of Human Rights* 15, 2016, 550-570, here 558.

gious freedom, and understand it only for the religious worship<sup>59</sup>. Others retain that the religious freedom has to be limited by the duties of general citizenship, and this through art. 140 GG and not art. 4 GG which does not conceive such a possibility<sup>60</sup>. These are tries to reinterpret the institutional dimension of religion by introducing other forms of concretizing and sharpening religion in a pluralistic context. If it is necessary to avoid these solutions because of the German tradition of widest interpretation of art. 4 GG, the institutional disposition of art. 140 GG can be seen positively not only in a formal but also qualitative matter, because it distinguishes those religions which are expression of the civil society from the cultural irrelevant forms. Only the first ones can claim for the possibilities of religious instruction at school, theological faculties, religious taxes etc.<sup>61</sup> Therefore it is not true that in a pluralistic society the state has no possibility to differentiate<sup>62</sup>. So not the Christian tradition, but the institutional dimension of art. 140 GG is still important in a pluralistic society: “In no way the institutional civil right of the churches should be understood as an exclusive Christian tradition or as a privilege of the main Christian churches, even if historically it developed in that way and therefore it fitted to the churches”<sup>63</sup>.

### 3. Conclusion

The analysis of these few but significant decisions of the Federal Constitutional Court of Germany gives a good insight on its comprehension of religious neutrality of the secular state and its relationship with the principle of religious freedom<sup>64</sup>: since the text of the Basic Law does not give a clear definition of these elements, it is the duty of the Court to interpret them concretely and on the basis of the fundamental principles of the Constitution. Generally, the German Federal Constitutional Court has always understood neutrality as “positive” and not “sterile”, but in the recent decisions it

<sup>59</sup> Cf. U. Vosgerau, *Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes. Zum Gewährleistungsgehalt schrankenvorbehaltloser Grundrechte am Beispiel der Glaubens- und Gewissensfreiheit*, 2007.

<sup>60</sup> Cf. S. Muckel, *Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung*, Berlin 1997, 224f.

<sup>61</sup> Cf. Ladeur/Augsberg, *The Myth*, 151.

<sup>62</sup> Although Nieuwenhuis distinguishes between the state- and the government-dimension in relationship to religion, he does not explicitly consider this differentiation, cf. *State and religion, a multidimensional relationship: Some comparative law remarks*, in: I-Con 10, 2012, 153-174.

<sup>63</sup> Koriath, “*Jeder nach seiner Façon*”, 184.

<sup>64</sup> Cf. also C. Joppke, *State neutrality and Islamic headscarf laws in France and Germany*, in: *Theory and Society* 36, 2007, 313-342.

passed from a specifically 'qualified' to a more 'equal-neutral' comprehension of it, which can be defined an "open and comprehensive" neutrality<sup>65</sup>. For Traub the best sign for the validity of this concept of neutrality is the fact that Germany was never condemned by the European Court for Human Rights for any violation of the article 9 ECHR (religious freedom)<sup>66</sup>. Nevertheless, the criterion of qualified neutrality is not cancelled and remains important, because the privilege of the corporations under public law is not overcome, but serves to give a necessary institutional structure also to a pluralistic comprehension of neutrality as *positive equality*. In this step it will become clear again that 'equality' is a correction of the 'qualification'-criterion. Or in other words the jurisdiction of the German Constitutional Court realizes the "tendency to subjectify and to bring the public law on the level of the fundamental rights"<sup>67</sup>. But the idea to create besides the corporations under public law and the possibilities of private associations of civil law another category specifically for religious communities, would not resolve this situation but rather create further confusion in the problem of collocating religions in the public sphere<sup>68</sup>.

As it was evidenced, the 'equality'-criterion derives clearly from article 4 GG and not from art. 137 of Weimar constitution (through article 140 GG): and the increasing emphasis on article 4 GG is a clear resembling from the late modern development which puts in the first place the individual and less the relationship between individual and state. But, as it was pointed out, this new comprehension of public neutrality as *positive equality* does not dispense the democratic legislator, but it requires him perhaps even more, and gives a new actuality even to the institutional recognition of certain religious communities under public law.

---

<sup>65</sup> Traub, *Abstrakte und konkrete Gefahren*, 1340.

<sup>66</sup> Traub, *Abstrakte und konkrete Gefahren*, 1341.

<sup>67</sup> Neureither, *Die jüngere Rechtsprechung*, 1495.

<sup>68</sup> Weber, *Änderungsbedarf*, 2480. "Even in the modern pluralist society a merely individualistic conception of religion is insufficient. It underestimates the functional relevance which religious convictions can have not only for the individual citizen, but also for an entire society and its cultural processes" (Korioth/Augsberg, *Religion and the Secular State*, 330).

# *Church and State in the Constitutional System of Norway*

FRANCESCO DURANTI

## *1. Church and State: Comparative Constitutional Models*

Historically, as it is well known, the spectrum of models of state-church relationships ranges from total control of the state by the church (theocracy) to total prohibition of religion (totalitarian atheism).

According to in-depth comparative constitutional analyses, however it is currently possible to identify eight prototypical models of constitutional relations between state and church, ranging from strict separation to weak establishment, and from model of jurisdictional enclaves to strong establishment.<sup>1</sup>

The first model is that of 'atheist state' (or strict separation between state and religion), inaugurated in 1917 with the Russian Revolution, as the most anti-religious end of contemporary continuum of models of state/religion relationships, aiming to eradicate any form of preference for religious ideas in the public life.<sup>2</sup>

The second one is that of assertive secularism, often identified in the form of 'laic state', with a formal separation between state and religion and *laïcité* as a fundamental principle (see, for example, the French V Republic or the Turkish Constitution).

The third model is the 'separation-as-neutrality' model, whose clearest example is the First Amendment to the U.S. Constitution (the 'Establish-

---

<sup>1</sup> R. Hirschl, *Comparative Constitutional Law and Religion*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 422. On the point, see also R. Uitz, *Religion in the Public Square. Perspectives on Secularism*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2014.

<sup>2</sup> P. Cliteur, *State and religion against the backdrop of religious radicalism*, *International Journal of Constitutional Law - ICON*, Vol. 10, No. 1, 2012, p. 127.

ment Clause’): “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”. Neutrality towards religion prohibits the state from adopting, preferring or endorsing a religion as well as from preferring religion over non-religion.<sup>3</sup>

The fourth model is defined ‘weak religious establishment’: here there is “a formal, mainly ceremonial, designation of a certain religion as ‘state religion’, but this designation has few or no implications for public life. Several European countries illustrate this model. A case in point is the designation of the Evangelical Lutheran Church as the ‘State Church’ in Norway, Denmark, Finland and Iceland. Norway’s Head of State, for example, is also the leader of the church. Article 2 of the Norwegian Constitution guarantees freedom of religion, but also states that Evangelical Lutheranism is the official State religion. Article 12 requires more than half of the members of the Norwegian Council of State to be members of the state church”.<sup>4</sup>

The fifth model guarantees formal constitutional separation between state and church, but with the pre-eminence of a single religion, due to long-standing cultural and religious traditions (e.g. the Catholic Church in many Latin American countries, Italy, Spain, Ireland or Poland).<sup>5</sup>

The sixth model is the ‘multidenominational state’: this model (prevalent in societies like the Canadian or South African ones) intends to treat all religions equally by evenly helping them, on the basis of a true commitment to multiculturalism and diversity (a sort of ‘mosaic’ approach to religious difference).<sup>6</sup>

Religious jurisdictional enclaves fall into the seventh model. This model is based upon the selective accommodation of religion in certain areas of law: general law is secular, yet a degree of jurisdictional autonomy is granted to religious communities, primarily in matters of personal status. To this

---

<sup>3</sup> W. Sadurski, *Searching for Illicit Motives: Constitutional Theory of Freedom of Speech, Equal Protection, and Separation of State and Religion*, Sydney Law School - Legal Studies Research Paper no. 14/61, 2014.

<sup>4</sup> R. Hirschl, 2011, p. 428. On the constitutional order of Norway, see also A. Sajò, R. Uitz, *Freedom of Religion*, in M. Rosenfeld, A. Sajò (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 924: “Norway has a State church. The special constitutional status of a church/national religion may remain symbolic and countered by practical measures of State neutrality and equality of religions and believers, but where a church or denomination is constitutionally recognized as the nation’s faith this may have potential discriminatory consequences in holding public office or in civil equality”.

<sup>5</sup> S. Mancini, M. Rosenfeld (eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

<sup>6</sup> A. Nieuwenhuis, *State and religion, a multidimensional relationship: Some comparative law remarks*, *International Journal of Constitutional Law - ICON*, Vol. 10, No. 1, 2012, p. 155.



regard, countries such as India, Kenya and Israel grant recognized religious or customary communities the jurisdictional autonomy to pursue their own traditions in several areas of law, most notably family law.

The last model is that of strong establishment, or ‘constitutional theocracy’.<sup>7</sup> This model has four main elements: the presence of a single religion that is formally endorsed by the state; the constitutional enshrining of that religion, its texts, directives and interpretations as the main sources of law and the parameter for judicial interpretation; religious bodies or tribunals which operate in tandem with a civil court system; and, finally, adherence to some or all core elements of modern constitutionalism, including the formal distinction between political authority and religious authority (see, for example, the 1979 Constitution of the Islamic Republic of Iran).

It needs to be noted that there is considerable variance within these prototypical or ideal models: each of them comes in different shapes, forms and sizes, with local specific characteristics depending on the country’s constitutional order.<sup>8</sup>

These differences notwithstanding, “a common motif in today’s post-secularist age seems to be the increasing reliance worldwide on constitutional law and courts to contain, tame and limit the spread and impact of religion-induced policies. Consequently, constitutional courts operating under each and all of these models have become key mediators”,<sup>9</sup> also because on state-church relationships the text of the constitution is not decisive, especially “when it comes to provisions concerning the (former) state religion or state churches”.<sup>10</sup>

## 2. *State-Church System in Norway*

The Constitution of Norway – before the constitutional reform of 2012 – established the relationship between state, church and religion along the following clear lines: the Evangelical Lutheran religion is defined as the official religion of the state, combined with the right – formally recognized only in 1964 – of all inhabitants of the Realm to freely exercise their religion (Article 2); the King professes, upholds and protects the Evangelical Lutheran

---

<sup>7</sup> R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Harvard, 2010.

<sup>8</sup> W. Cole Durham, C. Evans, *Freedom of religion and religion-state relations*, in M. Tushnet, T. Fleiner, C. Saunders (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 243.

<sup>9</sup> R. Hirschl, 2011, p. 438.

<sup>10</sup> A. Sajò, R. Uitz, 2012, p. 923.

religion (Article 4) and he is the head of the official church (Article 16); the King, therefore, appoints all senior ecclesiastical officials, bishops and deans (Article 21); half the members of the Council of State (i.e. the Government) shall profess the official religion of the state (Article 12), in order to form the so-called ecclesiastical Council of State, which deals with matter related to the Church of Norway.

This constitutional framework remained largely unchanged since the founding of the Constitution in 1814 up until 2008.<sup>11</sup>

According to the Norwegian Constitution it is, indeed, the King, as the head of the church, that has the right and responsibility to provide statutes for the church liturgy and see to that the teaching of the church is in accordance with the Evangelical Lutheran confession and doctrine.<sup>12</sup>

Church matters are to be discussed by the members of the Government that confess the state religion (Article 27), which in practice means those who are members of the Evangelical Lutheran Church; this is the main reason why the Constitution also decides that at least half of the members of the Executive should also be members of the church.

The constitutional provisions stating that the King/the Government is the head of the church in certain matters (Article 16) also limit the power of the Parliament to interfere with ecclesiastical affairs; most of the King's powers as head of the church after Article 16 have, however, been delegated to the Church Synod.<sup>13</sup>

The Supreme Court of Norway took, in some cases, the opportunity to state that the constitutional provision on the State's Evangelical Lutheran confession no longer carries limits on the freedom of the ordinary law-maker to decide according to the evolving religious or moral standards of each epoch.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> U. Schmidt, *State, Law and Religion in Norway*, *Nordic Journal of Religion and Society*, Vol. 24, No. 2, 2011, p. 139.

<sup>12</sup> R. Jensen, *The Formation and Identity of the Church as a Present Challenge in Norway*, in A.L. Erikson, G. Gunner, N. Blåder (eds.), *Exploring a Heritage: Evangelical Lutheran Churches in the North*, Church of Sweden Research series no. 5, Stockholm, 2012, p. 49.

<sup>13</sup> This has been seen as a crucial principle in the Norwegian state-church system, securing some degree of church autonomy, as the Parliament cannot be considered as 'church organ' in the same way as the King and his ministers when they make decisions on the ground of article 16: see I. Plesner, *State Church and Church Autonomy in Norway*, in G. Robbers (ed.), *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Peter Lang, Frankfurt, 2001, p. 133.

<sup>14</sup> Supreme Court of Norway, *Norske Rt.*, 1987, p. 473. Article 2 of the Constitution, indeed, does not put religious restrictions on the legislative sovereignty of Parliament, but it entails that the legislation pertaining to the Church of Norway must not infringe the constitutional provision on the Evangelical Lutheran religion of the state. See also Supreme Court of Norway, *Norske Rt.*, 1983, p. 1004.

So, up until 2012, the coexistence of constitutional clauses providing for confessionalism and for freedom of religion has not given rise to substantial problems or main controversies in the country.<sup>15</sup>

Unambiguously, the Supreme Court clearly affirms that «*the Courts may in no way interfere with the sovereignty of faith of the religious community: consequently, lawsuits requiring the consideration of religious questions must be disallowed*».<sup>16</sup>

Norway's adherence to the European Convention on Human Rights (ECHR), anyway, automatically entailed also the need to ensure respect of Article 9 of the Convention, on the freedom of religion and beliefs, whose content has been clarified by the European Commission of Human Rights (ECsHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR) through a number of decisions

One of these decisions is the *Darby case*, in which it is cleared i.a. that a state church system in itself does not necessarily conflict with freedom of religion or beliefs: «*A State Church system cannot in itself be considered to violate Article 9 of the Convention. In fact, such a system exists in several Contracting States and existed already when the Convention was drafted and when they became parties to it. However, a State Church system must, in order to satisfy the requirements of Article 9, include specific safeguards for the individual's freedom of religion. In particular, no one may be forced to enter, or be prohibited from leaving, a State Church*».<sup>17</sup>

The protection of freedom of thought, conscience and religion implies corresponding neutrality on the part of the state. Respect for different convictions or beliefs is a primary obligation of the state, which must accept that individuals may freely adopt convictions, and possibly subsequently change their minds, by taking care to avoid any interference in the exercise of the right guaranteed by Article 9. Furthermore, the right to freedom of religion excludes any assessment by the state of the legitimacy of religious beliefs or the means of their expression.

In a democratic society, anyway, in which several religions – or branches

---

<sup>15</sup> E. Smith, *And They Live Happily Together? On the Relationship between Confessionalism, Establishment and Secularism under the Constitution of Norway*, in L. Christoffersen, K. Modéer, S. Andersen (eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century – Nordic Perspectives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, p. 133.

<sup>16</sup> Supreme Court of Norway, *Norsk Rt.*, 2004, p. 1613; see H. Årsheim, *Legal Secularism? – Differing Notions of Religion in International and Norwegian Law*, in R. van den Brenner, J. Casanova, T. Wyller (eds.), *Secular and Sacred? The Scandinavian Case of Religion in Human Rights, Law and Public Space*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2014, p. 146.

<sup>17</sup> Application no. 11581/85, *Darby v. Sweden*, Comm. Rep., 1989, par. 45.

of the same religion – coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected.<sup>18</sup> However, in exercising its regulatory power in this sphere and in its relations with the various religions, denominations and beliefs, the state has a duty to remain neutral and impartial.

What is at stake here is the preservation of pluralism and the proper functioning of democracy.<sup>19</sup>

The European Court of Human Rights has held that Article 9 of the Convention can hardly be conceived as being likely to diminish the role of a faith or a church with which the population of a specific country has historically and culturally been associated.<sup>20</sup> Recently, also the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (better known as *Venice Commission*) has reaffirmed that “the status of national church constitutionally guaranteed to the Evangelical Lutheran Church does not in itself raise problems, as long as this is not used as a justification for discrimination”,<sup>21</sup> recalling its *Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief*, according to which “legislation that acknowledges historical differences in the role that different religions have played in a particular country’s history are permissible so long as they are not used as a justification for ongoing discrimination”.<sup>22</sup>

Consequently, in Europe, different constitutional systems can be compatible with religious freedom: a state church is not *per se* incompatible with Article 9 of the ECHR if there are specific safeguards for the individual’s freedom of religion.<sup>23</sup>

It follows from what has been said that abolishing the constitutional clause on the confessional character of the state in Norway seems not to be required by human rights considerations on the part of the ECHR.<sup>24</sup> However,

---

<sup>18</sup> R. Uitz, *Freedom of Religion: European, Constitutional and International Case Law*, Strasbourg - Council of Europe, 2007.

<sup>19</sup> *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, Application no. 45701/99, ECtHR, 2001-XII.

<sup>20</sup> *Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses and Others v. Georgia*, Application no. 71156/01, ECtHR, 3 May 2007.

<sup>21</sup> Venice Commission, *Opinion on the draft Constitution for Iceland*, CDL-AD 2013-010, March 2013.

<sup>22</sup> Venice Commission, *Guidelines for Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief*, CDL-AD 2004-028, June 2004.

<sup>23</sup> F. Tulkens, *The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism v. Pluralism*, *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 6, 2009, p. 2584.

<sup>24</sup> This seems confirmed also by the dissenting judges in the very well-known case of *Folgero and*

there are other arguments in favour of constitutional amendments: among the most powerful of them, there is probably the way the Constitution may serve as a symbolic factor in an increasingly multicultural Norwegian society.<sup>25</sup>

### 3. *The Constitutional Reform of 2012*

The process of constitutional reform started almost ten years before the final adoption of the constitutional amendments. The expectation of a forthcoming disestablishment was, in fact, created by the institution of a State-Church Committee, appointed by Royal Decree on 14 March 2003.<sup>26</sup>

The Committee consisted of a wide range of representatives from all the political parties in the Norwegian Parliament (*Storting*), church bodies, the Sami population, the Norwegian Council of Free Churches, the Norwegian Humanist Association, different other religions, and representatives with special expertise. Such a Committee was encharged to elaborate a Recommendation providing a basis for determining whether the state-church system should be continued, reformed or discontinued; its mandate was based on the premise that the Church of Norway shall continue to be “a confessional, missionary, serving and open popular church”.

In January 2006, the Committee presented three different proposals, corresponding to the options of reforming, discontinuing, or continuing the existing state-church system.<sup>27</sup> A large majority, consisting of 18 of the 20

---

*Others v. Norway*, Application no. 15472/02, ECtHR, 29 June 2007. According to their opinion – unlike the majority, who did not take a stance on this – *«we find it necessary to address the question whether the second paragraph of Article 2 of the Norwegian Constitution is capable of raising an issue under Article 2 of Protocol No. 1 or Article 9 of the Convention. In our opinion, it is not. The notion of pluralism embodied in these provisions should not prevent a democratically elected political majority from giving official recognition to a particular religious denomination and subjecting it to public funding, regulation and control. Conferring a particular public status on one denomination does not in itself prejudice the State's respect for parents' religious and philosophical convictions in the education of their children, nor does it affect their exercise of freedom of thought, conscience and religion»*.

<sup>25</sup> E. Smith, *And They Live Happily Together? On the Relationship between Confessionalism, Establishment and Secularism under the Constitution of Norway*, in L. CHRISTOFFERSEN, K. MODÉER, S. ANDERSEN (eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century – Nordic Perspectives*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 134.

<sup>26</sup> On the long process of constitutional reform, see, in particular, T. Lindholm, *The Tenacity of Identity Politics in Norway. From Unabashed Lutheran Monopoly to Pseudo-Lutheran Semi-Hegemony?*, in L. Christoffersen, K. Modéer, S. Andersen (eds.), 2010, p. 210.

<sup>27</sup> The Committee's Recommendation – with the three different options – of the State-Church Committee is available on the official website of the Norwegian Government. [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no).

Committee members, recommended the current state-church system to be discontinued and that a new system be established for the Church of Norway. Among them, a majority of these members (14) further recommended the Church of Norway to be organised as a statutory popular church; the remaining 4 members instead suggested the Church of Norway to be organised as an independent popular church.

The minority of two members would on the other hand recommend the existing state-church system to be left in place within the current provisions of the Norwegian Constitution.

The majority proposal for a statutory popular church consequently entailed a revocation of the existing articles in the Norwegian Constitution relating to the state-church system, and the consolidation of the Church of Norway as an independent legal entity, with its own governing bodies and independent responsibility for all matters relating to the church's faith and activities. According to such a proposal, the Church of Norway would continue to have a special relationship with the state pursuant to a Church Act adopted by the *Storting*.

The majority's recommendation stresses the importance that the Church Act be formulated as a brief framework statute, based on a new article in the Constitution. As a consequence of the proposal, Article 2, Paragraph 2, of the Constitution would be revoked: the majority of the Committee recommended that a new values article be incorporated into the Constitution, which would contain a special reference to Christian and humanist values.

The Ministry of Culture and Church Affairs in 2006/2007 held a public hearing on the Recommendation of the State-Church Committee.

The General Synod of the Church of Norway, in its resolution on the Recommendation, stated that "the constitutional provision on the official religion of the State shall be replaced by a 'values Article' referring to 'the Christian and humanist heritage' [...] the General Synod wants to emphasize the significance of establishing a constitutional provision about the value foundations of the nation".

Following this, a State-Church Agreement was reached on 10 April 2008 among all of the seven political parties represented in the Parliament. After days and nights of intensive bargaining, they were finally able to come to a consensus upon a political settlement concerning the future legal regulation of the relationship between state and church in Norway.

The agreement addressed six fundamental points: 1) the appointment of bishops and deans and the democratic reform of the Church of Norway; 2) church cabinet and church order; 3) constitutional changes; 4) financial matters; 5) the administration of religious ceremonies; 6) Government-spon-

sored public ceremonies that are to be neutral with respect to religion or life stance.

Subsequently, according to Article 112 of the Constitution, on 13 June 2008 the *Storting* unanimously adopted, in the first reading, the proposed reforms of the pertinent provisions of the Constitution:

a) the revised Article 2 of the Constitution is the main symbolic (or ‘ornamental’) innovation, eliminating the official religion of the state, and establishing that “The value foundations shall remain our Christian and humanist heritage. This Constitution shall safeguard democracy, rule of law and human rights”;

b) the revised Article 16 of the Constitution is the main substantive innovation: “All inhabitants of the Realm shall have the right to free exercise of their religion. The Norwegian Church, an Evangelical-Lutheran church, will remain the Norwegian Popular Church and will as such be supported by the State. Detailed provisions as to its system will be laid down by law. All religious and philosophical communities should be supported on equal terms”;

c) the pre-existing Articles 12, 21, 22, 27 of the Constitution are modified with the aim of extinguishing the constitutional basis for the Church of Norway as a state church, whereas only Article 4 of the Constitution continues to provide that “The King shall at all times profess the Evangelical-Lutheran religion”;

d) the bishops and deans of the Church of Norway are no longer to be appointed by the King and the Church Cabinet, but by the competent Church of Norway bodies. However, bishops, deans and all other clergy shall remain state employees and be salaried by the state. The Church of Norway shall remain woven with the state and municipal administrations. Furthermore, the Church of Norway shall not have independent legal standing.<sup>28</sup>

The second and definitive reading of the constitutional revision took place on 21 May 2012, when it was adopted with a large – almost unanimous – majority by the *Storting* (162 yeses and only 3 noes).

The clauses establishing an official state religion and an Evangelical Lutheran state church could be, thus, counted among those elements in the Constitution of Norway that could be abolished without incurring justified blame of unconstitutional conduct *ex* Article 112 of the Constitution.

---

<sup>28</sup> So, the constitutional change does not as such provide the Norwegian Church with legal personality. Hence, a basic element of establishment remains, but “in the longer term, the current Government intends to provide the Church of Norway with legal personality of its own”: see L. Christoffersen, *The Argument for a Narrow Conception of «Religious Autonomy»*, *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 2, 2015, p. 293.

It is noteworthy to consider that the amendments to the Constitution of Norway, on this point, adopted on May 2012, “have not stirred any notable discussion related to their conformity with the ‘supra-constitutional’ clause in Article 112”.<sup>29</sup>

Originally lost in the meanders of the Constituent Assembly in 1814, an explicit clause on freedom of religion was finally included in Article 2 of the Constitution in 1964 (since May 2012, this clause appears in Article 16).

Even though it does – as seen – not stand in strict contradiction to a state church system, it is clearly not in optimal harmony with such a system. In the meantime, “religious pluralism in the Norwegian society has increased to such an extent that most people seem to accept this as an argument at least against maintaining the constitutional *status quo*”.<sup>30</sup>

#### 4. *Comparative conclusions*

From a comparative perspective, Nordic countries always used to represent the world of church establishment and were traditionally associated with the idea of the state church.

However, over the last two decades this world has undergone a significant transformation, not only in Norway, but also in Sweden, Finland and Iceland<sup>31</sup>.

The State choice to have an official religion “presupposes a religiously homogeneous country: when people are divided among different faiths, the State adoption of one of them becomes a hindrance because it prevents a part of the citizens from fully identifying with the public institutions. The new religious, ethical and cultural plurality has outdated the systems of Church-State relations that are characterised by the legal identification of the State with one religion”.<sup>32</sup>

The core of the Nordic countries’ experiment is, currently, the attempt to redefine the special relationship of the church with state without giving up its special relationship with the nation.

---

<sup>29</sup> E. Smith, *Old and Protected? On the ‘Supra-Constitutional’ Clause in the Constitution of Norway*, *Israel Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 382.

<sup>30</sup> E. Smith, 2011, p. 383.

<sup>31</sup> P. Markkola, I.K. Naumann, *Lutheranism and the Nordic Welfare States in Comparison*, *Journal of Church and State*, vol. 56, 2014, p. 1.

<sup>32</sup> S. Ferrari, *Introduction to European Church and State Discourses*, in L. Christoffersen, K. Modéer, S. Andersen (eds.), 2010, p. 34.



Therein: “the restructuring of the Church-State relations is quite advanced and it will not result in a divorce between the Nordic States and the Lutheran Churches, but rather in a friendly separation, characterised by an increased autonomy of the Church from the State (although not always a full autonomy) and by a preservation of a special status in the State legal system”.<sup>33</sup>

The preservation of this particular bond between the church and the nation emerges especially from the notion of “folk Church”, that is explicitly affirmed in the reformed Constitution of Norway (Article 16) and in the Constitution of Denmark (Article 4).

This notion is also implicitly contained in the Swedish law stating that the Lutheran Church has to be “represented nation-wide”.

Accordingly, in these countries, the Lutheran Churches— mostly due to both its historical role and the fact that the vast majority of the population belongs to it – maintains a special responsibility towards the nation as a whole.

In Norway, the bond between the state and Church of Norway has been significantly weakened since 2012, but is still firmly grounded in the Constitution as well as in the new legislation to be adopted by the Parliament and in the *de facto* administrative intertwinement of the Church of Norway with the state and its municipalities.<sup>34</sup>

## References

- ÅRSHEIM H., ‘Legal Secularism? – Differing Notions of Religion in International and Norwegian Law’, in R. VAN DEN BRENNER, J. CASANOVA, T. WYLLER (Eds.), *Secular and Sacred? The Scandinavian Case of Religion in Human Rights, Law and Public Space*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, p. 146.
- CLITEUR P., ‘State and religion against the backdrop of religious radicalism’, *I•CON*, Vol. 10, No. 1, 2012, p. 127.
- CHRISTOFFERSEN L., ‘The Argument for a Narrow Conception of «Religious Autonomy»’, *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 2, 2015, p. 278.
- COLE DURHAM W., EVANS C., ‘Freedom of religion and religion-state relations’, in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (Eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Abingdon: Routledge, 2013, p. 243.
- FERRARI S., ‘Introduction to European Church and State Discourses’, in L. CHRISTOFFERSEN, K. MODÉER, S. ANDERSEN (Eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century – Nordic Perspectives*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 34.

---

<sup>33</sup> S. Ferrari, 2010, p. 34.

<sup>34</sup> T. Lindholm, 2010, p. 228.

- HIRSCHL R., *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HIRSCHL R., 'Comparative Constitutional Law and Religion', in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, p. 422.
- HIRSCHL R., *Constitutional Theocracy*, Harvard: Harvard University Press, 2010.
- JENSEN R., 'The Formation and Identity of the Church as a Present Challenge in Norway', in A.L. ERIKSON, G. GUNNER, N. BLÅDER (Eds.), *Exploring a Heritage: Evangelical Lutheran Churches in the North*, Stockholm: Church of Sweden Research series no. 5, 2012, p. 49.
- LINDHOLM T., 'The Tenacity of Identity Politics in Norway. From Unabashed Lutheran Monopoly to Pseudo-Lutheran Semi-Hegemony?', in L. CHRISTOFFERSEN, K. MODÉER, S. ANDERSEN (Eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century – Nordic Perspectives*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 210.
- MANCINI S., ROSENFELD M. (Eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- MARKOLA P., NAUMANN I.K., 'Lutheranism and the Nordic Welfare States in Comparison', *Journal of Church and State*, vol. 56, 2014, p. 1.
- NIEUWENHUIS A., 'State and religion, a multidimensional relationship: Some comparative law remarks', *I•CON*, Vol. 10, No. 1, 2012, p. 155.
- PLESNER I., 'State Church and Church Autonomy in Norway', in G. Robbers (Ed.), *Church Autonomy: A Comparative Survey*, Frankfurt: Peter Lang, 2001, p. 133
- SADURSKI W., 'Searching for Illicit Motives: Constitutional Theory of Freedom of Speech, Equal Protection, and Separation of State and Religion', Sydney Law School - Legal Studies Research Paper no. 14/61, 2014.
- SAJÒ A., UITZ R., *Freedom of Religion*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 924.
- SCHMIDT U., 'State, Law and Religion in Norway', *Nordic Journal of Religion and Society*, Vol. 24, No. 2, 2011, p. 139.
- SMITH E., 'Old and Protected? On the 'Supra-Constitutional' Clause in the Constitution of Norway', *Israel Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 382.
- SMITH E., 'And They Live Happily Together? On the Relationship between Confessionalism, Establishment and Secularism under the Constitution of Norway', in L. CHRISTOFFERSEN, K. MODÉER, S. ANDERSEN (Eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century – Nordic Perspectives*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2010, p. 133.
- TULKENS F., *The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism v. Pluralism*, *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 6, 2009, p. 2584.
- UITZ R., *Religion in the Public Square. Perspectives on Secularism*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2014.
- UITZ R., *Freedom of Religion: European, Constitutional and International Case Law*, Strasbourg: Council of Europe, 2007.
- ZUCCA L. (Ed.), *Religious Rights*, Farnham: Ashgate, 2015.

# *The Supreme Court of Canada*

FRANCESCO ALICINO

## *1. Introduction*

Although many national Constitutions and international legal documents recognize and guarantee rights related to ‘religion’, almost none of these attempt to define the term and the relative concept.<sup>1</sup> As a result, while important provisions safeguard fundamental rights concerning religion, what we call religious rights, the word itself remains undefined. One may say that the nonexistence of a definition does not differentiate rights related to religion from most of the other rights. That is not exactly true. Since religious rights are much more complex than other guaranteed rights, the difficulty of understanding what is and what is not protected by States and supranational organizations has significantly become greater. This is even more evident in the light of the current processes of immigration and globalization, through which in the last decades many Western Countries have moved from a number of creeds sharing, more or less, a common Christian cultural background to today’s variety of different religions or beliefs.

---

<sup>1</sup> See, for example: Article 8 of the 1986 African Charter of Human Rights and People’s Rights (O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5); Articles 1, 4 and 19 of the 1976 Convention Relating to the Status of Refugees (July 28, 1951, U.S.T. 6259, 189 U.N.T.S. 137); the 1976 Protocol Relating to the Status of Refugees (19 U.S.T. 6223, 606 U.N.T.S. 267); Article 18 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 51, U.N. Doc. A/6316); Article 2 of the 1966 International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (G.A. Res. 2200°, XXI, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc. A/6316); Article 9 of the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Article 12 of the 1969 American Convention on Human Rights (1144 U.N.T.S. 123). See also: the 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (G.A. Res. 36/55, U.N. GAOR, 36th Sess., Supp. No. 51, at 171, U.N. Doc. A/36/684); the 1993 General Comments Under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights: General Comment No. 22(48) (art. 18), U.N. GAOR Hum. Rts. Comm., 48th Sess., Supp. No. 40, cat 208, 209, U.N. Doc A/48/40).

These States have in effect to deal with an era of unprecedented religious-cultural diversity. Hence, many legal strategies and normative instruments that have until recently been used to manage and define religious phenomena are not working any more, or better, they seem to be less efficient than in the past. They not only are unable to clarify what religion is, but they also cannot accommodate the demands coming from the existing religious landscape. It is not by chance that the most troubling examples of these tendencies are laws that differentiate between traditional and non-traditional religions, as affirmed in Russia, Greece and Italy,<sup>2</sup> or that differentiate between religions and sects, as stated in France.<sup>3</sup>

These tendencies, however, reflect problems also present in multicultural legal systems, which have for many years boasted a good experience in dealing with multi-ethnic and multireligious societies. One of the most important examples of that is given of Canada where, while religion has always been a significant force in the public life, the relationship between religion and the State's authorities has changed profoundly in the last period. An explicit or implicit alliance between the State's law and the teachings of the dominant Christian religions, long taken for granted, has been steadily challenged. The Canadian State is now conceived, in popular and constitutional discourses, as officially secular yet supportive of religious and cultural pluralism.<sup>4</sup> But even in this multicultural perspective, never as in recent years has Canada appeared to be experiencing an increasingly profound crisis, mainly alimanted by the new human settlements made up of immigrants. This is also demonstrated by an intense debate concerning multiculturalism, reasonable accommodation and the State-religions relationship, that is to say the pillars of the Canadian constitutional order, in respect of which Courts in general and the Supreme Court in particular play a very important role.

This article is divided into two parts. The first part is concerned with the legal definition of religion, which is difficult yet, at the same time, necessary. This is more evident in a multicultural and multireligious context, as it is the case of the current Canada's society.<sup>5</sup> With the second part I analyse the Su-

---

<sup>2</sup> See F Alicino, 'Western Secularism in an Age of Religious Diversity' (2012) 22 Intl Rev of Sociology 305.

<sup>3</sup> See, for example, *Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs, Assemblée nationale*, 12 December, 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-enq/r3507-rapport.pdf>.

<sup>4</sup> LG Beaman, 'Religion and Canadian Society: Traditions, Transitions, and Innovations' (Canadian Scholars' Press Inc 2006).

<sup>5</sup> See paras 2, 2.1 and 2.2.

preme Court's interpretative strategies to better define religion and religious practices, which takes into account some of the most important pillars of the Canadian Constitution, such as human rights, freedom of religion, principle of equality, reasonable accommodation, and State's duty of neutrality.<sup>6</sup> Indeed, the questions of defining religion may be better understood when analysed in the light of the overlapping affiliation that exists between constitutional rights, secular State, religious *nomoi* groups and individuals who are, at the same time, persons, citizens and – eventually – members of a religion.<sup>7</sup>

## 2. *The Problem of Defining Religion*

In legal studies related to religion there is a very dynamic debate as to whether the term and the concept can or should be defined. Hundreds of proposals have been made, each claiming to solve the definitional problem of religion in a new and unique way. It is pointless to say that no definition has gained a wide acceptance in the scientific community. Hence, the definitional enterprise, as well as the debate over the need for a definition, continues in full dynamism.

The fact is that, while academics have the luxury of debating whether the term is hopelessly ambiguous, judges and lawyers cannot do so. Take for example members of the European Court of Human Rights, who may be required to give meaning to the word 'religion' for purposes of interpreting the European Convention, starting with Article 9 devoted to the rights of freedom of thought, conscience and religion. Among other things, this Article states that everyone has the right to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. Which is a clear demonstration of the multidimensional view of religious freedom.<sup>8</sup> Similarly, in order to recognise a tax-exemption to religious organizations and associations, as happened in many Western States, public authorities should primarily understand whether these groups are actually religious.<sup>9</sup> Not to mention the pressing problem of asylum-cases, where jud-

---

<sup>6</sup> See paras 3, 3.1, 3.2, and 3.3.

<sup>7</sup> See para 4.

<sup>8</sup> It should be remembered that the first paragraph of Article 9 of the European Convention of Human Rights reproduces the content of Article 18 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights.

<sup>9</sup> Take for example Article 47 of the Italian Acts concerning the public funding to religious denominations with the 0.008 of the income tax (called *IRPEF*). According to these Acts all Italian

ges, lawyers and public authorities are called upon to decide whether people who are outside their Countries have a well-founded fear of being persecuted for reasons combined with their religious belonging.<sup>10</sup>

In these and in other cases one can easily notice that decisions about what constitutes religion make a real difference in the lives of many human beings. The problem is that defining religion is fraught with difficulty. This is because religion is a matter of faith, intermingled with culture. It is about religious beliefs, but also about religious relationships. It is individual, yet profoundly communitarian. While religion may involve group identity or voluntary affiliation, it also encompasses a vast range of activities, practices, rites, and manifestation of convictions.

Adherents of some religions may claim, for example, to suffer persecution if required to cut their hair or shave their beards. At the same time other believers complain that they are persecuted because they are forced to grow their hair and beards. Some creeds require ritual slaughter of animals and others forbid eating meat. Few religious confessions involve drinking alcohol in sacred rituals others prohibit its consumption at any time. Several religious groups ban military services others require male adherents to carry knives. Important creeds keep Saturday or Sunday holy others do not do so. Some beliefs permit a man to have more than one wife, what is considered a sin in different religious contexts.

Some aspects of a religion, like prayers and the basic sacraments, may be so sacred that any significant limit verges on forced apostasy, other practices may be optional or a matter of personal choice: between these two extremes lies a vast array of beliefs and customs, more important to some adherents than to others. Besides, some religions, like Buddhism, do not believe in a personal God or a divine being, nor have worship, praying to, or praising of a divine being; they offer no form of redemption, forgiveness, no heavenly hope, or a final judgment to those practicing its system. These elements, on

---

taxpayers can participate to a sort of 'poll' to allocate 0.008 of their income tax (*IRPEF*) to Either the State or one of the religious organizations (namely Catholic Church and religions other than Catholicism that have signed an agreement with the State) by signing under one of the other in the tax form. The entire fund (i.e. the overall amount of 0,008 of the *IRPEF*) will then be divided proportionally amongst the choices selected by the tax payer who signed to give 0.008 of their taxes to specific religions. In doing so, even the tax payers who did not choose any denomination will end up funding one according to the selection made by those who did sign to give their taxes to a religious group. See F Alicino, 'Un referendum sull'otto per mille? Riflessioni sulle fonti', (2013) 33 Stato, Chiese e pluralismo confessionale 1-35.

<sup>10</sup> See, for example, article 1.A.2 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugee, which does not offer a definition of religion. On this see TJ Gunn, 'The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law' (2003), 16 Harvard Human Rights J 189-214.

the other hand, are essential in monotheistic Abrahamic religions, which includes the most numerous and influential creeds in the world.<sup>11</sup>

In sum, what the adherents of some religions might perceive to be trivial issues, others may see as an integral part of their lives. And we should also not forget that in some Western States atheist and agnostic groups, whose members do not hold a belief in the existence of any deity, are legally classified as religions.<sup>12</sup>

The religious experiences lived by individuals and communities are so diverse that a single encompassing definition is almost impossible. Yet, in order to solve some disputes, sometimes one cannot avoid defining what is (or isn't) a religion. In other words, one cannot duck out of the issue of identifying the components that distinguish religions and religious conduct from other kinds of community and human activities. And this becomes even more crucial when considering the rights and freedoms related to religion in contexts made up of people from a rich variety of cultural-religious backgrounds, as is the case of Canada's contemporary society.

### 2.1. *The Legal Framework and the Social Evidence of Canada's Multiculturalism*

In Canada the legislative provision of religious freedom dates back to the 1851 Statute of the Provinces (being the fourth session of the third provincial Parliament of Canada), which guaranteed freedom of religion and worship, while respecting morality, peace and security. The 1867 British North America Act – despite not being conceived as an Act recognising and granting fundamental rights – provided legal protection of some religious practices, like those referring to the Catholic and Protestant schools in Ontario and Quebec.<sup>13</sup>

In any case, in 1960 for the first time in the history of Canada the Section 1 of the Canadian Bill of Rights explicitly stated that '[i]t is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex,

---

<sup>11</sup> On this question see, for example, *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961), fn. 11: '[a]mong religions in this country which do not teach what would generally be considered a belief in the existence of God are Buddhism, Taoism, Ethical Culture, Secular Humanism and others'.

<sup>12</sup> S Culham Bullivant, 'Believing to Belong: Non-religious Belief as a Path to Inclusion', in LG Beaman and S Tomlins (eds), 'Atheist Identities – Spaces and Social Contexts' (Springer 2015) 101-116.

<sup>13</sup> See Sect 93 of The 1867 British North America Act.

the following human rights and fundamental freedoms, namely ... (c) freedom of religion'. In addition in 1971, under Prime Minister Pierre Elliot Trudeau, the Federal Government declared that Canada would adopt multicultural policy. In doing so, the Government underlined the value and dignity of all Canadian citizens, regardless of their racial or ethnic origins, their language, or their religious affiliation.<sup>14</sup> The 1971 policy also confirmed the rights of Aboriginal peoples and the status of Canada's two official languages.<sup>15</sup>

In line with this view, the first part of the 1982 Constitution Act, better known as the Canadian Charter of Rights and Freedoms (hereinafter the 1982 Charter), affirmed (Sect. 2) that everyone has (a) the freedom of conscience and religion as well as (b) the freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication. These rights and freedoms are subject only to 'reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society' (Sect. 1). Besides, Section 15 of the 1982 Charter states the principle of equality, according to which '[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability' (para. 1). It should be noted that this principle 'does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour and religion' (para. 2). Canada's respect for diversity emerges also from Section 27 of the 1982 Charter, which states that '[t]his Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians'. Six years later, the Canadian Multiculturalism Act entered into force, preserving and enhancing multiculturalism system. It not only recognised the demographic realities of Canada and promoted multiculturalism as a State's objective. In connection with the 1982 Charter, the 1988 Act also facilitated institutional changes by providing material benefits in the form of equality-rights legislation.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> W Kimlicka, 'The Three Lives of Multiculturalism' in S. Guo and Lloyd Wong (eds), 'Revisiting Multiculturalism in Canada. Theories, Policies and Debates (Sense Publishers 2015), 18-24; W Kymlicka, 'The New Debate on Minority Rights (and Postscript)' in AS Laden and D Owen (eds), 'Multiculturalism and Political Theory' (CUP 2007) 25; T Modood, 'Multiculturalism: A Civic Idea' (Polity Press 2007) 21.

<sup>15</sup> H Donald Forbes, 'Trudeau as the First Theorist of Canadian Multiculturalism, in S Tierney (ed), 'Multiculturalism and the Canadian Constitution, (UBC Press 2011) 27-42.

<sup>16</sup> E Mackey, 'House of Difference. Cultural Politics and National Identity in Canada (Routledge



In many respects, these Acts do not really constitute a novelty. Yet, especially the application of the 1982 Charter marks a structural shift in assuring religious freedom. This is because, as part of the Constitutional Act, the Charter is placed at the top of the hierarchy of legal sources, increasing and centralizing the judicial review.<sup>17</sup> Besides, the 1982 Charter highlights the fundamental principle of pluralism, denoting a substantial equality among cultures and religions.<sup>18</sup> This led the Supreme Court to affirm that religions are integral parts of the multicultural heritage of Canadians and that respect for multiculturalism is incompatible with a more favourable treatment of some religions than that accorded to others.<sup>19</sup> These values are essential to Canada's system that, on the other hand, is based on the 'dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society'.<sup>20</sup> In this sense, Canadian Courts must determine whether religious believers should be exempted from laws (which apply to members of the broader society) are faced with dizzying complexities. In doing so, they must also determine whether a State's rules or policies constitute an infringement of religious rights.<sup>21</sup> Moreover, Courts must determine whether these rules and policies are justifiable in the context of a free and democratic society. They must finally determine whether the limitation of rights are proportionate to the objective pursued by the Constitution. Called the *Oakes* test, this battery of tests is then strictly related with the values 'codified' in the Canadian constitutional order.<sup>22</sup>

---

1999) 80-83. See also L Roth, 'Snapshots and Dialogues: Canadian Ethnic Television Broadcasting and Social Cohesion', in DL d'Haenens, M Hooghe, H Gezduci and D Vanheule (eds), 'New' Citizens, New Policies? Developments in Diversity Policy in Canada and Flanders (Academia Press 2006) 175-178.

<sup>17</sup> T Groppi, 'La Corte suprema del Canada come "giudice dei diritti"', in G Rolla (ed), 'Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale (Giuffrè 2000) 63-82; E Ceccherini, 'La dottrina canadese in tema di diritti' (2000) 4 Diritto pubblico comparato ed europeo, 1542-1546.

<sup>18</sup> S Kambourel 'The Technology of Ethnicity: Canadian Multiculturalism and the Language of Law', in D Bennett (ed), 'Multicultural States. Rethinking Difference and Identity' (Routledge, 1998) 208-222.

<sup>19</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, para 99.

<sup>20</sup> *R. c. Oakes*, [1986], RCS 103, para 64.

<sup>21</sup> F Onida, 'Le garanzie costituzionali di uguaglianza e di libertà religiosa nell'ordinamento canadese degli anni Ottanta', (1990) 4 Il diritto ecclesiastico 468-495.

<sup>22</sup> See D Weinstock, 'Philosophical reflections on the Oakes test', in LB Tremblay and CN Grégoire Webber (eds), 'La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes, Montréal' (Edition Thémis 2009)

Every society has values that are important to it and that set it apart from others. In this respect, Canada is no different from other societies. There are values that are important to Canadians, which may not be fully shared by other Countries. Some of these values are based on the idea of multiculturalism, which tries to understand, appreciate and respect cultures, customs and traditions of all people, whether they were born in Canada or in other parts of the world.<sup>23</sup> So, in the light of the pressing processes of immigration and globalization, the Canadian system has in the last decades gained a new impetus, underlying its potential advantages. At the same time, however, these same processes have raised an intense debate about multiculturalism, stressing the question of the role of religious groups and religious practices within the State's legal order.

Among other things, this debate has shown that Canadian multiculturalism is primarily informed by the combined influence of the Judeo-Christian tradition and the Enlightenment, as well as grounded in English common law.<sup>24</sup> From time to time Christian values – such as monogamy in marriage, restrictions around divorce, official holidays, and the workweek – have been 'codified' in the State's law.<sup>25</sup> This is in effect a characteristic that the Canadian constitutional model shares with other Western democracies, such as the United States of America<sup>26</sup>. The fact is that, along with the traditional religions (such as Catholicism, Protestantism, the Orthodox Christian and the Jewish faith) related to an immigration coming mostly from Europe, in

---

115-129. See also D Weinstock, 'Beyond Objective and Subjective: Assessing the Legitimacy of Religious Claims to Accommodation' (2011) 6 *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum* 160-161.

<sup>23</sup> R Hirschl, 'The Secularist Appeal of Constitutional Law and Courts: A Comparative Account' (2011) *ReligioWest* Kick-off meeting conference paper 16 <http://www.eui.eu/Projects/ReligioWest/Documents/events/conferencePapers/Hirschl.pdf> (last accessed 12 November 2016).

<sup>24</sup> B Ryder, 'State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion' (2005) 29 *Supreme Court L Rev*, 169-199, see 169-170.

<sup>25</sup> M Boyd, 'Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice', *Promoting Inclusion* 47, <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.pdf> (last accessed 12 November 2016).

<sup>26</sup> For example, historians as well as legal scholars have shown the manifold ways in which the US secular notion of marriage as a monogamous union based on mutual consent has been heavily influenced by specific denominations, mainly those referring to the dominant Christian Churches. The 1878 case *Reynolds v. United States* (98 U.S. 145) vividly shows this link. A link that is more evident in some 'Mormon cases', such as *Mormon Church v. United States* (1889), where the US Supreme Court expressly stated: '[b]ligamy and polygamy are crimes by the laws of all civilized and Christian countries'. See C Weisbrod, 'The Law and Reconstituted Christianity: The Case of the Mormons', in J McLaren, HG Coward (eds), 'Religious Conscience, the State, and The Law. Historical Contexts and Contemporary Significance' (State University of New York Press 1999) 140. See also C Weisbrod, 'Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority' (1988) 26 *J of Family L* 741.

the last past decades other faiths have gained an increasing importance in Canada (see *Tables 1 and 2*).

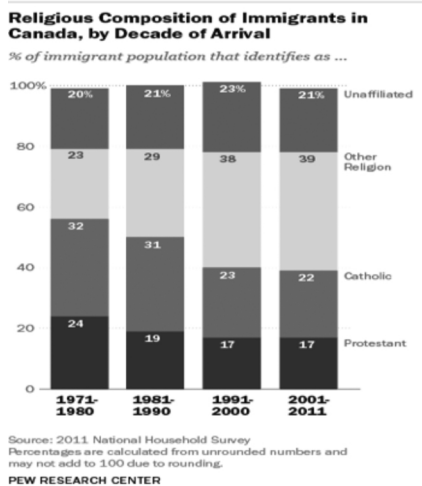


Table 1

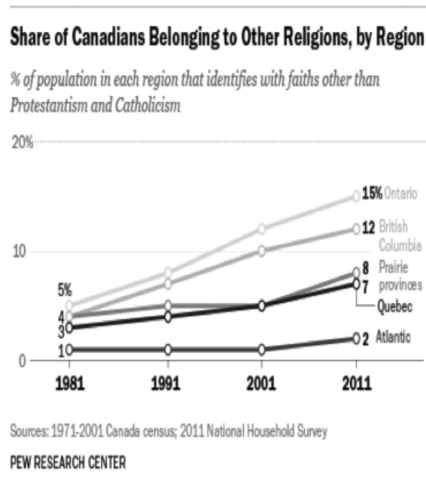


Table 2

Linked to more recent immigration (coming from States in Asia, the Pacific region and Africa), Muslims, Buddhists, Taoists, Hindus, Sikhs and other believers belonging to minority groups have contributed to accentuate the variety of confessions within the Canadian population.<sup>27</sup> Thus, while new religious organizations seek a greater role in the public space and the political arena, members of traditional groups find it difficult to admit that, rather than appearing to be neutral, Canada's law looks patently Christian in nature.<sup>28</sup> In addition, one should not forget that the transition towards a society less and less homogeneous has taken shape in a context characterized by another intensive process, based on both the progressive secularization of society<sup>29</sup> and the growing numbers of 'religious nones',<sup>30</sup> persons who neither believe in the existence of Gods nor pro-

<sup>27</sup> Pew Research Center, *Canada's Changing Religious Landscape*, June 27, 2013, <http://www.pewforum.org/2013/06/27/canadas-changing-religious-landscape/> (last accessed 12 November 2016).

<sup>28</sup> Boyd (n 25) 48.

<sup>29</sup> On the multidimensional notions of 'secularization' C Taylor, *A Secular Age* (The Belknap Press of Harvard University Press 2007) 423-439. See also M Warner, J VanAntwerpen and CJ Calhoun (eds), *Varieties of Secularism in a Secular Age* (Harvard University Press 2010).

<sup>30</sup> See RD Putnam and DE Campbell, 'American Grace. How Religion Divides and Unites Us' (Simon & Shuster 2010) 16-24, 104-126 and 473-473; P Zuckerman, 'Atheism: Contemporary Numbers and

fess any religion or belief.<sup>31</sup>

As a result of all this, the reconciliation between the State's legal order and religions through multiculturalism system has become increasingly difficult and, at times, harshly contested.<sup>32</sup> The debate concerning both the 2006 Supreme Court's *Multani* decision<sup>33</sup> and the legitimacy of *Shari'a* Courts can better illustrate how such a state of affairs has come about.<sup>34</sup>

## 2.2. Canada's Law Tested by a New Religion Landscape

The *Multani* case dealt with the freedom of religion as guaranteed by the 1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms and the reasonable accommodation, that is to say some of the most important legal instruments that promote multiculturalism in Canada. With the relative decision, in 2006 the Supreme Court stated that 'accommodating a student and allowing him to wear his *kirpan* in school under certain conditions demonstrates the importance that our [Canadian] society attaches to protecting freedom of religion and to showing respect for its minorities'<sup>35</sup>.

However, the ruling was very negatively received, especially in Quebec, amplifying the public discontent in this Province and, perhaps, in the whole Country: reaction was swift and much of it focused on the idea that there was too much accommodation happening. According to some polls, up to 91% of Quebecers of all origins disagreed with the Supreme Court's sentence. Furthermore, it tinged the entire debate on multiculturalism, which was generally seen as the source of the social crisis. As a consequence, on 8 February 2007, the Quebec Government established a Co-Chairs Consultation Commission<sup>36</sup> made up of G. Bouchard and C. Taylor who, among other

---

Patterns' in M Martin (ed), 'The Cambridge Companion to Atheism' (CUP 2007) 47; R Dworkin, 'Religion Without God' (Harvard University Press 2013) 29; F Alicino, 'La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi' (Cacucci 2013) 185-238.

<sup>31</sup> LG Beaman, 'Introduction', in S Tomlins (n 12) 1-17. In general see M Michael (ed), 'The Cambridge Companion to Atheism' (CUP 2007).

<sup>32</sup> BC Parekh, 'Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory' (Harvard University Press 2000) 179-195.

<sup>33</sup> *Multani v. Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 R.C.S. 256.

<sup>34</sup> F Alicino, 'A Pragmatic Approach of The Legal Treatment of Religious Claims: The Attitude Of Secularization And The Faith-Based Tribunals (2014) 14 Revista General de Derecho Público Comparado 1-29.

<sup>35</sup> *Multani v. Marguerite-Bourgeois* (n 33) para 79.

<sup>36</sup> See C Taylor and G Bouchard, 'Building the Future. A Time for Reconciliation' (Bibliothèque et Archives nationales du Québec 2008) 1-28.

things, set up an original normative conception, the so-called ‘interculturalism’ conceived as an alternative to multiculturalism.<sup>37</sup>

During the same period and especially in Ontario an intensive controversy was structured around the legitimacy of religious arbitral tribunals and the civil effects of their judgements. In effect, until 2001 in this Province there had been a system of family law that had encouraged a wide range of dispute resolution methods, providing alternatives to the adversarial win-lose forum of the Courts. Large numbers of family law disputes were resolved through separation agreements, voluntarily agreed by both parties, without coercion.<sup>38</sup> The enabling legislation, the Arbitration Act, gave Ontario’s citizens the means to resolve disputes by community law, including religious rules that the arbitrator could use in making a decision.<sup>39</sup> In the early 2000s, after the group called the Islamic Institute of Civil Justice announced that some *Shari’a* Courts would begin to pass judgements, many expressed fear that the use of Islamic family law could open the door to the gradual implementation of full *Shari’a* law for all Canadian Muslims.<sup>40</sup>

As a consequence, on 25 June 2004, the Attorney General, Michael Bryant, and the Minister Responsible for Women’s Issues, Sandra Pupatello, asked a former Attorney General and former Minister Responsible for Women’s Issues, Marion Boyd, to conduct a review of the use of arbitration in family. In the end, a report was published,<sup>41</sup> and it was favourable for the use of the arbitral tribunals, including those referring to Muslim communities.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Ibid, para A8. See LB Tremblay, ‘The Bouchard-Taylor Report on Cultural and Religious Accommodation: Multiculturalism by Any Other Name?’ (2009) EUI Working Paper LAW 6.

<sup>38</sup> In general see A Shachar, ‘Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences And Women’s Rights’ (CUP 2001) 117-145.

<sup>39</sup> J-F Gaudreault-DesBiens, ‘The Limits of Private Justice? The Problems of the State Recognition of Arbitral Awards in Family and Personal Status Disputes in Ontario’ (2005) 16 *Juris Publishing* 19; N Bakht, ‘Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario’s Arbitration Act and its Impact on Women’ (2004) 1 *Muslim World J of Human Rights* 6; G Atlan, ‘Les Juifs et le divorce: Droit, histoire et sociologie du divorce religieux’ (Peter Lang 2002); B Benjamin, ‘Judaism and the Laws of Divorce’ (2001) *UCL Jurisprudence Rev* 177; P Barbier, ‘Le problème du ‘Gueth’ (1987) *Gaz. Pal.* 484; A Barnett, ‘Getting a ‘Get’ – The Limits of Law’s Authority?: N. v. N. (Jurisdiction: Pre-Nuptial Agreement) [1999] 2 *F.L.R.* 745’ (2000) 8 *Feminist L Studies* 241; JD Bleich, ‘Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement’ (1984) 16 *Connecticut L Rev* 201.

<sup>40</sup> J-F Gaudreault-DesBiens, ‘Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society’ (2005) 19 *National J of Constitutional L* 155; A Korteweg, ‘The Sharia Debate in Ontario: Gender, Agency, and Representations of Muslim Women’s Agency, (2008) 22 *Gender & Society* 334.; N Aroney and R Ahdar, ‘The Accommodation of the Shari’a within Western Legal System’ (2012) 13 *Rutgers Journal of Law & Religion* 387.

<sup>41</sup> Boyd (n 25).

<sup>42</sup> M Boyd, ‘Religion-Based Alternative Dispute Resolution: A Challenge to Multiculturalism’ in

Nevertheless, the campaign against *Shari'a* Courts<sup>43</sup> led the Prime Minister, Dalton McGuinty, to 'assure public opinion'. In September 2005 he firmly stated that 'there will be no *Shari'a* law in Ontario', which meant 'there will be no religious arbitration in this Province': the family matters will be resolved in accordance with Ontario and Canadian (secular) law only, he added.<sup>44</sup> It was, however, the Federal Government that in November 2005 first approved the Family Statute Law Amendment Act, designed to ensure that all family law arbitrations are conducted only under the Canadian law, which includes all provincial Statutes. In addition, the same Federal Government approved an amendment to the Children's Law Reform Act in order to determine the best interests of children with respect to custody and access. On the basis of these amendments to the federal law, in the same period the Family Statute Law Amendment Act was passed by the Ontario legislator and proclaimed on 14 May 2009. All these Acts actually provide that family law resolutions based on any other laws, including any religious law and not only the *Shari'a*, would have no legal status in Canada. People would still have the right to seek advice from any religious sources in matters of family law. But such sources will not be enforced by the Canadian constitutional (secular) democracy.<sup>45</sup>

Now, as we will try to demonstrate, these events are important also because they clarify how and why the debate on Canada's multiculturalism has rapidly shifted to legal definition of religion, affecting at the same time the questions related to the protection of religious freedom, in its multidimensional aspects.

In this respect, we may first say that from the Canadian constitutional provisions stems an evident concern for protecting rights and freedoms related to religion. They do not however specify the objects and the limits of the protection. This is also due to the fact that it is very difficult to define religion and religious experiences, especially in a more and more varied reli-

---

K Banting, TJ Courchene and F Leslie Seidle (eds), 'Belonging? Diversity, Recognition and Shared Citizenship in Canada' (Institute for Research on Public Policy 2007) 465.

<sup>43</sup> Feminist organizations, for example, claimed that Islamic religious principles were inherently conservative and prejudicial to women: the arbitrators would base their judgements on Muslim family law, which is in contrast with the internal and international constitutional rights, they said. See *International Campaign Against Shari'a Court* ([www.nosharia.com](http://www.nosharia.com)); J Yhornback, 'The Portrayal of Sharia in Ontario' (2005) 1 Rev of Current L and Reform 5.

<sup>44</sup> K Leslie, 'McGuinty Rejects Ontario's Use of Shariah Law and All Religious Arbitrations' (2005) Canadian Press 11.

<sup>45</sup> R Hirschl and A Shachar, 'The New Wall of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition' (2009) 30 Cardozo L Rev 2556.

gious landscape. Nonetheless, legal definitions of 'religion' generally appear in the contexts of either protecting the freedom of religion or prohibiting discrimination on the basis of religion.

In other words, legal definitions do not simply describe the phenomenon of religion. They establish rules for regulating social and legal relations among people, who themselves may have sharply different attitudes about what religion is and which manifestations of it are entitled to be legally recognised and guaranteed. This explains why legal definitions may contain serious shortcomings when statutory and judicial characterizations of religion incorporate (perhaps unintentionally) particular social and cultural attitudes towards some religious traditions, failing to account for social and cultural attitudes of others.<sup>46</sup> But this also explains that, in the absence of a definition made by the law, in Canada many questions related to religious phenomena falls exclusively within the Judges' competences and powers, starting with those referring to the Supreme Court.

From this point of view we must first say that the Supreme Court has adopted a definition of religion that has received criticism in opposing directions. On one hand, some affirm that the Supreme Court's definition is too wide to such an extent that the State will not be able to reliably weed out persons with fictitious or capricious claims. On the other, we have those who say that the definition is too individualistic and narrow in such a way that it can substantially neglect its collective, communal and, in the end, cultural aspects.<sup>47</sup> And it is not by chance that such diversity of opinion is even more evident when examined in the light of the relationship between freedom of religion and reasonable accommodation, which imply a reasonable application of principle of equality.

---

<sup>46</sup> Concerning the notion of 'tradition see S Scheffler, 'The Normativity of Tradition. Questions of Value in Moral and Political Theory' (OUP 2010) 290-301; P Glenn, 'Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law (OUP 2010).

<sup>47</sup> RE Charney, 'How Can There Be Any Sin in Sincere? State Inquiries into Sincerity of Religious Belief' (2010) 51 Supreme Court L Rev 47-72; BL Berger, 'Law's Religion: Rendering Culture' (2007) 45 Osgoode Hall L J 277-314.

### 3. *Defying Religions and Religious Practices. The Honesty and Sincerity Test*

In its substantive aspect, the principle of equality may justify some State's interventions that, eliminating discriminations, allow for the full enjoyment of the individuals' rights and freedoms, including those referring to religions or beliefs. This is because what may appear good and true to a majority religious group, may not, for religious reasons, be imposed upon all people, starting from those who take a contrary view. The State's law should then safeguard religious minorities from the threat of the tyranny of the majority.<sup>48</sup> The principle of equality, necessary to support religious freedom, does not require identical treatment of all religions. As a matter of fact, the interests of true and substantive equality may well require differentiation in treatment, what cannot always be guaranteed by the strict application of the State's general law.<sup>49</sup>

The importance of reasonable accommodation follows from this, which substantially means a necessary and appropriate modification and adjustment to this (general) law. Reasonable accommodation is thus applied in specific cases in order to ensure equal treatment and equal protection without discrimination. With a view to the reasonable application of the principle of substantive equality, accommodation approach aims at assuring to persons belonging to minorities the real enjoyment or exercise of fundamental rights and freedoms. For this reason, it is also intended to capture the guiding principles by which religious diversity may reasonably be managed or governed.<sup>50</sup>

In Canada, reasonable accommodation was first used in employment. It was considered as a mechanism of response by employers to employees' requests for flexibility in relation to their religious practices: for example, if an employee's holy day or day of rest required time off from work, the employer was enjoined, through a series of the Supreme Court's decisions, to reasonably accommodate the employee as long as it did not cause the employer undue hardship.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd* (n 19) para 90.

<sup>49</sup> *idid* para 124. See *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, para 40. In addition see *Trinity Western University v. College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *R. v. Marshall*, [1999] 3 SCR 456; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 SCR 989; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 SCR 315; *Lavigne v. Ontario Public service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211.

<sup>50</sup> LG Beaman, 'Exploring Reasonable Accommodation' in LG Beaman (ed), 'Reasonable Accommodation Managing Religious Diversity, UCB Press 2012) 3.

<sup>51</sup> *Bhinder v. CN*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.



The application of reasonable accommodation cannot, however, impose excessive and disproportionate burdens on both the rights of other people and the society as a whole. It is true that under religious freedom no one must be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. But it is also true that this freedom is subject to limitations necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.<sup>52</sup> In a Constitutional democracy, while no right and freedom can be regarded as absolute, the legal recognition of a specific right or freedom must be balanced by the general duty to respect and to act within reason to protect it. In a free and open society rights and the freedom of one person will inevitably come into conflict with the rights of others. It is obvious then that all rights must be limited in the interest of preserving a legal order in which each right and freedom may receive protection without undue interference with others.<sup>53</sup>

In the matter of religion this means that Canada's law recognizes the individual's rights to believe in what he/she wants. At the same time, though, this law limits the exercising of freedom to believe in order to guarantee respect for rulers and principles necessary for a pacific coexistence and well-being, which includes respect for the rights and freedom of other individuals. For these reasons, in Canada members of the judicial Courts have to find a good-reasonable balance between the universal need for a peaceful coexistence and the protection of religious-cultural rights; not only the rights of a group to be different, but also the rights of the individuals within these groups.

In this sense, the reasonable accommodation of religious practices is linked to the very definition of religion, which involves social institutions, organizations, and individual perspectives. This is because, on the one hand, designating or recognizing something as a religion involves certain status or privilege. On the other, accommodation of religious practices and expressions necessitates a preliminary evaluation of their normative compatibility with the constitutional principles, including those that outline limitations on freedom of belief. Thus, in accordance with these principles, in the 2004 *Syndicat Northcrest* decision the Supreme Court stated that under the 1982 Charter freedom of religion

‘consists of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely

---

<sup>52</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd* (n 19) para 95.

<sup>53</sup> *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536, para 22.

believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials'.<sup>54</sup>

In specifying the notion of 'sincerity', the Court introduced the subjective definition or conception of religion within the domain of the State's law. The sincerity of a believer is consistent with a personal or subjective understanding of religious freedom as well as of what religion is. As such, before the State's law a believer needs not show some sort of objective religious obligation to invoke freedom of religion. The State is in fact in no position to be the arbiter of religious dogma.

Although the State is not qualified to judicially determine the content of a subjective understanding of a religious requirement, it is nevertheless qualified to inquire into the sincerity of a believer, where sincerity is at issue. It brings the Supreme Court to another question related to the criteria needed to discern which practices are protected by religious freedom, as guaranteed by the State's law. In this case, the Court affirms that sincerity implies an honesty of belief, what we call the 'sincerity and honest test'.<sup>55</sup> Here the reason why members of the Canadian Courts should ensure that a believer acts in good faith, which means that his/her way of considering a belief is neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice. These criteria, then, can be based on the credibility of a believer, and they may be verified through the judicial procedures; for example, through a claimant's testimony.

The focus of the judicial inquiry is not on what people's religious obligations as being, but what the individual views these personal religious 'obligations' to be. For this reason, it is inappropriate to require expert opinions. Furthermore, it is also inappropriate to study and focus on the past practices of a person in order to determine whether his current belief is sincerely held: '[b]ecause of the vacillating nature of religious belief, a court's inquiry into sincerity, if anything, should focus not on past practice or past belief but on a person's belief at the time of the alleged interference with his or her religious freedom'.<sup>56</sup>

According to this attitude, within a religion the subjective criterion of personal belief prevails over the verification of the individual behaviour with

---

<sup>54</sup> *Syndicat Northcrest v. Amselem* (n 49) para 46.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid* para 47.

respect to the rules established by the hierarchical religious institution.<sup>57</sup> Here the reason why, considering the Supreme Court's jurisprudence, that attitude brings us to reflect on the reasonably legal space inside which the sincerity and honesty test should be situated.<sup>58</sup>

### 3.1. *The Emersion of Collective Aspects*

The fact that different people practise the same religion in different ways does not affect the validity of the case of a person alleging that his/her freedom of religion has been infringed. The problem is that, by giving such weight to both the religious subjectivity and the process of rights claims,<sup>59</sup> the Supreme Court's interpretation risks reducing the entire religious phenomenon to a 'do it yourself'. In other words, it could foster the possibility of an explosion of religious requests, in an era marked more and more by the tendency towards religion *à la carte*.<sup>60</sup>

If it is essential to take into serious account the respect the individuals' freedom of religion, it is also important to consider the general norms of religious groups. This, on the other hand, does not exclude that, where necessary, those norms can be declared incompatible with the State's law, which implies the recognition and the protection of human rights and fundamental freedoms: what is clearly missing from an important part of the Supreme Court's jurisprudence, such as the 2004 *Amselem* ruling that, not for nothing, in that respect contains some contradictions.

In *Amselem* the Supreme Court considers religious orthodoxy to demonstrate the fact that a practice, to build a *sukkah* on a balcony,<sup>61</sup> is in accordan-

---

<sup>57</sup> See also Ontario Superior Court of Justice, *R. v. Kharaghani and Styrsky*, 2011 ONSC 836, paras 165-166: '[t]hus, while many may view the beliefs of the applicants and other members of the Church of the Universe as absurd, that is not and cannot be the test of whether the beliefs of members of that Church qualify as a religion for the purposes of the Charter. Furthermore, a determination of the applicants' sincerity does not depend on a determination of the sincerity of the leaders of the Church of the Universe'.

<sup>58</sup> LG Beaman, 'Defining Religion: The Promise and the Peril of Legal Interpretation', in RJ Moon (ed), 'Law and Religious Pluralism in Canada' (UBS Press 2008)192-216.

<sup>59</sup> J-F Gaudreault-DesBiens, 'Quelques angles morts débat sur l'accommodement raisonnables à la lumière de la question du port dei signes religieux à l'école publique: Réflexions en forme de points d'Interrogation' in M Jézéquel (ed), 'Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous' (Édition Yvon Blais 2007) 241-286.

<sup>60</sup> S Lefebvre, 'Religion in Court, Between an Objective and a Subjective Definition' in Beaman (n 58) 45.

<sup>61</sup> *Sukkah* is in effect a temporary hut constructed for use during the week-long Jewish festival of Suk-

ce with a biblical precept.<sup>62</sup> At the same time, though, the Court relativized the significance of this precept. In brief, *sukkah* was contemplated as a question of a regulated religious practice, but it was not treated as such. As a result, on the one hand the Canadian Judges adopted a subjective definition of religion to justify the decision,<sup>63</sup> on the other they took into consideration the objective doctrine to underpin the evaluation of sincerity and honesty of believers concerned.<sup>64</sup>

It should be noted that, after the 1982 Charter entered into force the reasonable accommodation approach was for many years confined within the employment law. This approach broke free through the 2006 *Multani* decision,<sup>65</sup> where the narrative of reasonable accommodation took on a life of its own. Moreover, it became the framework within which an important portion of public discussion and jurisprudence (regarding principle of equality, freedom of religion and religious diversity) took place in Canada.

With the *Multani* decision the Supreme Court renewed and reaffirmed the subjective conception of religion and, consequently, the practices and behaviours protected by religious freedom. In this manner, though, as in the 2004 *Amselem* ruling, certain parts of the 2006 judgment appeared contradictory. The attention is focused on those paragraphs in which Judges deferred to expert to confirm the existence of a religious obligation, in the case in question the practice of wearing a *kirpan*, a particular knife carried by persons belonging to Sikh religion:

[i]n the case at bar, Gurbaj Singh must therefore show that he sincerely believes that his faith requires him at all times to wear a *kirpan* made of metal. Evidence to this effect was introduced and was not contradicted. No one contests the fact that the orthodox Sikh religion requires its adherents to wear a *kirpan* at all times. The affidavits of chaplain Manjit Singh and of Gurbaj Singh explain that orthodox Sikhs must comply with a strict dress code requiring them to wear religious symbols commonly known as the Five Ks .... Furthermore, Manjit Singh explains in his affidavit that the Sikh religion

---

kot, it is topped with branches and often well decorated with autumnal, harvest or Judaic themes

<sup>62</sup> *Syndicat Northcrest v. Amselem* (n 49) para 9.

<sup>63</sup> *ibid* paras 51-54 and 71-72.

<sup>64</sup> *Ibid* para. 73. Cf Human Rights Tribunal of Ontario, *Heintz v. Christian Horizons*, 2008 HRTO 22. Here the Tribunal, by focusing the attention on the organization's practices, was able to affirm that Christian Horizons was a religious organization. The same Tribunal took a similar approach in *Huang v. 1233065 Ontario*, 2011 HRTO 825: in this case, by an analogy to other religions, they stated that 'Falun Gong consists of a system of beliefs, observances, and worship' (para 36).

<sup>65</sup> *Multani v. Marguerite-Bourgeois* (n 33).

teaches pacifism and encourages respect for other religions, that the *kirpan* must be worn at all times, even in bed, that it must not be used as a weapon to hurt anyone, and that Gurbaj Singh's refusal to wear a symbolic *kirpan* made of a material other than metal is based on a reasonable religiously motivated interpretation'.<sup>66</sup>

The Supreme Court also affirmed that, when facing problems like these, ordinary Judges should be aware of the great diversity existing within the Canadian population and that jurisprudence should be consistent with effective equality between persons belonging to minority groups and those belonging to the majority.<sup>67</sup> They should in other words accept all religions rather than be indifferent towards some of them. It also implies the possibility to treat differently individual religious organizations, in order to meet their specific needs.

Besides, aware of the difficulty of establishing appropriate criteria for defining religions, the Supreme Court decided neither to affirm an objective definition of religion nor to establish the nature of the beliefs or convictions. Similarly, in relation to the various beliefs or their mode of expression, the Court carefully avoided defining a hierarchy among religious values. Furthermore, from this point of view the Court returned to the subjective aspects of religion phenomenon rather than the objective ones. The judges also highlighted the need to balance individual religious freedom with other fundamental rights and freedoms.

In this respect the 2007 *Marcovitz* decision is relevant, where the Supreme Court placed the dignity of a woman above the freedom of religion, all the while without explicitly abandoning the subjective standard of sincere belief.<sup>68</sup> But, even in this case, in order to resolve the mentioned contradictions, the Court was forced to affirm that, regarding a Jewish married couple, the refusal of one spouse to grant a divorce (*get*) to the other was not, at its core, religious. And in doing so, members of the Court took into account the 'objective-collective' rules of that religious organization:

'the refusal to provide the *get* was based less on religious conviction than on the fact that he [Marcovitz] was angry at Ms. Bruker. His religion does not require him to refuse to give Ms. Bruker a *get*. The contrary is true. There is

---

<sup>66</sup> *ibid* para 36.

<sup>67</sup> C Landheer-Cieslak 'L'égalité des identités religieuses: principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil?' (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 254.

<sup>68</sup> *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607, 2007, para 131.

no doubt that at Jewish law he *could* refuse to give one, but that is very different from Mr. Marcovitz being prevented by a tenet of his religious beliefs from complying with a legal obligation he voluntarily entered into and of which he took the negotiated benefits'.<sup>69</sup>

The Court also stated that recognizing 'the enforceability by civil courts of agreements to discourage religious barriers to remarriage, addresses the gender discrimination those barriers, may represent and alleviate the effects they may have on extracting unfair concessions in a civil divorce'<sup>70</sup>. Hence, the Supreme Court highlighted the intersection between multiple sources of authority and identity, demonstrating the possibility of employing a standard legal recourse in response to specific gendered harms. This also implied that subjective interpretation of religious precepts could not breach the basic protections to which each person is entitled by virtue of his fundamental rights and freedoms, as stated by the Canadian Constitution.

As one can notice, in 2007 the Supreme Court did not affirm that some religious precepts and the relative practices were in contrast with these rights. They said that a specific practice in question (the refusal to grant a divorce) was not religious. In order to come to such a conclusion, they were forced to analyse the collective characteristics of a specific religious group. Thus, while reaffirming the sincerity and honesty test as well as the subjective definition of religion, in 2007 the Supreme Court implicitly recognised that sometimes doctrinal-collective definitions of religious practices is required for a better application of the constitutional principles; including those referring to the reasonable accommodation and the principle of equality, in the substantive sense of the term. It remains that the Supreme Court's subjective definition of religion makes it more difficult to see the religious import of collective activities.

### *3.2. Definition of Religion in the Light of Religious Freedom*

The constitutional guarantee of freedom of religion has triggered a substantial amount of litigation since the 1982 Charter came into force. The mentioned case-laws illustrate enduring difficulties with respect to its interpretation and application, especially with questions related to the defini-

---

<sup>69</sup> *ibid* para 69.

<sup>70</sup> *ibid* paras 41 and 63.

tion of religion and religious practices. It seems that the Supreme Court is experiencing hard difficulties in explaining in a complete and satisfactory manner the meaning of religion for the purposes of the Charter. The 2009 *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*<sup>71</sup> is another example of that.

The Province of Alberta requires all people who drive motor vehicles on highways to hold a driver's licence. Since 1974 each licence has borne a photograph of the licence holder, subject to exemptions for people who, on religious grounds, object to having their photos taken. In 2003, with the purpose of reducing the risk of driver's licences being used for identity theft, the Province's regulatory measure made the photo requirement universal. All licence holders were (and are) required to have their photos taken for a data bank. On the other hand, the Wilson Colony of Hutterian Brethren maintains a rural, communal lifestyle, carrying on a variety of commercial activities. For reasons related to their religious creeds, members of this Colony have objected to having their photographs taken. After 2003, they began judicial proceedings against Alberta's Government, alleging a breach of their religious freedom. The Government offered to lessen the impact of the universal photo requirement by issuing special licences without photos, relieving Colony members of the need to carry their pictures. The public authority insisted however that the photos be taken for the central data bank. The Wilson Colony rejected the Province's proposal.

Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. The *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* case underlines this aspect. It raises issues not only about individual's freedom of religion, but also about the maintenance of communities of faith: a community that shares a common faith and a way of life, which is considered by its members as a way of living their religion and that of the future generations. In the *Hutterian Brethren* decision the majority of Supreme Court understates the nature and importance of this characteristic. They assess the Wilson Colony members' freedom of religion as being a choice between having their picture taken or not having a driver's licence. The Court, however, does not take into serious consideration the effects of these decisions on the Hutterites' way of life and identity.<sup>72</sup>

More specifically, in attempting to secure a social good for the whole of society, the 2003 Province's regulation imposes a cost on those who choose not to have their photos taken: the cost of not being able to drive on the

---

<sup>71</sup> *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

<sup>72</sup> *ibid* para 163.

highway. According to the Supreme Court, that cost does not rise to the level of depriving the Hutterian claimants of a meaningful choice as to their religious practice, or adversely impacting on other rights and freedom of the 1982 Charter. In other words, the Court refuses to consider the communal religious practices of the Hutterites under the constitutional guarantee of freedom of religion. The Court analyses the impact on the Hutterite community only under the assessment of the proportionality of the impugned legislation. In sum, they minimize religious relationships within the Colony.<sup>73</sup>

Nevertheless, this does not exclude the difficulty to conceive the Hutterites' commitment to communal living as anything but religious. At the same time, the objection of this community to having the photos of their member taken arises out of a particular (Hutterian) interpretation of biblical texts. As such, the objection concerns not only a group of farmers, but above all a religious *nomoi* group:<sup>74</sup> a group that shares a common faith that is viewed by its members as a way of life which, in turn, is closely combined with their way of living a religious creed. In this sense, the Province's regulatory measure has an impact not only on the respondents' belief system, but also on the life of the Hutterian Brethren of Wilson community and the identity of its members.<sup>75</sup> In effect, this leads us to distinguish between 'religion as belief', 'religion as identity' and 'religion as a way of life'.

Religion as belief pertains to the convictions that people hold regarding matters such as God, truth, or doctrines of faith. Although sometimes linked to 'private religion', religion as belief may in fact highlight the relevance of a religious community of likeminded believers, or even the need to manifest religion in the public square. In any case, while religion as belief emphasizes doctrines, religion as identity stresses affiliation with a community. Concerning religion as identity, it is experienced as something akin to ethnicity, race, nationality, and family. Thus, religion as identity is something into

---

<sup>73</sup> *ibid* paras. 50, 52-59, 60, 62- 63, 71. On the principle of proportionality see *ex plurimis* A Barak, 'Proportional Effect: The Israeli Experience' (2007) 57 University of Toronto L J 369; M-André Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in RStJ Macdonald, F Matscher and H Petzold (eds), 'The European System for the Protection of Human Rights' (Martinus Nijhoff 1993) 125; N Emiliou, 'The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study' (Kluwer Law International 1996); D Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence' (2007) 57 University of Toronto L J 383.

<sup>74</sup> On the notion of '*nomoi* groups' see A Shachar, 'The Puzzle of Interlocking Power Hierarchies: Sharing the Pieces of Jurisdictional Authority' (2000) 35 Harvard Civil Rights – Civil Liberties L R 394; S Benhabib, 'The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era' (Princeton University Press 2002)120.

<sup>75</sup> EJ Alvin, 'The Courts and the Colonies: The Litigation of Hutterite Church Disputes' (UBC Press Vancouver 2004) 3-13.



which people believe they are born in rather than something to which they convert to after a process of reflection, study or prayer. In this basic form, religion as identity acknowledges co-religionists to be a part of the same community: it may be less likely to emphasize shared theological beliefs and more likely to emphasize shared histories, cultures, ethnicity, and traditions. As for religion as a way of life, it is normally associated with actions, rituals, customs that may distinguish some believers from adherents of other religions. Religion as a way of life may for example motivate people to live in monasteries or in religious communities. In this case religion may become the salient aspect of many peoples' lives: it may demand prayers five times a day, constant efforts to propagate the religion, the wearing of certain types of clothes, and so on.<sup>76</sup> That being said, all these three facets underscore (in one way or another, with more or less intensity) the collective aspects of religious phenomena and practices.

It should be noted that in the 2015 *Loyola High School* decision the Supreme Court emphasizes these aspects, focusing its attention on 'the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions'.<sup>77</sup> In this same decision, the minority opinion, authored by McLachlin C.J.C. and Moldaver J., specifies the communal character of religion, meaning that the protection of peoples' religious freedom requires safeguarding the religious freedom of the relative religious organizations.<sup>78</sup> However obvious it may seem, it is important to remember that this connection implies an inverse relationship: the protection of the collective dimensions of religious freedom derives from the need to guarantee individuals' religious freedom; in the sense that, within a religion, an individual is able to develop his/her religious personality.<sup>79</sup>

In matters related to religious liberty, individuals need to be protected on a collective level in order to fully live out their personal religious commitments. The values underpinning the protection of this freedom require some considerations of religion's collective dimension; which proves the fact that the individual and collective aspects of freedom of religion are in many oc-

---

<sup>76</sup> TJ Gunn (n 10) 200-206; A Sharma, 'Problematizing Religious Freedom' (Springer 2011) 37-40.

<sup>77</sup> *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, [2015] S.C.J. 12, para 60.

<sup>78</sup> *Ibid* para 61.

<sup>79</sup> In this sense see, for example, the 1948 Italian Constitution, where it stated that '[t]he Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, as an individual and in the social groups within which human personality is developed' (Article 2) and that '[e]veryone has the right to profess freely their religious faith in any form, individually or in association, to disseminate it and to worship in private or public' (Article 19).

casions indissolubly intertwined.<sup>80</sup> Here is the reason why, in occasions like these, the freedom of religion of individuals cannot flourish without freedom of religion for the relative organizations, through which those individuals express their spiritual practices and through which they transmit their faith. In this sense, the *Loyola High School* decision indicates a departure from the majority holding in *Hutterian Brethren* ruling that, as seen before, gave short shrift to the collective aspects of religious freedom.

This said, both judgments affirm the position that, while the State has obligations to be neutral as between religions,<sup>81</sup> it need not be neutral on all value-based matters. The State always has a legitimate interest in promoting and protecting core national values, which include equality, human rights and democracy.<sup>82</sup> In this sense, the Court has held that the State's law cannot advance a particular form of morality. Yet, even if the State seeks to avoid passing judgment on the truth or falsity of a spiritual belief, it must sometimes pursue goals that are inconsistent with particular religious practices and religious values. Rather than demonstrating a sincere belief, an organizational claimant must show that the claimed belief or practice is consistent with both the purpose and operation of the organization. It is interesting to note that, while evaluating this consistency between the claimed belief or practice and the organization's purpose and operation, in 2015 the Supreme Court moves away from the *Hutterian Brethren* decision.

In other words, during the judicial procedure the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will form part of the assessment.<sup>83</sup> And in this case objective-collective indicators will perhaps play a more important role. Here is the reason why in the *Loyola High School* decision the minority opinion analyses the claimed belief or practice 'in light of objective facts such as the organization's other practices'.<sup>84</sup> The beliefs and practices of an organization may reasonably be expected to be more static and less fluid than those of an individual.<sup>85</sup> Inqui-

---

<sup>80</sup> See MA Waldron, 'Introduction: How Freedom of Conscience and Religion Are Protected and Why It Matters' in MA Waldron (ed), 'Free to Believe: Rethinking Freedom of Conscience and Religion in Canada', (University of Toronto Press 2013) 3-21; J Rivers, 'Religious Liberty as a Collective Right' (2001) 4 *Law and Religion* 228-241.

<sup>81</sup> *Ibid* paras 43-44. See R Moon, 'Freedom of Religion under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality' (2012) 45 *UBC L Rev* 497-549.

<sup>82</sup> *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)* (n 77) para 42.

<sup>83</sup> *ibid* para 139.

<sup>84</sup> *ibid*.

<sup>85</sup> W Kymlicka, 'Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights' (OUP 1995) 105; D Grimm, 'Conflicts Between General Laws and Religious Norms' (2009) 30 *Cardozo L Rev*

ry into past practices and consistency of position would be therefore more relevant than in the context of a claimant, who is a single natural person.<sup>86</sup>

### 3.3. *Is Atheism a Religion? The State's Duty of Neutrality*

At the present position of jurisprudence, we may in general affirm that the Supreme Court, determining whether freedom of conscience and religion has been infringed, has developed some tests to identify religious phenomena. To conclude that an infringement has occurred, the requirement is that the complainant's belief is sincere and honest and that his/her ability to act in accordance with one's beliefs has been interfered with in a manner that is more than trivial or insubstantial.<sup>87</sup> When it arises from a distinction based on religious grounds, such an infringement is contrary not only to the freedom of religion, but also to the State's duty of religious neutrality, which also flows from the 1982 Charter's provisions. It means that the State must neither encourage nor discourage any form of religious conviction whatsoever, which is the central issue addressed during the 2015 *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)* ruling.<sup>88</sup> What is more, here the Supreme Court affirms that the concept of religion encompasses non-belief, atheism and agnosticism.<sup>89</sup>

In this case the applicant, Mr. Simoneau, regularly attended City Council meetings, which began with a recitation of a Christian prayer. After Mr. Simoneau voiced his objections to the prayer, City Council created a bylaw that regulated its recitation: it provided for a two-minute delay between the end of the prayer and the official opening of Council meetings in order to allow individuals to recuse themselves from the prayer. Mr. Simoneau suc-

---

2373; D Newman, 'Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups' (Hart Publishing 2011) 78.

<sup>86</sup> H Kislowicz, 'Loyola High School v. Attorney General of Quebec: On Non-triviality and the Charter Value of Religious Freedom' (2015) 71 *Supreme Court Law Review* 351: 'although the distinction between Charter values and rights remains elusive, the Court took some care in *Loyola* to work out the balance between what autonomous space religious individuals and communities can legitimately demand from the state and what the state can legitimately demand of them'.

<sup>87</sup> On 'non-triviality test' see Kislowicz (n 86) 331-351.

<sup>88</sup> *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3.

<sup>89</sup> *ibid* para 70. See also *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235 para 32: '[t]herefore, following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected'.

cessfully had the bylaw declared to be inoperative and of no force or effect by Quebec's Human Rights Tribunal on the basis it infringed his rights under the 1982 Charter's Section 2(a).<sup>90</sup> The Quebec Court of Appeal reversed the decision.<sup>91</sup> The Supreme Court restored this last judgement, holding that the bylaw interfered in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion. In this occasion the Court added that the Council's recitation of the prayer amounted to 'sponsorship of one religious tradition by the State', thereby contravening its 'duty of neutrality'.<sup>92</sup>

The duty of neutrality comes from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion.<sup>93</sup> It requires the State to be neutral about religion and religious beliefs. On the one hand, the State cannot show favour or disfavour for any particular belief or non-belief.<sup>94</sup> On the other, the State cannot encourage or discourage any form of religious conviction or observance. These are two prerequisites for both having a public space that is free of discrimination and promoting Canada's multicultural heritage as well as the ideal of a free and democratic society.<sup>95</sup>

In order to understand whether the State has breached its duty of neutrality (1) it must take action that professes, adopts, or favours one belief to the exclusion of others and (2) the exclusionary action must have the effect of interfering with a person's freedom of conscience and religion.<sup>96</sup> In other words, the State's practice must prevent an individual from acting according to his/her beliefs. The interference must be more than trivial or insignificant. So, not every breach of neutrality results in discriminatory interference.

On the basis of these premises, the Supreme Court found that the mentioned bylaw and prayer interfered with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion in a discriminatory manner. He was forced to choose between conforming to the City's religious practice, or excluding himself

---

<sup>90</sup> Province of Québec, District Of Chicoutimi, Human Rights Tribunal, *Alain Simoneau, Mouvement Laïque Québécois v. Jean Tremblay*, Ville De Saguenay, No.150-53-000016-081, February 9, 2011.

<sup>91</sup> *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, 2013 QCCA 936, No.: 200-09-007328-112.

<sup>92</sup> *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)* (n 88) paras 63-64. Accordingly, the Supreme Court held that the council breached its duty of neutrality, which 'requires that the state neither favour nor hinder any religion, and that it abstain from taking any position on this subject' (para 173). The Court specified the notion of 'neutrality' by differentiating 'absolute neutrality' from 'true neutrality', stating that the latter 'presupposes abstention, but it does not amount to a stand favouring one view over another. No such inference can be drawn from the state's silence' (para 134). It follows that the state's duty of neutrality does not go so far as to require complete secularity (para 79).

<sup>93</sup> *ibid* para 71.

<sup>94</sup> *ibid* para 84.

<sup>95</sup> *ibid* para 74-75.

<sup>96</sup> *ibid* para 85.

at the risk of revealing his religious views.<sup>97</sup> When Mr. Simoneau went to the Council's meetings he had to choose between remaining in the chamber (and conforming to the City's religious practice) and excluding himself from the chamber for the duration of the prayer. If he chose to conform to the Council's practice, he would be acting in direct contradiction with his atheistic beliefs. If he chose to exclude himself from the prayer either by refusing to participate in it or by leaving the chamber, he would be forced to reveal that he was an atheist. In sum, by reciting the prayer, the Council created a preferential space for people with theistic beliefs.<sup>98</sup> Participation in the prayer for non-believers came at the expense of being isolated, excluded, and stigmatized for their non-belief.<sup>99</sup>

In this manner, although the Court did not precisely define what religion is, they revealed that secularism or agnosticism constituted a position, worldview, or cultural identity equivalent to religious belonging. This means that if a person objects to a religious practice on the basis of his/her atheism, the case could be viewed as cases of competing religions. The Supreme Court has in brief classified atheism as a religion, adding that even a non-denominational prayer could be defined as religious in nature.

This is even more evident when the Court analyses the Preamble to the 1982 Charter, where it is stated that '[w]hereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law'. Here the Court explains that the reference to the supremacy of God cannot be relied on to reduce the scope of a guarantee that is expressly provided for in the Charter. That reference should not be construed so as to suggest one religion is favoured over another in Canada, nor that the God-fearing are entitled to greater rights and privileges than atheists or agnostics. Any of these interpretations would be in contrast with the 1982 Charter's provisions, including those referring to freedom of religion and conscience.<sup>100</sup> What the Preamble articulates is a political theory, upon which the Charter's protections operate with a generous and expansive application.<sup>101</sup> This leads the Court to conclude that the reference to the supremacy of God does not limit

---

<sup>97</sup> *ibid* para 121.

<sup>98</sup> *ibid* para 122.

<sup>99</sup> *ibid* para 120.

<sup>100</sup> See also L Sossin, 'The 'Supremacy of God', Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms' (2003) 52 *University of New Brunswick Law Journal* 229: 'the supremacy of God should be seen as a twin pillar to the "rule of law" – as a moral complement to the descriptive protections and rights contained in the Charter. The concept of human dignity may serve to bridge these pillars and unite faith with reason in constitutional discourse'.

<sup>101</sup> *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)* (n 88) para 147.

the scope of freedom of conscience and religion and does not have the effect of granting a privileged status to theistic religions and the relative religious practices. This reference must on the contrary encompass all religious beliefs, including atheist groups.

#### 4. *Conclusion*

Canada has a diverse cultural landscape that includes unique heritage and traditional practices that are religious in nature. On the other hand, the interaction between religion and law is central to understanding religious diversity in the Country. In this sense, emphasising the importance of both religious liberty and reasonable accommodation, it follows that, so long as the State does not consciously favour a faith to the detriment of others, it does not have to abstain from preserving its multicultural-multireligious society.

The fact is that neither the limit of religious diversity nor freedom of religion is as easily defined as we might think. What is more, the recent processes of immigration and globalization have complicated the situation, thus raising questions on the mainstream ideas about what religion looks like. In particular, the difficulty arises when those questions are asked about how far people are entitled to go in the exercise of their religious freedom: at what point in the profession of their faith do they go beyond the mere exercise of their rights? To what extent, if any, in the exercise of their religion are people entitled to impose upon another to do some acts?

As seen above, in Canada the Supreme Court has been a primary actor in the attempt to delineate the criteria that define that set of problems. This is for the obvious reason that conflicts over accommodation are brought before the Court if the agents themselves cannot find settlements. But there is also a more fundamental reason: the 1982 Charter requires judicial Courts to provide for a reasonable balance between the legitimate interests of the State and the rights of people, as an individual and in the social groups within which religious freedom may be exercised and developed. Therefore, it has been left to the highest judicial power to determine how to strike that balance, which sometimes implies the definition of what religions and religion practices 'really' are.

In this context, after the 1982 Charter entered into force, the Supreme Court affirmed the subjective account, making the claimant's sincere avowal of what his faith requires determinative of whether a reasonable accommodation should be considered. But, in subsequent cases, the same Court seemed to lean toward an objective account, allowing itself to make claims

about what religions and religious obligations ‘really’ were. This has led to a situation of confusion, also fostered by the fact that in the recent years some of the justices who have written most eloquently in favour of the subjective approach (as affirmed in the *Amselem* decision) are now making arguments of an objective kind.

It is possible, in any case, to conclude that legal definitions of religion generally appear in the complicated contexts of either protecting freedom of religion or prohibiting unreasonable discrimination. At the present stage of the Canadian jurisprudence, it can be inferred, in particular, that definitions do not only describe the phenomenon of religion. They also establish rules for regulating social and legal relations among people who themselves may have sharply different attitudes about what religion is and which manifestations of it are entitled to be protected. As a result, with the objective approach legal definitions may contain serious deficiencies when they incorporate particular social and cultural attitudes towards some religions, failing to account for social and cultural attitudes against others: the most troubling examples of this deficiency are laws that differentiate between traditional and non-traditional religions or between the majority and minorities. In cases like these the definitions are applied – perhaps unintentionally – in such a manner as to separate some (majoritarian-traditional) groups from other (non-traditional, minority) groups.

On the other hand, the subjective approach seeks to define and identify religion and religious phenomena on the basis of the sincerity of claimants: these people must truly believe, demonstrating that they are religiously obligated to behave in a certain way. Being defined in explicit opposition to the objective one, the subjective approach has thus a very large and permissive conception of what counts as a plausible religious claim. Here is the reason why in cases like these definition leads to a dispute between what is often considered to be ‘real’ religion as opposed to ‘pseudo’ religion.

All of this shows that the definition of religion may be seen not simply as a neutral description of such things as theological beliefs or ritual practices. It contains a judgment on whether the particular beliefs or actions are acceptable to the legal system. And we should not forget that the solutions traditionally elaborated to solve the dilemma of definitions – defining a religion is very complex, but sometimes it is legally necessary – do not fit easily in a completely changed Canadian society that, from a religious point of view, is now even less homogeneous than in the past. While these solutions ensure a greater diversity in the public sphere, they do not essentially promote the religious freedom of all group members, including those who are part of neo-religious denominations, usually made up of immigrants. As a

result, legal strategies and policies, which seem attractive for some creeds, can systematically be seen as a disadvantage, if not discriminatory, by other communities.<sup>102</sup>

Similarly, we cannot understand that dilemma if we do not comprehend the overlapping affiliation that exists between constitutional rights, secular State, religious-cultural groups and individuals who are, at the same time, people, citizens and (potentially) members of a religion. It is necessary, then, to refuse the tendency to compartmentalize individuals' identity into single-axis categorizations, using legal definitions as shields to cover a wide range of policies. On the other hand, we need to establish clear lines between non-negotiable constitutional rights and practices that may be governed by different religions. Hence, if one really wants to speak of definitions, one needs first of all to define the constitutional principles that provide the framework within which the different communities can live and work together. Indeed, the merits of these principles appear clearly when they are regarded in the light of religious and ideological conflicts. At least in the West they have been able to 'invent' a legal context wherever the religious struggles and claims rights may be peacefully governed.

---

<sup>102</sup> In this point see J-F Gaudreault-DesBiens, 'The Legal Treatment of Religious Claims in Western Multicultural Societies: Limits and Challenges' in C Decaro Bonella (ed), 'Religious Claims in Multicultural Societies: The Legal Treatment' (Luiss University Press 2014), 19-20.



# *“I know it when I see it” : the essential elements of religion(s) in U.S. law*

PASQUALE ANNICCHINO

## *1. Introduction*

The identification of the essential elements that constitute the notion of religion in US law has been a constant topic of academic debate and judicial decisions.<sup>1</sup> This contribution discusses the most significant decisions of the US Supreme Court in shaping the individuation of the essential elements of religion. Given the current state of academic discussion in the United States, this analysis is relevant to the protection of religion as a distinctive category, and therefore the legal norms that protect freedom of religion.<sup>2</sup> Part II outlines the basic elements of the approach taken by those who claim the impossibility of defining religion for purposes of protecting religious freedom. Part III includes the most important decisions of the US Supreme Court in this area. Part IV argues that the rise of nonbelievers, agnostics, or those who believe in ‘nothing in particular’<sup>3</sup> adds new challenges to the issue of defining religion. Part V concludes this work by arguing that despite the difficulty and complexity in adopting a consistent and coherent approach to identifying the essential elements of religion for legal purposes, the issue

---

<sup>1</sup> The literature in the field is rich. See among the others: J.H. Choper, ‘Defining “Religion” in the First Amendment’, *University of Illinois Law Review*, 3, 1982, p. 579–613; G.C. Freeman, ‘The Misguided Search for the Constitutional Definition of “Religion”’, *Georgetown Law Journal*, 6, 71, 1983, p.1519-1565; K. Greenawalt, ‘Religion as a Concept in Constitutional Law’, *California Law Review*, 72, 5, 1984, p. 753-816; M.G. Sanderson, ‘Objective Criteria for Defining Religion for the First Amendment’, *Toledo Law Review*, 11, 1979-1980, pp. 988-1018; S.L. Worthing, ‘Religion and “Religious Institutions” under the First Amendment’, *Pepperdine Law Review*, 7, 2, 1980, pp. 313-353.

<sup>2</sup> For arguments against protecting religious freedom through dedicated normative tools, see, among others, B. Leiter, *Why Tolerate Religion?*, (Princeton: Princeton University Press 2012) and M. Schwartzman, ‘What If Religion Is Not Special?’, *University of Chicago Law Review*, 79, 2012, p. 1352–1427.

<sup>3</sup> See the full report published by the Pew Forum, *America’s changing religious landscape*, available at: <http://www.pewforum.org/2015/05/12/americas-changing-religious-landscape/>.

cannot be quickly resolved by eliminating a category of religion for legal purposes. The problem is here to stay.

## 2. *The (im)possibility of religious freedom*

Several international treaties or state constitutions protect and promote the freedom of religion; however, using any of them to help define the precise meaning of the word ‘religion’ is difficult. This issue has always puzzled legal scholars, judges, and lawyers. However, there is a major difference between academics and practitioners. As Jeremy Gunn pointed out:

While academics have the luxury of debating whether the term “religion” is hopelessly ambiguous, judges and lawyers often do not. [...] Judicial decisions about what constitutes religion make a very real difference in the lives of persons who may or may not obtain refugee status, or in the economic viability of a group that may or may not be recognized as a tax-exempt religious association.<sup>4</sup>

From a theoretical and social sciences perspective, defining religion is difficult.<sup>5</sup> Many scholars claim that defining religion is impossible, and any legal attempt to define it for legal purposes risks becoming a mere exercise in political discretion. Among others, Elizabeth Shakman-Hurd recently pointed out that the definition (or non-definition) of religion for legal or political motives creates difficulties: ‘Many forms of affiliation and experience fit uncomfortably, if at all, into an understanding of religion as a singular, bounded “cause” of political behavior. Many operate outside of the understanding of religion presupposed by its secular legal and administrative “management”’.<sup>6</sup> The definition of religion into precise categories would therefore have side effects, particularly on minorities: ‘Dissidents, doubters,

---

<sup>4</sup> T.J. Gunn, ‘The Complexity of Religion and the Definition of ‘Religion’ in International Law’, *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, pp. 189-215.

<sup>5</sup> Silvio Ferrari highlights this as the major source of tension between legal scholars and anthropologists, because criticisms towards legal approaches to the definition of religion: “... have the ability to make L&R (law and religion) scholars nervous, as they are afraid that their subject of study becomes so multiform and changeable that the end results are elusive”, S. Ferrari, *Introduction. The challenge of law and religion*, in S. Ferrari (ed.), *Routledge Handbook of Law and Religion*, Routledge, 2015, p. 4.

<sup>6</sup> E. Shakman-Hurd, *Beyond Religious Freedom. The New Global Politics of Religion*, (Princeton: Princeton University Press, 2015), p. 13.

and those who identify with nonorthodox versions of protected traditions struggle for representation'.<sup>7</sup> Elizabeth Shakman-Hurd's understanding is deeply influenced by the studies of legal anthropologists such as Winnifred Sullivan,<sup>8</sup> who have attempted to demonstrate how courts reconstruct and format religion according to criteria that are interpreted according to fixed categories for what religion is, usually established hierarchically by religious authorities.<sup>9</sup> In national and international politics, law is probably the most powerful tool for formatting a religion, and thus for the application of provisions on religious freedom. After establishing that a defined group fits into the category of religion, all the legal provisions that establish and confer certain benefits can be applied:

Powerful forces, including the law, incentivize individuals and groups to make claims for rights, dignity, and justice in the languages of religious rights and freedoms. [...] Political and material rewards await individuals and groups who can convincingly frame identities and specify collective needs as religious actors, religious minorities, and religious communities in search of their freedom. If being a persecuted religionist...makes it more likely that development assistance, trade deals, or accession to the European Union will be forthcoming, we should not be surprised to see legislative, executive, and judicial action at all levels privileging the category of religion.<sup>10</sup>

Academic reflections do not necessarily lead to immediate consequences or require pragmatic policy prescriptions, but the situation changes when the courts are given the difficult task of defining religion and its essential elements, as the decisions of the judiciary immediately impact people's lives. As Talal Asad pointed out: 'Legal definitions of religion are not mere academic exercises: they have profound implications for the organization

---

<sup>7</sup> Ibid. To this extent, Elizabeth Shakman Hurd suggested the category of 'lived religion' to differentiate it from the legal or political reconstruction of the general category of 'religion': 'The category of lived religion is meant to draw attention to the practices that fall outside the confines of religion as construed for purposes of law and governance. And yet to distinguish between official and lived religion in this way is to risk reifying and romanticizing lived religious practice', *ibid.*

<sup>8</sup> Among others, see W.F. Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom* (Princeton: Princeton University Press, 2005) and W.F. Sullivan, 'We Are All Religious Now. Again', *Social Research: An International Quarterly*, 76, 4, 2009, p. 1181-1198.

<sup>9</sup> On the 'formatting' of religion, see O. Roy, *Holy Ignorance. When Religion and Culture Part Ways*, (New York: Columbia University Press, 2010).

<sup>10</sup> E. Shakman-Hurd, *Beyond Religious Freedom. The New Global Politics of Religion*, see *supra* at footnote 7, p. 20.

of social life and the possibilities of personal experience’.<sup>11</sup> Therefore, law must be understood as a limited and pragmatic tool used to resolve societal disputes, a tool that does not aim for theoretical perfection or deep inquiry into the anthropological assumptions underlying the notion of religion used by the judiciary in the application of normative provisions. Indeed, law is a reductionist tool, and its use entails costs<sup>12</sup> that legal scholars should not deny:

Since what goes under the label of religion is culturally contingent, multifarious, and multifunctional — ideological, personal, political, institutional, communal, a phenomenon of cultural identity and at the same time a source of trans-temporal truth — one ought to expect the same variety, conflict, and incommensurability among and within the conceptions of religious liberty cherished by particular communities and enlisted to protect religion under the Constitution.<sup>13</sup>

On this topic I would concur with Marc DeGirolami, who argues that the epistemological problem lies in the different interests in and approaches to the issue. As DeGirolami argues:

I suspect that this scepticism about getting beyond religious freedom may relate to broader differences of interest, focus, and purpose between the disciplines of law and the academic study of religion (ASR). To indulge in an overgeneralization (though one that, I hope, captures something true): ASR scholars are interested in dissolving religion; legal scholars are interested in managing it.<sup>14</sup>

Over the years, judiciaries in many countries, and in our study, the US Supreme Court, have tried pragmatically to ‘manage’ religion and define its essential elements in its judicial decisions. The exercise has been difficult and often incoherent, but it responds to the pragmatic needs of the adjudication of disputes and definition of legal boundaries, which are tasks of the

---

<sup>11</sup> T. Asad, ‘Response to Gil Anidjar’, *Interventions: International Journal of Postcolonial Studies*, 11, 3, 2009, p. 226.

<sup>12</sup> For a detailed analysis on this point on US constitutional law, see M. DeGirolami, *The Tragedy of Religious Freedom* (Cambridge: Harvard University Press 2013).

<sup>13</sup> M. DeGirolami, ‘What Comes After Religious Freedom?’, *PluRel*, 25/09/2013, available at: <http://blogg.uio.no/prosjekter/plurel/content/what-comes-after-religious-freedom>.

<sup>14</sup> *Ibid.*

judiciary based on the elaboration of legal doctrines,<sup>15</sup> and in our study, the constant development of the essential elements of religion.

### 3. *Defining religion in US law*

In US law, no common definition of religion exists.<sup>16</sup> This is not a peculiarity of the United States; international law instruments contain many provisions to protect and promote the right to freedom of religion, but are missing a definition of religion.<sup>17</sup> Each possible definition considers some general assumptions and then proceeds to a general definition; however, even within the non-legal social sciences, a general consensus appears to be absent. Over the years, scholars, lawmakers, and judges have adopted different criteria to find a working definition of the term.<sup>18</sup> Some have relied on

---

<sup>15</sup> For Marc DeGirolami, the role of ‘doctrine’ is an essential element that differentiates disciplines, such as law or theology, from other social sciences: ‘... law schools and schools of theology or divinity are the only ones I can think of in which the idea of doctrine is intrinsically important. This is in part because these disciplines are specially attuned to the authoritativeness of the past. Other disciplines have no such commitments – indeed, their commitments may run in a very different direction. It is not clear to me what perspective ASR [academic study of religion] has on the role of doctrine, but it would not be surprising that the less closely the discipline associates itself with schools of theology or divinity schools, the more it would embrace a critical posture towards doctrine. The other difference in this respect is that doctrine provides a coordinating function in law and theology that simply does not apply in other areas of study. This function of doctrine is, of course, connected to law’s managerial role and its internal perspective on the customs and traditions of the specific society in which it operates. This role and this orientation are not shared by most other disciplines’, M. DeGirolami, *ibid.*

<sup>16</sup> This is the conclusion of many scholars, including Mark Movsesian, the author of the main work that I have used for this article, to reconstruct the approach of the US Supreme Court, see M.L. Movsesian, ‘Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones’, *ReligioWest working paper RSCAS 2014/19*.

<sup>17</sup> T.J. Gunn, ‘The Complexity of Religion and the Definition of “Religion” in International Law’, see *supra* at footnote 5. For debates at the national level, especially in the United Kingdom, see. See L. Zucca, ‘A New Legal Definition of Religion’, *I-CONnect Blog*, 20/12/2013, available at: <http://www.iconnectblog.com/2013/12/a-new-legal-definition-of-religion/> and concerning the definition of the Church of Scientology as a religion for the U.K. legal order.

<sup>18</sup> In addition to the contributions by courts, other important attempts were made, for instance, by the Internal Revenue Service to determine whether an organization can be considered a ‘church’ for taxation. Fourteen criteria have been identified: ‘1) a distinct legal existence; 2) a recognized creed and form of worship; 3) a definite and distinct ecclesiastical government; 4) a formal code of doctrine and discipline; 5) a distinct religious history; 6) a membership not associated with any other church or denomination; 7) an organization of ordained ministers; 8) ordained ministers selected after completing prescribed courses of study; 9) a literature of its own; 10) established places of worship; 11) regular congregations; 12) regular religious services; 13) Sunday schools for religious instructions of the young; 14) schools for the preparation of its members’. See <https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Churches-&-Religious-Organizations/Churches--Defined>.

an essentialist definition, which attempts to define religion on the basis of some specific characteristics, such as the existence of a divinity. Others have adopted a functionalist criterion, evaluating the role religion plays in the life of a believer, while others prefer analogical criteria, running case-by-case comparisons with other known religions or religious groups. As mentioned above, there is no consensus among scholars, and this situation is reflected in the case law of the US Supreme Court. As Mark Movsesian noted, ‘the decisions of the Court on this issue are “contradictory”’.<sup>19</sup> Beginning with the first case at the end of the nineteenth century, the Court stated that in order to recognise a set of beliefs as religious, a belief in a Supreme Being must be present. One example is an early (1878) US Supreme Court decision, *Reynolds v. United States*.<sup>20</sup> The United States introduced the *Morrill Anti-Bigamy Act* to ban polygamy in the country.<sup>21</sup> The main target of the bill was the Church of the Latter-Day Saints, which practiced polygamy at that time. The church challenged the law in court, claiming that it violated their First Amendment right to freedom of religion. The Court acknowledged in the case that

‘The word “religion” is not defined in the Constitution. We must go elsewhere, therefore, to ascertain its meaning, and nowhere more appropriately, we think, than to the history of the times in the midst of which the provision was adopted. The precise point of the inquiry is, what is the religious freedom which has been guaranteed’.<sup>22</sup>

This ‘elsewhere’ has been turned to any time the Court has faced the problem, using various approaches. In the case of *Davis v. Beason*,<sup>23</sup> the Court employed a substantive and theistic definition of religion: ‘The term “religion” has reference to one’s views of his relations to his Creator, and

---

<sup>19</sup> M.L. Movsesian, ‘Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones’, see supra at footnote 16, p. 5.

<sup>20</sup> *Reynolds v. United States*, 98 US 145 (1878).

<sup>21</sup> Signed into law on 8 July 1862 by President Abraham Lincoln.

<sup>22</sup> *Reynolds v. United States*, see supra at footnote 20.

<sup>23</sup> *Davis v. Beason*, 133 US 333 (1890). The US Supreme Court, in a 9-0 decision, ruled that the federal law against polygamy was not in violation of the Free Exercise Clause of the First Amendment. The decision is also very interesting for its historical narrative, which is offered as a justification for approval of the First Amendment: ‘The oppressive measures adopted, and the cruelties and punishments inflicted, by the governments of Europe for many ages, to compel parties to conform in their religious beliefs and modes of worship, to the views of the most numerous sect, and the folly of attempting in that way to control the mental operations of persons, and enforce an outward conformity to a prescribed standard, led to the adoption of the amendment in question’.

to the obligations they impose of reverence for his being and character and of obedience to his will. It is often confounded with the cultus or form of worship of a particular sect, but is distinguishable from the latter'.<sup>24</sup> This decision of the US Supreme Court confirmed an approach that basically categorized as "religion" only Christian denominations that conformed to traditional theistic understandings. In *Church of the Holy Trinity v. United States*,<sup>25</sup> the Court remarked that 'we are religious people'<sup>26</sup> and that the United States was understood to be 'a Christian nation'.<sup>27</sup> In 1931, the decision in *United States v. Macintosh*<sup>28</sup> emphasized Christianity and in its opinion, Justice Hughes stressed that the central tenet of religion was the relationship between a person and God.<sup>29</sup> Notwithstanding this approach, as we have seen before, in the *Davis* case,<sup>30</sup> the Court did not affirm that Mormonism could be considered a religion. As Mark Movsesian notes: '... the Court scoffed at the idea that Mormonism could be a religion for constitutional purposes – notwithstanding the fact that Mormonism quite obviously holds a belief in God – because Mormonism advocated polygamy, a practice condemned "by the general consent of the Christian world"'.<sup>31</sup> At that time, Mormonism was not considered to be a Christian denomination, and therefore was not acknowledged as a religion for purposes of the First Amendment. Over the years, the religious demography of the United States gradually changed, and the pluralism of the religious landscape affected the judiciary's understanding of the notion of religion and its essential elements.

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 US 457 (1892).

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> The Court explicitly referenced Christianity by listing many sources from the national constitutions and federal laws referring to religion. The Court stated that: 'There is no dissonance in these declarations. There is a universal language pervading them all, having one meaning. They affirm and reaffirm that this is a religious nation. These are not individual sayings, declarations of private persons. They are organic utterances. They speak the voice of the entire people. While, because of a general recognition of this truth, the question has seldom been presented to the courts ...'.

<sup>28</sup> *United States v. Macintosh*, 285 US 605 (1931).

<sup>29</sup> The Court stressed this point, arguing that conscience should not trump state laws: 'When one's belief collides with the power of the state, the latter is supreme within its sphere and submission or punishment follows. But, in the forum of conscience, duty to a moral power higher than the state has always been maintained. The reservation of that supreme obligation, as a matter of principle, would unquestionably be made by many of our conscientious and law-abiding citizens. The essence of religion is belief in a relation to God involving duties superior to those...', *ibid.*

<sup>30</sup> *Davis v. Beason*, see *supra* at footnote 23.

<sup>31</sup> M.L. Movsesian, 'Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones', see *supra* at footnote 16, p. 6

Laszlo Blutman points out<sup>32</sup> that a 1943 decision of the Court of Appeals for the Second Circuit signalled a new approach for the American judiciary. Called to interpret the expression ‘religious training and belief’ for purposes of the *Selective Service Act* of 1940, Judge Hand, writing for the Court, stressed how: ‘Religious belief arises from a sense of inadequacy of reason as a means of relating the individual to his fellow-men and to his universe. [...] It is a belief finding expression in a conscience which categorically requires the believer to disregard elementary self-interest and to accept martyrdom in preference to transgressing its tenets’.<sup>33</sup> To this extent, a definition of conscientious objection can be offered as a ‘... response of the individual to an inward mentor, call it conscience or God, that is for many persons at the present time the equivalent of what has always been thought of as a religious impulse’<sup>34</sup>.

Although the US Supreme Court decided the case of *United States v. Ballard* in 1944<sup>35</sup>, the decision contains no definition of religion. It can, however, be observed indirectly in the Court’s interpretation of its essential elements. According to the majority opinion, written by Justice Douglas, freedom of religion includes: ‘... the right to maintain theories of life and of death and of the hereafter which are rank heresy to followers of the orthodox faiths ... Religious experiences which are as real as life to some may be incomprehensible to others. Yet the fact that they may be beyond the ken of mortals does not mean that they can be made suspect before the law’.<sup>36</sup>

In the 1960s the Supreme Court radically shifted its approach, no longer requiring a belief in God as one of the essential elements for applying the religion clauses. As Mark Movsesian points out: ‘The Court has never expressly repudiated these nineteenth-century cases, but subsequent decisions reject the idea that religion requires a belief in God, much less the God of traditional Christianity’.<sup>37</sup> With the decision in the case of *Torcaso v. Watkins*,<sup>38</sup> the Court went even further by not requiring a theistic element for defining religion. The Court acknowledged in footnote 11 of the judg-

---

<sup>32</sup> L. Blutman, ‘In Search of a Legal Definition of Religion. Lessons from US federal jurisprudence’, *Americana*, V, 1, 2009, available at: <http://americanajournal.hu/vol5no1/blutman>.

<sup>33</sup> *United States v. Kauten*, 133 F.2d 703 (2nd Cir 1943).

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *United States v. Ballard*, 322 US 78 (1944).

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> M.L. Movsesian, ‘Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones’, see *supra* at footnote 16, p. 6.

<sup>38</sup> *Torcaso v. Watkins*, 367 US 488 (1961).



ment: 'Among religions in this country which do not teach what would be generally be considered a belief in the existence of God are Buddhism, Taoism, Ethical Culture, Secular Humanism and others'.<sup>39</sup> Under this approach, the interpretation of the notion of 'religion' is extended to cover both theistic and non-theistic understandings. Further clarification emerged from a series of cases concerning conscientious objection to military service. The legislation at that time exempted those opposed to war for religious reasons or beliefs. The definition was quite sympathetic to a theistic understanding, as it was defined in the following terms: '... an individual's belief in a relation to a Supreme Being involving duties superior to those arising from any human relation, but [not including] essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code'.<sup>40</sup> Notwithstanding this wording from the Supreme Court, in the case of *United States v. Seeger*,<sup>41</sup> protection was also to be ensured for '... belief in and devotion to goodness and virtue for their own sakes, and a religious faith in a purely ethical creed'.<sup>42</sup> The test, therefore, shifted away from the content and essential elements of belief towards an assessment of its form, which, according to the Court, should be 'sincere and meaningful' and should occupy '... a place in the life of its possessor parallel to that filled by the orthodox belief in God'.<sup>43</sup> Moreover, the Court offered other elements for evaluating and excluding the application of the norm for beliefs founded '... on the basis of essentially political, sociological or economic considerations'<sup>44</sup> or derived from 'merely personal moral code'.<sup>45</sup> In essence, with the *Seeger* decision, the Court adopted a functionalist approach towards the definition of the essential elements of religion. The Court continued to develop its approach in another case concerning the Military Service Act of 1967. In *Welsh v. United States*,<sup>46</sup> the applicant refused to characterize his objection to military service as 'religious'. However, this did not prevent Justice Black from granting the exemption: 'If an individual deeply and sincerely holds beliefs that are purely ethical or moral in source and content but that nevertheless impose upon him a duty of conscience to refrain from participating in any war ... such an

---

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> *United States v. Seeger*, 380 US 163, 165 (1965).

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> *Welsh v. United States*, 398 US 333 (1970).

individual is as much entitled to...[an] exemption ... as is someone who derives his conscientious opposition to war from traditional religious convictions'.<sup>47</sup> The approach of the Court, in this case, is generous in granting the exemption. However, the Court also identified those who would not qualify: '... those whose beliefs are not deeply held and those whose objection to war does not rest at all upon moral, ethical, or religious principle but instead rests solely upon considerations of policy, pragmatism, or expediency'.<sup>48</sup> As some commentators have argued, with this decision the Court helped relax the essential elements for identification of a religion, and therefore, increased protection.<sup>49</sup> Many of the cases dealing with conscientious objection suggested that '... intensely personal ethical or moral beliefs can qualify as religion'.<sup>50</sup> The Court seemed to depart from this approach in *Wisconsin v. Yoder*,<sup>51</sup> decided in 1972. In this case, the Court favoured a more conventional understanding of the essential elements of religion. Leaning toward an unconventional understanding could create an issue in interpreting and applying the First Amendment, because: '... the very concept of ordered liberty precludes allowing every person to make his own standards on matters of conduct in which society as a whole has important interests'. The decision in *Wisconsin v. Yoder*<sup>52</sup> showed that the Court at this time seemed to favour an approach to defining the essential elements of religion that followed '... the precepts of an organized faith community'.<sup>53</sup> In 1981, the Court decided the case of *Thomas v. Review Board*,<sup>54</sup> concerning a Jehovah's Witness working in a steel factory who asked not to have to work on weapons, as this would violate his pacifistic beliefs. He asked to be moved to another production department, but was denied, and he resigned as a result. After his resignation, he was denied unemployment benefits. The manner in

---

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> This is the argument made by Blutman, see L. Blutman, 'In Search of a Legal Definition of Religion. Lessons from US federal jurisprudence', see supra at footnote 32. On the relevance of this case, see also A. Koppelman, *The Story of Welsh v. United States: Elliot Welsh's Two Religious Tests*, Northwestern Public Law Research Paper 12-34, 2012, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2189269](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189269).

<sup>50</sup> M. Movsesian, 'Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones', see supra at footnote 16, p. 6

<sup>51</sup> *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> M. Movsesian, 'Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones', see supra at footnote 16, p. 7.

<sup>54</sup> *Thomas v. Review Board*, 450 US 707 (1981).

which Thomas framed his belief in order to request protection under the Free Exercise Clause of the First Amendment is relevant to our study. The records of the lower courts that decided the case show that it was complex. The Supreme Court acknowledged the decision in *Wisconsin v. Yoder*<sup>55</sup>, recalling that ‘Only beliefs rooted in religion are protected by the Free Exercise Clause’,<sup>56</sup> but also admitted that: ‘... religious beliefs need not be acceptable, logical, consistent, or comprehensible to others in order to merit First Amendment protection’<sup>57</sup>. While the applicant explicitly admitted that he was ‘struggling’ with his beliefs, the Court maintained that: ‘Courts should not undertake to dissect religious beliefs because the believer admits that he is “struggling” with his position or because his beliefs are not articulated with the clarity and precision that a more sophisticated person might employ’.<sup>58</sup> In addition, the Court also acknowledged that it lacked the knowledge required to assess what is orthodox for any religious group: ‘Particularly in this sensitive area, it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or his fellow worker more correctly perceived the commands of their common faith. Courts are not arbiters of scriptural interpretation’.<sup>59</sup> In 1989, the Supreme Court was called to decide another case concerning the denial of unemployment benefits to a person who did not want to work on Sundays for religious reasons, and consequently resigned. In *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*,<sup>60</sup> the Court was given an extremely complex task, since the claimant argued that he considered himself an independent Christian, not affiliated with any particular denomination. Because he did not belong to any established religious group, the Illinois Supreme Court denied his request since, following the interpretation of the Court of Appeal: ‘... the injunction against Sunday labour must be found in a tenet of dogma of an established religious sect. [Frazee] does not profess to be a member of any such sect’.<sup>61</sup> The Supreme Court rejected this approach and reversed its decision, clarifying that it was not necessary to be a member of an established religion or denomination to claim the Free Exercise Clause protection: ‘Undoubtedly, membership in an organized religious denomination, especially one with a

---

<sup>55</sup> *Wisconsin v. Yoder*, see supra at footnote 51.

<sup>56</sup> *Thomas v. Review Board*, see supra at footnote 54.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 US 829 (1989).

<sup>61</sup> *Ibid.*

specific tenet forbidding members to work on Sunday, would simplify the problem of identifying sincerely held religious beliefs, but we reject the notion that to claim the protection of the Free Exercise Clause, one must be responding to the commands of a particular religious organization. Here, Frazee’s refusal was based on a sincerely held religious belief. In this case, he was entitled to invoke First Amendment protection’.<sup>62</sup> Despite the fact that the Supreme Court’s approach has constantly changed, the judges failed to articulate a clear test to identify the essential elements of religion for purposes of legal protection, and the lower courts responded by developed their own tests. As a result, there is no clear test for defining religion in the case law of the US Supreme Court. As Mark Movsesian puts it: ‘For the Court, religion means a belief in God – except when it does not. Religion means a commitment to a traditional, organized faith community – except when it does not. Religion excludes personal, philosophical convictions – except when it does not. And a court cannot evaluate a belief’s logical consistency or coherence with mainstream religious interpretations – except when it can’.<sup>63</sup>

#### *4. New challenges for the US legal system*

An immediate and direct issue linked to the difficulties in defining religion for legal purposes has arisen due to the growth of nonbelievers, or those who describe themselves as ‘spiritual but not religious’. In essence, US religious demography is undergoing a drastic change, one that is likely to affect the interpretation and application of legal provisions on the protection of religious freedom. It would have (ideally) been easier to converge upon a common definition of religion when the religious demography of the country was not very diverse.<sup>64</sup> Although for many the debate on the definition of the essential elements of religion remains theoretical, in Movsesian’s

---

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> M.L. Movsesian, ‘Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones’, see *supra* at footnote 16, p. 7.

<sup>64</sup> As Mark Movsesian pointed out: ‘The Supreme Court’s jurisprudence is muddled, but it has worked reasonably well because American religion has tended to follow conventional patterns. Religion has mostly meant organized traditions everyone would recognize: the classic Christian communions and their offshoots like Seventh-Day Adventists and Christian Scientists; the different branches of Judaism and more recently, Buddhism, Hinduism and Islam’, see M.L. Movsesian, ‘Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of the Nones’, see *supra* at footnote 16, p. 8.

view, we should not ‘dismiss the debate about Nones as academic’.<sup>65</sup> The consequences for protection of the freedom of religion, and particularly for the definition of religion under US law, will be significant: ‘Whether Nones qualify as a religion for legal purposes is a question with potentially significant real-world consequences’.<sup>66</sup> In essence, when a more individualised method of belief spreads, how can we identify appropriate boundaries to define who is qualified to enjoy the protection and accommodation guaranteed to religion? In the previously-mentioned case, *Reynold v. United States*<sup>67</sup>, the Supreme Court argued that Mormon beliefs on plural marriage do not enjoy First Amendment protection. Acting otherwise, the Court argued, ‘... would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself. Government could only exist in name under such circumstances’.<sup>68</sup> When religious affiliation is increasingly affected by growing individualism,<sup>69</sup> the real problem, again, is in identifying the boundaries of the content, and therefore the essential elements, of religion in an increasingly pluralistic environment.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> Ibid., p. 10.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> *Reynolds v. United States*, see supra at footnote 22.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> J. Ogilvy, ‘The Global Spread of Individualism’, *Stratfor*, 14/10/2015, available at: <https://www.stratfor.com/weekly/global-spread-individualism>. Ogilvy connects this phenomenon to the crisis of the major institutional structures in the religious field: ‘The spiritual but not religious are themselves the fastest growing ‘sect’ in America. Here again the emphasis is on autonomy. Rather than uncritically accepting holy writ as handed down from on high, the spiritual but not religious may have a passionate interest in matters outside the secular. They can meditate on their own. They may have an intense interest in mysticism. But they are no more willing to worship the old gods in their old churches than the Independents are willing to support the old politicians in the old parties. This is not all bad, however worrisome it may appear to prelates bemoaning empty pews’.

<sup>70</sup> For a detailed analysis of this topic, see N. Tebbe, *Nonbelievers*, Virginia Law Review, 97, 2011, p. 1111–1180. Tebbe concludes with a possibilistic approach on solving the dilemma posed by nonbelievers: ‘Several scholars have recently argued that the entire project of protecting religious freedom is unsound – in part because of the difficulty of determining the scope of the concept of religion and in part because the persistent uniqueness of religion in American law is indefensible. Courts are striking compromises that they cannot conceptually defend. Yet carefully considering the case of nonbelievers indicates that there may be little cause for worry. While a polyvalent, piecemeal approach may require judgments that are irreducibly complex, the endeavour is not necessarily irrational or erratic’, p. 1179–1180.

## 5. Conclusion

Many of the cases that attempted to define the essential elements of religion have ended up only raising more questions, further muddying '...the already muddied waters of First Amendment jurisprudence'.<sup>71</sup> The argument is also made more complex by methodological divisions among legal scholars and social scientists – particularly anthropologists – called upon to interpret shifting case law and conceptual variations in the definition of religion. As Silvio Ferrari puts it:

Lawyers' approach is essentially practical and normative and this explains why they are more immediately interested in legal provisions and court decisions; the cultural meaning of these rules is not ignored, but remains in the background of their legal reasoning. The interest of anthropologists is more theoretical and descriptive. They focus on the cross-cultural analysis of the ordering of human societies.<sup>72</sup>

Elizabeth Shakman-Hurd's argument with regard to international religious freedom also holds true for interpreting the religious clauses of the First Amendment, when the judiciary is called to identify what religion is for purposes of applying the Constitution.<sup>73</sup> The notion of religion is contingent, shaped by historical and cultural factors, and deeply influenced by a particular understanding of religion. The Supreme Court, therefore, acts pragmatically to describe the essential elements that define religion for legal purposes, but this exercise does not occur in vacuum. The result of changes in the country's religious demography will require the Court to constantly change its definition of religion. The identification of the essential elements that shape the definition of religion in US law will, therefore, continue to change as the Supreme Court follows the evolution of American society. Perhaps one day Americans will decide to exclude the category of religion

---

<sup>71</sup> *Thomas v. Review Board*, dissenting opinion by Justice Rehnquist.

<sup>72</sup> S. Ferrari, *Introduction. The challenge of law and religion*, see supra at footnote 5, p. 4.

<sup>73</sup> According to Elizabeth Shakman Hurd: 'The expert definition and official protection of international religious freedom as a universal norm hinges upon, and sanctifies, a religious psychology that relies on the notion of an autonomous subject who chooses beliefs, and then enacts them freely. This understanding of religion normalizes (religious) subjects for whom 'believing' is taken as the universal defining characteristics of what it means to be free. Anchoring this approach to religion is specific, historically located figure of faith, and a particular, historically contingent notion' [I cannot verify this quote, it should be checked!], see E.S. Hurd, *Beyond Religious Freedom*, see supra at footnote 6, p. 57.

from the list of protected constitutional rights. But this day is not likely to come soon. In the meantime, the judiciary will continue to define religion using the approach adopted by Judge Potter Stewart to define the notion of 'hard-core pornography' for legal purposes in the famous case *Jacobellis v. Ohio*<sup>74</sup>: 'I know it when I see it'.<sup>75</sup>

### *Bibliography*

- T. Asad, 'Response to Gil Anidjar', *Interventions: International Journal of Postcolonial Studies*, 11, 3, 2009, pp. 394-399.
- L. Blutman, 'In Search of a Legal Definition of Religion. Lessons from US federal jurisprudence', *Americana*, V, 1, 2009, available at: <http://americanajournal.hu/vol5no1/blutman>
- J.H. Choper, 'Defining "Religion" in the First Amendment', *University of Illinois Law Review*, 3, 1982, p. 579-613
- M. DeGirolami, *The Tragedy of Religious Freedom* (Cambridge: Harvard University Press 2013).
- M. DeGirolami, 'What Comes After Religious Freedom?', *PluRel*, 25/09/2013, available at: <http://blogg.uio.no/prosjekter/plurel/content/what-comes-after-religious-freedom>.
- S. Ferrari (ed.), *Routledge Handbook of Law and Religion* (Routledge 2015)
- G.C. Freeman, 'The Misguided Search for the Constitutional Definition of "Religion"', *Georgetown Law Journal*, 6, 71, 1983, p.1519-1565
- K. Greenawalt, 'Religion as a Concept in Constitutional Law', *California Law Review*, 72, 5, 1984, p. 753-816
- T.J. Gunn, 'The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law', in *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, pp. 189-215.
- A. Koppelman, 'The Story of Welsh v. United States: Elliot Welsh's Two Religious Tests', *Northwestern Public Law Research Paper* 12-34, 2012, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2189269](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189269)
- B. Leiter, *Why Tolerate Religion?*, Princeton, Princeton University Press, 2012
- M.L. Movsesian, 'Defining Religion in American Law: Psychic Sophie and the Rise of Nones', *ReligioWest working paper RSCAS* 2014/19
- J. Ogilvy, 'The Global Spread of Individualism', *Stratfor*, 14/10/2015, available at: <https://www.stratfor.com/weekly/global-spread-individualism>

---

<sup>74</sup> *Jacobellis vs. Ohio*, 378 US 184 (1964).

<sup>75</sup> *Ibid.* Judge Potter Stewart wrote in his opinion: "I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description ['hard-core pornography'], and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But *I know it when I see it*, and the motion picture involved in this case is not that".

- Pew Forum, *America's changing religious landscape*, available at: <http://www.pewforum.org/2015/05/12/americas-changing-religious-landscape/>
- O. Roy, *Holy Ignorance. When Religion and Culture Part Ways*, (New York: Columbia University Press, 2010).
- M.V. Sanderson, ‘Objective Criteria for Defining Religion for the First Amendment’, *Toledo Law Review*, 11, 1979-1980, pp. 988-1018
- M. Schwartzman, ‘What If Religion Is Not Special?’, *University of Chicago Law Review*, 79, 2012, p. 1352–1427
- E. Shakman-Hurd, *Beyond Religious Freedom. The New Global Politics of Religion*, (Princeton: Princeton University Press 2015)
- W.F. Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom* (Princeton: Princeton University Press, 2005)
- W.F. Sullivan, ‘We Are All Religious Now. Again’, *Social Research: An International Quarterly*, 76, 4, 2009, p. 1181–1198
- N. Tebbe, ‘Nonbelievers’, *Virginia Law Review*, 97, 2011, p. 1111–1180
- S.L. Worthing, “Religion” and “Religious Institutions” under the First Amendment’, *Pepperdine Law Review*, 7, 2, 1980, pp. 313-353.
- L. Zucca, ‘A New Legal Definition of Religion’, *I-CONnect Blog*, 23/7/2015



# *Defining religion: the Supreme Court of India and the 'Essential Practice of Religion' Doctrine*

VALENTINA RITA SCOTTI

## 1. *Introduction*

The definition of the role religion should play in the public sphere has acquired great relevance in the Union of India since the constituent debates and involved also the adjudication of the Supreme Court. Due to the central position religion has in regulating the social life of the Indian communities, indeed, the Court has often to deal with the possible violation of the rights and principles affirmed in the Constitution deriving from the application of religious prescriptions. Therefore, the Court elaborated the 'essential practice of religion' doctrine, allowing for ascertaining which elements are fundamental for a religious practice and which may be considered as mere superstition, and thus may be purged through an intervention of the State without infringing the principle of State neutrality in religious affairs.

Willing to analyze how the doctrine developed and has been applied, a brief presentation of the Indian context and of the constituent debates on religion are provided before to deal with the relevant case-law. Some concluding remarks on the role the doctrine has had in ensuring the respect of secularism are finally proposed.

## 2. *Handle with care: the role of religions in the Union of India*

Religions have always had a strong influence in the public life of the country. Though the Hindu 'way of life' strongly affected the social structure of the population all along India's history, during the Mughal Empire (1526-1720) a Muslim elite dominated over the country<sup>1</sup> and also Islam permeated the law and the culture of Indian people. Then, during the British colonization (1757-1947) the coexistence of the charge of King with that of

---

<sup>1</sup> M. Lapidus, *A History of Islamic Societies* (3rd edn, CUP, New York 2014), 391-413.

Chief of the Church of England produced some consequences on the status of Christians. Furthermore, under the British rule, on matters of personal status religious pluralism was recognized and each community was entitled to regulating its life according to the prescriptions of its own religion until they do not infringe the quietness of the 'civilizers'.

Indeed, at the moment of the independence (1947), while suffering for the partition of the country establishing two Muslim entities at the borders and for the clashes between Muslim and Hindus inside them, India's founding fathers had to approve a Constitution able to preserve the huge variety of languages and of ethnic and religious groups at the same time providing for principles able to ensure equality and non-discrimination. The result was a long and very detailed Constitution (1949).<sup>2</sup>

Aware that religions play a major role in the self-identification of groups, framers had first to face the need for a 'correct meaning of religion', willing to respect religious pluralism as well as the principle of secularism they tried to entrench in the fundamental Charter.<sup>3</sup> On this point, different positions arose. Bhimrao Ramji Ambedkar<sup>4</sup> proposed to leave little room for religions in the public sphere, while Kanaiyalal Maneklal Munshi<sup>5</sup> suggested a recognition of the strong relevance religions have for Indian people. The final prevailing position was advanced by Jawaharlal Nehru,<sup>6</sup> proposing the equal respect and recognition of all religions practiced in the country according to a principle of secularism which protects them until they do not interfere with each other or with the basic conceptions of the State itself. As it will be clarified henceforth in this paper, however, the Supreme Court seemed to take into account even Ambedkar's proposal, notably when he stated that 'there is nothing extraordinary in saying that we ought to strive hereafter to limit the definition of religion in such a manner that we shall not extend it beyond beliefs and such rituals as may be connected with ceremonials which

---

<sup>2</sup> On the drafting of the Indian Constitution, see: B.N. Rau, *India's Constitution in the Making* (Allied publishers, Bombay 1963); B.S. Rao et al., *The framing of India's constitution*, 5, (Indian Institute of Public Administration, Tripathi, Bombay 1968); S.C. Kashyap, *Our Constitution: An introduction to India's Constitution and constitutional law* (NBT India, New Delhi 1994).

<sup>3</sup> Secularism became a fundamental principle of the Constitution, recognized in art. 1 Const., after the amendment introduced in 1976.

<sup>4</sup> Ambedkar (14 April 1891 – 6 December 1956) was a jurist and an economist actively participating in the drafting of the Indian Constitution. He was also the first Law Minister of the independent India.

<sup>5</sup> Munshi (30 December 1887 – 8 February 1971), educationist and lawyer, was member of the Indian Constituent Assembly.

<sup>6</sup> Nehru (14 November 1889 – 27 May 1964) was the political and spiritual heir of Gandhi and was the first Prime Minister of the independent India. He also served as a member of the Indian Constituent Assembly.

are essentially religious'.<sup>7</sup> This statement, indeed, was at the base of the 'essential practice of religion' doctrine the Supreme Court elaborated.

Both the intention of framers and of the Supreme Court was to provide the country with a legal system able to overcome the inequalities suffered by the population, with a specific attention to those discriminations deriving from the Hindu castes system<sup>8</sup> and from the previous treatment of religious minorities.<sup>9</sup> Therefore, the complexity deriving from such a pluralism made necessary to entrench in the Charter a principle of equality designed as the prohibition of discriminatory treatments among groups and minorities, and based on the neutrality of the State toward any religious belief. Nevertheless, having regard to the peculiarities of the country, the Constitution imposes the latter also the duty of eliminating all the obstacles to the enjoyment of fundamental rights for people that had been historically subject to traditional cultural and religious dogmas.<sup>10</sup>

### 3. *The Indian Constitution and the provisions ruling religions*

Although the general approach of the Constitution was based on secularism, it was only in 1976 that the 42nd amendment introduced secularism as a founding principle of the State, both in the Preamble and in art. 1. This amendment also reaffirmed the intent of the State to be neutral toward all religious belongings, already stated in articles from 25 to 28 of the Constitution, grouped under a specific section denominated 'Right to freedom of religion'.<sup>11</sup> Notably, the State shall not compel any person to pay taxes that shall be used to foster a particular religion (art. 27) and no religious teaching shall be provided in any educational institution that is wholly funded by the State (art. 28). The Charter also states that all persons are equally entitled to freedom of conscience and to the right to freely profess, practice and propagate religion, subject to public order, morality, health and to the existing or

---

<sup>7</sup> See Constituent Assembly Debates, 507-8, cit. in G.J. Jacobsohn, *The Wheel of Law: India's Secularism in Comparative Constitutional Context*, (Princeton, Princeton University Press 2009) 98.

<sup>8</sup> See G. Shah (ed), *Caste and Democratic Politics in India* (Anthem Press, London 2004).

<sup>9</sup> Indian population is religiously divided among Hindus (79.8%), Muslims (14.2%), Christians (2.3%) and Sikhs (1.7%) (CIA Factbook, 2011).

<sup>10</sup> F. Alicino, 'Libertà religiosa e principio di laicità in India', in D. Amirante, C. Decaro, E. Poestl (eds), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi* (Giappichelli, Torino 2013) 196.

<sup>11</sup> See: M. Mohsin, M. Alam, 'Constructing Secularism: Separating 'Religion' and 'State' under the Indian Constitution' (2009) 11 *Australian Journal of Asian Law* 29, 55 and M. Sankhdher, *Secularism in India* (Delhi, Deep&Deep Publication 2006).

future laws made by the State to regulate or restrict any economic, financial, political or other secular activity associated to religious practice or to provide for social welfare and reform or to open Hindu religious institutions to all classes of Hindus (art. 25).

Evidently, freedom of religion is designed as an intrinsically individual fact, which cannot be subject to any distinction between citizens and non-citizens or among individuals because of their social position. Nevertheless, this freedom can be limited if it hampers the achievement of the other tasks the Constitution aims to perform. Being inspired by art. 44, 2 of the 1937 Constitution of Eire, the Indian Charter introduces the possibility of limiting freedom of religion whether necessary for protecting public order, morality and health. It also makes a specific reference to the Indian context when imposing the principle of equality (art. 16 Const.) to Hinduism by abolishing the traditional division of the believers in castes, with a particular reference to the caste of the untouchables (art. 17 Const.).<sup>12</sup> The duty of ensuring equality is not only of the State, but also of citizens, compelled to 'promote harmony and the spirit of common brotherhood amongst all the people of India transcending religious, linguistic and regional or sectional diversities' (art. 51A).

Furthermore, the Constitution guarantees the freedom to manage religious affairs, affirming the rights of any religious denomination or of any section of it to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes, to manage its own affairs in religious matters and to acquire properties and administer them according to the law (art. 26). On this point, the content of art. 26 is noteworthy. It does not refer only to beliefs, but considers religious denominations and religious sections, thus giving a specific recognition to religious groups' internal divisions. At the same time, however, it imposes to a group of believers the obligation to obtain the legal identification as a religion in order to be considered as a religious denomination or as a section of it. But the Constitution remains completely silent on the discipline for obtaining this legal identification, devolving this task to the Supreme Court.

Finally, aiming at confirming the neutrality of the State, art. 60 of the Indian Constitution mirroring the US non-establishment clause (First

---

<sup>12</sup> On untouchability, see, among many others, M.K. Gandhi, *The removal of untouchability*, (2nd edn, Navajivan, Ahmedabad 1959), M. Galanter, 'Untouchability and the Law' (1969) *Economic and Political Weekly* 131-170, G.S. Sharma, *Legislation and cases on untouchability and scheduled castes in India* (Allied Publishers, Bombay 1975), S. Kumar Lal and U. Raj Naha, *Extent of Untouchability and Pattern of Discrimination* (Mittal, New Delhi 1990).

Amendment) and the tradition about oaths and affirmations established there, allows the President of the Union to quote or not the name of God in the oath she/he must pronounce before taking office. Actually, the non-establishment clause seems to influence the whole Constitution, where there is a total absence of references to an established Church or to a majoritarian religion.

#### 4. *The 'essential practice of religion' doctrine*

As mentioned, the Constitution attaches great relevance to the recognition of groups as religious denominations and, broadly, to the role they may play in the public arena, but fails to state a clear definition of what must be intended as religion. Therefore, this very difficult task felt among the duties of the Supreme Court. The latter has had to define 'religion' in order to state which practices may be eligible for constitutional protection, which are the limits of the independence of religious denominations, and which are the possible interference of state legislation on the activities of religious institutions.<sup>13</sup> In a nutshell, the lack of a definition in the Charter imposed the Court the duty to decide which elements are essentially religious, transforming it into an interpreter of the tenets of the faiths able to 'strike down those tenets that conflict with the dispensation of the Constitution'.<sup>14</sup>

With this aim, in the *Shirur Mutt* case,<sup>15</sup> the Court elaborated for the first time the so-called 'essential practice doctrine' in order to draw a red line between what are matters of religion and what are not, even looking at the US and Australian case-laws. Indeed, in this decision, the Court first discussed the definition of religion the US Supreme Court proposed in *Davis v. Beason*<sup>16</sup>, based on the distinction between the relation of an individual with his Creator (religion) and the forms of worship (mere practice), rejecting it because it was deemed as not consistent with the Indian context, where there are Buddhists or Jains who do not believe in God or in any Intelligent First Cause. Instead, the Indian Court, also recalling the influence of the

---

<sup>13</sup> R. Sen, 'Legalizing Religion: The Indian Supreme Court and Secularism' (2007) *Policy Studies* 30, 10.

<sup>14</sup> R. Dhavan and F. Nariman, 'The Supreme Court and the Group Life: Religious Freedom, Minority Groups and disadvantaged Communities', in B.N. Kirpal (ed), *Supreme but not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India* (Oxford University Press, Delhi 2000) 259.

<sup>15</sup> Commissioner, Hindu Religious Endowments, *Madras v. Sri Lakshminidra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt* (1954 SCR 1005).

<sup>16</sup> 133 U.S. 333 (1890).

Constitution of Eire in the drafting of articles 25 and 26 of the Indian Constitution, relied on the decision *Adelaide Company of Jehovah's Witnesses v. Commonwealth*,<sup>17</sup> where Australian judges affirmed that the Constitution protects both the religious opinions and the acts done in pursuance of a religious belief. On this ground, the Supreme Court of India affirmed that 'rituals and observances, ceremonies and modes of worship are regarded as integral parts of religion' and religious denominations behaviors must be considered in order to ascertain the essential practices of their own religion, the State protects until they do not infringe the limits provided by articles 25 and 26 of the Constitution.<sup>18</sup> *Shirur Mutt* therefore became a landmark case for the Court. Following its rationale, the Supreme Court overturned the 1953 Bombay High Court's decision in *Ratilal*<sup>19</sup> – where Justice Chagla observed that the Constitution intends as religion only 'whatever binds a man to his own conscience and whatever moral and ethical principles regulate the lives of men' – and also its own decision in *Saraswathi Ammal*,<sup>20</sup> on the wives practice to set up a perpetuity to have worships at the burial places of their husbands. In this latter case, the Court deeply analyzed Hindu scriptures in order to affirm that a practice in order to be defined as a 'religious practice' has to be recognized by the society. Finally, as *Shirur Mutt* declared, with minor remarks, the constitutional legitimacy of the Madras Act regulating Hindus temples and institutions, it represented the precedent for deciding on the following appeals on the consistency with the Constitution of the acts regulating religious affairs.<sup>21</sup>

Once established, the 'essential practice of religion' doctrine became the main test in Court's adjudications on the topic. For instance, the Court used it in *Sri Venkatramana Devaru*,<sup>22</sup> when it had to decide whether the exclusion of some people, the untouchables, from entering in a Hindu temple could be considered as an essential part of Hinduism. The case originated from the castes division of the Hinduist tradition and put in question the attempt of the State to implement concretely the principle of equality. The Court

---

<sup>17</sup> 67 CLR 116 (1943).

<sup>18</sup> C. Mudaliar, *the Secular State and Religious Institutions in India: A Study of the Administration of Hindu Public Religious Trusts in Madras*, (Schriftenreihe des Sudasien-Instituts der Universitat Heidelberg, Steiner Verlag, Stuttgart, 1974).

<sup>19</sup> *Ratilal Panachand Gandhi v. State of Bombay* case (1954 SCR 1035).

<sup>20</sup> *Saraswathi Ammal v. Rajagopal Ammal* (1953, 2 MLJ 63).

<sup>21</sup> P.K. Triphathi, 'Secularism: Constitutional Provisions and Judicial Review', in G.S. Sharma (ed), *Secularism: Its Implications for Law and Life in India*, (N.M. Triphathi, Bombay 1966).

<sup>22</sup> *Sri Venkatramana Devaru v. State of Misore* (1954 S.C.R. 1046).

relied on the Privy Council's precedent *Sankarlinga Nadan v. Raja Rajeswara Dorai*<sup>23</sup> as well as on religious scriptures and on Hindu traditions. Indeed, the Court reminded that, although it was not conceived as an essential part of this religion according to the Upanishads,<sup>24</sup> the worship in a temple became an obligatory duty of the believers during the Puranic period,<sup>25</sup> and that the 28 Agamas<sup>26</sup>, when prescribing to the believers how a temple is to be built and where the idols are to be placed, clarify where the believers should stand. Then, the Court recalled that in the Privy Council's decision judges affirmed that 'under the ceremonial law pertaining to temple, who are entitled to enter them for worship and where they are entitled to stand and worship and how the worship is to be conducted are all matters of religion'. Indeed, once made clear the essentiality of the distinction among believers according to Hindus religious practices and the related need to protect it according to the provisions on freedom of religion, the Court had to ascertain whether it hampers the achievement of other duties of the State established by the Constitution, and notably the abolition of the untouchability (art. 17 of the Constitution) and the right of the State to open public temples to all Hindus (art. 25). Supreme judges therefore affirmed that art. 17 does not apply to denominational temples, distinguishing 'between excluding persons from temples open for purposes of worship to Hindu public in general on the ground that they belong to the excluded communities and excluding persons from denominational temples on the ground that they are not object within the benefit of the foundation'. On the contrary, they deemed art. 25 as applicable to all Hindus religious institutions, including denominational temples. Thus, the Court declared as unconstitutional the exclusion of the untouchables from a temple, but, in a minor concession to the Brahmins who founded the temple, allowed it during specific ceremonies to safeguard the distinction among believers whose essentiality has been recognized through the essential practice test. The relevance of this decision is self-evident. Here the Court based its judicial review on a structured interpretation of

---

<sup>23</sup> *Sankarlinga Nadan v. Raja Rajeswara Dorai*, 5 I.A. 176 (1908).

<sup>24</sup> Upanishads recollect texts of unknown author/s representing the philosophic tenets of Hinduism. Transcribed between 800 and 300 b. C., for long time they have been orally transmitted.

<sup>25</sup> The history of Hinduism is traditionally divided in different periods: the Vedic period, started from about 1750 b. C.; the formative period of Hinduism, between 800 b. C. and 200 b. C.; the Puranic period, from c. 200 b. C. to 500 A.D., also known as the 'Golden Age' of Hinduism, coinciding with the Gupta Empire; the Middle Ages, from roughly 650 to 1100, when the Islamic domination began.

<sup>26</sup> It is a collection of essays of Hindu devotional scholars, concerning philosophy as well as the religious practices believers have to follow in many field, such as meditation, yoga, mantras, temple construction and deity worship.

religious provisions, analyzing Hindu scriptures when defining whether the distinction among worshippers is essential or not for Hinduism, and taking the responsibility of deciding from which ceremonies untouchables may be excluded according to these sources.

More than sixty years later, this precedent is still valid, as confirmed by a 2016 Bombay High Court's decision,<sup>27</sup> ruling that the trustees of the Haji Ali tomb could not bar women from entering the inner sanctum. The Court, clearly recalling the Supreme Court reasoning, states that the constitutional protection of religions applies only to those rules that are 'an essential and integral part of the religion' and therefore, as the Koran does not prohibit women from entering mosques or tombs, the trustees of the Haji Ali Dargah Trust could not bar women from entering the inner sanctum nor pretend any constitutional protection for this ban.

The rules concerning temples, in effect, often gave the Court materials for applying the 'essential practice' test. For instance this was the case in *Durgah*,<sup>28</sup> when the Sufi Muslim Khadims of the shrine of Moinuddin Chishti in Ajmer<sup>29</sup> challenged the *Durgah Khawaja Saheb Act* of 1955 supposing it violated the religious rights of the Muslim Sufi Chishtia order by taking away their rights to manage the properties of the shrine and to receive offerings from pilgrims. In this occasion, Justice Gajendragadkar looked at the history of the Ajmer shrine and, even recognizing the Chishtia order as a religious denomination, affirmed that since the pre-Mughal period its administration had always been conducted by officials appointed by the State and thus the appealed Act was declared consistent with the Constitution and the violation of the religious rights was not recognized. The essential practice test was relevant for the note of caution introduced in the majority opinion, stating that sometimes there are practices, even secular ones, usually considered as part of a religion, which actually are just superstitions, unessential to the religion and hence excluded from the protection of the Constitution.

This reasoning evidently represents an interesting step forward for the Court, which not only confirmed its role in defining what is essential or not to the religion, but also recognized to itself the ability to rationalize religion and to purge it from mere superstitions.

---

<sup>27</sup> Bombay High Court, Public Interest Litigation n. 106/2014, 26 August 2016.

<sup>28</sup> *Durgah Committee v. Hussain Ali* (1961 AIR 1402).

<sup>29</sup> Moinuddin Chishti (1141 - 1236) was an Islamic scholar who worked as an Imam in South Asia and finally settled in Ajmer. He introduced the Chishti Order of Sufism in India and had, among his followers, several Mughal emperors.



In the same vein, in *Sardar Syedna*<sup>30</sup> concerning whether excommunication can be considered an essential practice for the Shia sect Dawoodi Bohra, the Court read Koranic provisions together with the principles affirmed in the 1948 Universal Declaration on Human Rights and argued that this kind of practice is contrary to both and also 'out of date in modern times'. Therefore, considering that excommunication may endanger the civil rights on property management of the excommunicated, the Court confirmed the legitimacy of the challenged *Bommay Act* prohibiting excommunication and rejected the appeal of the petitioner.

The issue of the distinction between superstition and religion came again into question in *Tilkayat Sri Govindlaji*,<sup>31</sup> when the Court, confirming its self-confidence in distinguishing secular and superstitious practices from religious ones, reiterated that the positions expressed on contentious practices of religions by the appellants cannot be considered as the true interpretation of what a community considers an integral part of its religion because the community itself may speak with more than one voice. Indeed, quoting again the Australian case *Adelaide Company* and affirming that what is religion to one believer may be superstition to another, the Court confirmed that it is its specific duty to analyze if the practice is an essential part of the religion, extricating religious practices from secular ones.

This attitude of the Court in deciding on very controversial cases by self-attributing the competence in ascertaining the content of a religious belief and the interpretation believers have to have remained constant in the case-law. In 2015, for instance, a three-judge bench rejected two public interest litigations (PIL), respectively filled by a catholic nun excluded from taking a test because of her refusal to take off the veil and by the Students Islamic Organization of India, on the ground that 'faith will not disappear' if one does not wear the veil for a short period with the aim of respecting rules established to ensure the fairness of a procedure.

The Court has used a strong, and often restrictive approach, also when deciding on the recognition of the status of religious denomination to some groups. In *Shastri Yagnapurushdasji v. Muldas*, the Court affirmed that the claim of this Satsangis group to be recognized as an independent denomination following the teaching of Swaminarayan was 'founded on superstition, ignorance and complete misunderstanding of the true teaching of Hindu religion and of the real significance of the tenets and philosophy taught by

---

<sup>30</sup> *Sardar Syedna Taber Saifuddin Sabeel vs. State of Bombay* (1962 SCR Supl. (2) 496).

<sup>31</sup> *Tilkayat Sri Govindlaji v. State of Rajasthan* (1964 SCR (1) 561).

Swaminarayan himself'.<sup>32</sup> The decision of the Court to refuse the recognition as religious denomination to this group, however, may be considered a consequence of the consolidation of its case-law, which progressively resulted in a conservative attitude excluding several religious groups from obtaining the official identification as religious denomination. It was particularly evident in *S.P. Mittal*,<sup>33</sup> when the majority opinion ruled that 'the teaching of Sri Aurobindo represented only his philosophy and not a religion', therefore denying his followers the religious denomination status. Nevertheless, Justice Chinnappa Reddy, the author of the minority opinion, put in the pillory the decision of the Court by arguing that the concept of religion cannot be 'confined to traditional, established, well-known and popular religion', explicitly referring to Hinduism, Islamism, Buddhism and Christianity, but must be interpreted in an expansive way.

Despite this objection, the Court continued to follow the conservative approach, as evident in the series of appeals concerning the Ananda Margis group and the recognition of the *tandava* dance. At first, in 1984 *Jagadishwaranand* case,<sup>34</sup> the Court recognized to Ananda Margis<sup>35</sup> the religious denomination status and affirmed that its typical dance, the *tandava*,<sup>36</sup> is part of the related rites but, because of the recent affirmation of this worship, the dance cannot be considered among its essential elements. However, in 1990 the Calcutta High Court unsuccessfully asked the Supreme Court to reconsider the decision, taking into account that *tandava* was mentioned in Hindu literature, which the Court should carefully consider in order to avoid that 'religious practice would become what the courts wish the practice to be'. Then, in *Commissioner of Police vs Acharya J. Avadhuta* (2004),<sup>37</sup> the Supreme Court discussed again the issue denying once more to *tandava* the qualification of essential element. Though the majority opinion considered *tandava* as a simple superstructure and not an essential part of the religion – which in the opinion

---

<sup>32</sup> 1966 SCR (3) 242. Etymologically, *satsang* means "meeting for seeking the truth". As in Hinduism the convention of a group for common meditation and prays is considered among the means to reach the salvation, the establishment of several groups following the teaching of a specific leader is a common practice among the believers.

<sup>33</sup> *S.P. Mittal v. Union of India* (1983 SCR (1) 729).

<sup>34</sup> *Jagadishwaranand v. Police Commissioner*, Calcutta (1984 SCR (1) 447)

<sup>35</sup> Spiritual community, whose name roughly means 'for the diffusion of the bliss path', founded during the first half of the Fifties by Prabhat Ranjan Sarkar in the Indian State of Bihar.

<sup>36</sup> The name indicates the dance Shiva did to begin the circle "creation, preservation, dissolution". In its Ananda version, it commemorates the creation of the universe.

<sup>37</sup> *Commissioner of Police vs Acharya J. Avadhuta* (case n. 6230 of 1990, decided by the Supreme Court on 11 March 2004).

of the Court have to be composed by the core belief and by those practices fundamental to follow the belief – the dissenting opinion arose some doubts on such a rigid application of the test. Notably, Justice Lakshmanan underlined that since essential practices are those ‘accepted by the followers of such a spiritual head as a method of achieving their spiritual uplifting, the fact that such practice was recently introduced cannot make it any the less a matter of religion’.

In the light of this restrictive approach in the identification of the essential elements of a religion, the Court also affirmed that the management of religious institutions is not an essential part of religious practices, thus enlarging the State’s influence on them. In *Bramachair Sidheswar Bhai*,<sup>38</sup> the Court stated that the establishment of educational institutions for the Ramakrishna Mission is not an essential practice of this religious denomination as well as the customary procedures to nominate the head of said educational institutions, so that the State may intervene in the selection procedures without infringing the constitutional provision on freedom of religion. Similarly, in *A.S. Narayana Deekshitulu*,<sup>39</sup> the Court affirmed that the appointment of the head of a Hindu temple according to hereditary rules does not represent an essential part of the worship; hence, the State’s intervention in this field must be considered consistent with the Constitution. Finally, following the same reasoning, in *Pannalal Bansilal Patil*<sup>40</sup> the administration of religious institutions was defined as a secular activity, out of religious practices.

## 5. Concluding remarks

The ‘essential elements of religion’ doctrine represents a very relevant tool for the evolution of the interpretation of a fundamental principle, secularism, which has played a pivotal role in the definition of post-colonial India’s identity.

Indeed, when establishing it during the Fifties, the Court seemed to strictly follow Nehru’s idea of a free play for all religions, rejecting a too narrow definition of religion and allowing each religious denomination to define the essential practice of its worship. In the following decade, however, the Court recognized protection only to those religious practices suitable for

---

<sup>38</sup> *Bramachair Sidheswar Bhai vs State of West Bengal* (1995 SCC (4) 646).

<sup>39</sup> *A.S. Narayana Deekshitulu v. State of A.P.* (1996 SC 1765).

<sup>40</sup> *Pannalal Bansilal Patil v. State of A.P.* (1996 SC 1023).

modernization, thus stating a strong distinction between religion and superstition notwithstanding the opinion of the concerned religious denominations. During this period, the consistency with constitutional provisions of the Acts regulating the intervention of the State in the administration of temples was also affirmed. Such interpretation consolidated during the Eighties and the Nineties, probably because of the increasing political influence of Hindu nationalism,<sup>41</sup> which shifted the Court's role from the interpretation of the content of religion and the purge of irrational elements to the legitimization of the State intervention in religious affairs.<sup>42</sup>

In effect, in a general perspective, the consolidation of Hindu nationalism represents a great challenge for the Court, which already in 1994 had to remind the relevance secularism has had for the definition of the Union and to highlight that 'The ideal of a secular State in the sense of a State which treats all religions alike and displays benevolence towards them is in a way more suited to the Indian environment and climate than that of a truly secular State by which [is] meant a state which creates complete separation between religion and the State'.<sup>43</sup> Actually, the Court not always proved to be immune from the influence of the rising Hindu nationalism, as demonstrated in *M. Ismail Faruqui v. Union of India*,<sup>44</sup> when Justice Verma, charged to write the majority opinion, in spite of the will of safeguarding the idea of secularism entrenched in the Indian Constitution, finally supported its interpretation according to the Hindu approach, at the point of quoting a speech of the then Indian President Shankar Dayal Sharma stating that Indian secularism has been drawn mainly on Hindu scriptures, whose principle of religious toleration represents an integral feature of Indian secularism.<sup>45</sup>

Therefore, it is possible to agree with the Indian legal doctrine that the 'essential practice of religion' test allowed the Court for solving several issues deriving from the vagueness of the Constitution, such as defining which practices are deemed to be constitutionally protected as expression

---

<sup>41</sup> I chose to use this translation for the concept of *Hindutva*, which actually expresses the idea of a dominant Hindu majority tied up by common ethnicity, language and religion.

<sup>42</sup> See R. Sen, *Legalizing Religion*, 29.

<sup>43</sup> *S.R. Bommai v. Union of India*, (1994) 2 S.C.C. 1, at 146. In *Bommai* the Court also states that secularism is part of the basic structure of the Constitution, another fundamental doctrine the Court elaborated in the mid-50s.

<sup>44</sup> 1995 S.C. 605.

<sup>45</sup> For a comment on this interpretation of secularism by Supreme Court and on the influence of Hindu nationalism on its adjudications, see R. Kapur, 'The 'Ayodhya' Case: Hindu Majoritarianism and the Right to Religious Liberty' (2014) *Maryland Journal of International Law* 29, 305-365.

of the religious freedom or legitimizing the public purposes of the State, but at the same time it introduces a sort of arbitrariness in the hand of judges.<sup>46</sup> Nevertheless, the latter is a peculiarity existing not only in India, as almost in every country when Courts have to judge on claims concerning religion they finally have to ascertain what is essential to that tradition and what is not.<sup>47</sup>

In this difficult and sometimes arbitrary task, previous adjudications of homologues may represent points of reference. For this latter reason, the doctrine elaborated in India is also relevant when studying the effect of cross-fertilization,<sup>48</sup> both because of the foreign influences discussed for its elaboration and for its migration in other legal systems, notably in Pakistan and Malaysia.<sup>49</sup> Such a circulation of models demonstrates the impact that globalization has had on Courts' adjudications,<sup>50</sup> as they cannot avoid of discussing the comparative arguments put forward by the appellants nor of relying on foreign precedents and doctrines when concerning the same topic they are adjudicating. However, although it is true that 'those who interpret local constitutional traditions take a lively interest in how their counterparts in other jurisdictions interpret their own traditions',<sup>51</sup> it is worthy to note that Indian interpreters are not prone to a simply reception nor they merely cherry-pick only those decisions that may fit with their point of view.<sup>52</sup> Indian judges deeply discuss foreign interpretations and, when deciding to follow them, they provide adaptations to domestic situations. Thus, when deemed appropriate, the comparative and foreign arguments become tools for interpreting national provisions in the light of international standards or trends.

---

<sup>46</sup> See J.D.M. Derrett, *Religion, Law and the State in India* (London: Faber and Faber, 1968); P.B. Mehta, 'Passion and Constraint: Courts and the Regulation of Religious Meaning' in R. Bhargava (ed.) *Politics and Ethics of the Indian Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 2008).

<sup>47</sup> W. Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom* (Princeton, Princeton University Press, 2005). The most evident proof of this assumption is represented by the case-law of the European Court of Human Rights on the wearing of the Islamic headscarf.

<sup>48</sup> See: S. Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge, Cambridge University Press 2006).

<sup>49</sup> I discussed this migration in V.R. Scotti, The 'Essential Practice of Religion' Doctrine in India and its application in Pakistan and Malaysia (2016) *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* 5.

<sup>50</sup> See A. Slaughter, 'A Global Community of Courts' (2003) *Harvard International Law Journal* 44; A. Slaughter A., *A New World Order* (Princeton, Princeton University Press 2004).

<sup>51</sup> A. Brudner, *Constitutional Goods* (Oxford, Oxford University Press 2004), viii.

<sup>52</sup> On the foreign models 'inspiring' the Constitution of India, see V.R. Scotti, 'India: a 'critical' use of foreign precedents in constitutional adjudication', in T. Groppi and M-C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Hart, Oxford 2013).

Conclusively, it may be argued that, though passible of some criticism, the 'essential elements of religion' doctrine is another sign, together with the renowned 'basic structure of the Constitution' doctrine, of the activism of the Indian Supreme Court and of its contribution to the definition of the pillars of the independent India's legal system.

# *Approach of the Supreme Court of India on Socio-Religious Reforms in Hindu Religion*

R. SRINIVASAN

## 1. *Introduction*

The modern socio-religious reforms of Hindu religion began with *Raja Ram Mohan Roy*.<sup>1</sup> It initiates the new ways of life and modes of behavior in the existing social structure. It opposed the inhuman and superstitious beliefs like 'sati', 'kulunism', and 'widow remarriage' practices in the Hindu religion.<sup>2</sup> It rationalized the Hindu religious beliefs and faith and opposed the inhuman and superstitious beliefs. It distinguishes the essential practices of Hinduism from the non-essentials and tried to synthesize the age-old Hindu values with the rational principles. In late 1915, the social reform movements are transformed into National Movements and fight for independence. After independence in 1947, the members of the national movements represented in the Constituent Assembly recommended incorporating the socio-religious reformatory provisions in the Constitution document. Some provisions are 'equality before the law' and 'equal protection of law' under Article 14, 'no discrimination based on religion' under Article 15 in general and in public employment service in particular in 16, 'abolition of untouchable' in Article 17<sup>3</sup>, 'freedom of speech and expression' in Article 19(1) (a), 'freely profess, practice and propagate religion' under Article 25 and 'establish, administer and maintain institutions' under Article 26 of the

---

<sup>1</sup> Raja Ram Mohan Roy was the founder of *Arya samaj* established as socio-religious movement in India in the early 19<sup>th</sup> century.

<sup>2</sup> Torkel Brekke, "The Concept of Religion and Debate on the Rights of Women in the Constitutional Debates of India", *Nordic Journal of Religion and Society* (2009), 22 (1): 71-85.

<sup>3</sup> Untouchability and its origin is in '*varna vyavastha*'. High Caste Hindu did not like to touch lower caste Hindus associated with sweeping job. This is the social evil dealt so heavily by the Constitution. Initially Parliament enacted Untouchability Offences Act, 1955 and it was renamed as Protection of Civil Rights Act, 1955.

Constitution.<sup>4</sup>

On 2<sup>nd</sup> December, 1948, B.R. Ambedkar delivered a speech in the Constituent Assembly when the word ‘profess’, ‘practice’ and ‘propagate’ religion were inserted in the Article 25 of the Constitution as follows:

*“The religious conceptions in this country are so vast that they cover every aspect of life, from birth to death. There is nothing, which is not religion and if personal law is to be saved, I am sure about it that in social matters. we will come to a standstill. I do not think it is possible to accept a position of that sort. There is nothing extraordinary in saying that we ought to strive hereafter to limit the definition of religion in such a manner that we shall not extend beyond beliefs and such rituals as may be connected with ceremonials, which are essentially religious. It is not necessary that the sort of laws, for instance, laws relating to tenancy or laws relating to succession should be governed by religion.”<sup>5</sup>*

B.R. Ambedkar strongly believed that the religion plays a vital role from the cradle to grave in human life. While delivering his argument, he purposefully used the term ‘essentially religious’ to avoid the westernized perception of separation of religious activities from the secular activities of the State. He inserted the word ‘essentially’ under Clause (1) of Article 25 to expand the ambit of judicial interpretation based on public order, morality and health to balancing essential practices secularly. The Clause (2) of Article 25 enables the State to regulating, economic, political or other secular activity, which may be associated with religious practice through any existing law or making any law. Similarly, it also empowers the State for making social welfare and reform and open Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus.

---

<sup>4</sup> The Indian Constitution Article 25 conferred: **Freedom of conscience and free profession, practice and propagation of religion:** (1) Subject to public order, morality and health and to the other provisions of this Part, all persons are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practice and propagate religion. (2) Nothing in this article shall affect the operation of any existing law or prevent the State from making any law- (a) regulating or restricting any economic, financial, political or other secular activity which may be associated with religious practice; (b) providing for social welfare and reform or the throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus. Article 26 conferred that: **Freedom to manage religious affairs:** Subject to public order, morality and health, every religious denomination or any section thereof shall have the right- (a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes; (b) to manage its own affairs in matters of religion; (c) to own and acquire movable and immovable property; and (d) to administer such property in accordance with law.

<sup>5</sup> Christophe Jaffrelot, **Composite Culture is not Multiculturalism: A Study of the Indian Constituent Assembly Debates**, In *India and the Politics of Developing Countries*, (ed) Ashutosh Varshney, New Delhi: Sage Publications, 2004.



Further the legislatures in India implemented social welfare reforms, although certain evil practices like temple entry of untouchables, hereditary priesthood, 'superstitious belief and faith' etc. persist in the country. Hence the Judiciary in India initiated an enquiry into whether the impugned practice is an 'essential practice' or not and throws away regressive practices based on superstition and accretion for long time. Since 1950, the commencement of the Constitution the 'essential practices' of the Hindu religion has been consistently interpreted by the High Courts and the Supreme Court of India. It discards the non-essential practices from the essential practices and takes on the task of re-characterizing the Hinduism.

*Dhavan* and *Nariman* insightfully noted the process of interpretation of the Court as follows: 'Judges are now endowed with a three-step inquiry to determine, in tandem, whether a claim was religious at all, whether it was essential for the faith and perforce, whether, even if essential, it complied with the public interest and reformist requirements of the Constitution.'<sup>6</sup> Naturally, for these reasons, the doctrine has met with fierce criticism. It is argued that the Judiciary neither possessed nor legitimate to decide, what constitute the religion? In this background, the research work analyzed the approach of the Supreme Court of India in legalizing the 'essential practices' of Hindu religion from the regressive practices of the temple entry of untouchables, superstitious beliefs and faith and appointment of hereditary priesthood.

## 2. *Practice of temple entry of untouchables:*

Since the time immemorial, the casteism is widely existed among the Hindu religion. The '*madathipathis*', *deekshithars*' (Pontiffs) of the temples were chosen from the upper caste. The lower caste people were prevented from entry in the temple, in spite of the opposition from social and religious reform movements in the earlier 19th century. It insists the framers of the Indian Constitution to insert the reformatory provisions in the Constitution like "throwing open of Hindu religious institutions of a public character to all classes and sections of Hindus ....State to regulate or restrict ... other secular activities, which may be associated with religious practices. In spite of that the discriminations are rooted in the system, and it is slowly standing apart by the Court's interpretation.

The right of the lower caste people, to enter the temples was questioned

---

<sup>6</sup> Dhavan and Nariman, *The Supreme Court and Group Life: Religious Freedom, Minority Groups and Disadvantaged Communities*, p.260.

in the Supreme Court in *Shirur Mutt case* in 1954.<sup>7</sup> The central question was “what constitute religious practices?” and “Is such practice can exclude the participation of lower caste?” It is the first time the Court formulated the doctrine of essentials of religion as a code of ethical rules framed by the head of the priesthood, but also includes rituals, observances, ceremonies and modes of worship as integral part and as well held that the ‘essentials of religion’ are subjected to the self-satisfaction of the religion and not the satisfaction for the individuals. It is the first case drew the line between ‘what are the essentials of the Hindu Religion’ and ‘what are not?’ based upon the common law principles like ‘justice’, ‘equity’ and ‘good conscience’. This judgement enabled the entry of the lower caste people into the temples in India.

Once again, the issue was incidentally questioned before the Supreme Court in *Sri Venkataramana Devaru case*.<sup>8</sup> In this, the substantial question of law raised is the rights of religious denomination to manage the affairs of the religion and the competency of the State to make laws in relate to social welfare and reforms, which allows the entry of lower caste people to the temple. The former is related to rights of religious denomination and the latter is on rights to the individual and each of them is not subjected to one another. If one right is accepted the object of other will be defeated. It is the first time in this case; the Court applied the principle of ‘*harmonious construction*’ and held that the general public’s are not excluded for religious worship, including lower caste people, but it excluded them in performance of certain religious services as an essential matter of religious denominations. The approach was continued in *Sardar Sarup Sing case*, where the Court asserted that right of religious denominations to manage its own affairs needed not to include the prevention of lower caste people to enter the temple.<sup>9</sup> The trend of rational approach of the judiciary continued in *Shastri Yagnapurushdasji case*.<sup>10</sup> In this ‘*sastangis*’ a religious denomination claimed as a separate religious group it had the right to manage the religious affairs, including the prohibition of entry of ‘*harijans*’ into the temple. However, the Court did not accept the claim of ‘*sastangis*’. It has held that it is ‘irrational’ and against the secular practice.

---

<sup>7</sup> AIR 1954 SC 282.

<sup>8</sup> *Sri Venkataramana Devaru v. State of Mysore*, AIR 1958 SC 255.

<sup>9</sup> *Sardar Sarup Devaru v. State of Mysore*, AIR 1958 SC 255.

<sup>10</sup> *Shastri Sarup Singh v. State of Punjab*, AIR 1958 SC 255.

### 3. *Marginalization of Superstitious belief and faith*

The Superstitious beliefs and faith are widely spreads in India, and it is glorified by the religions. Such belief and faith are finding their way into the religious sculpture and religious texts. The Article 51-A (h) of the Constitution of India imposes fundamental duty to develop the scientific temper, humanism and the spirit of inquiry and reform to the citizens. But certain practices like *sati*, animal sacrifices, *vastu sastra* and *tarot* cards are still persisting among the Hindus, which remind dark ages. To marginalize such superstitious belief and faith, the Parliament enacted laws on abolition of Sati and prohibition of Witch-hunting, Animal Slaughtering, etc.

*Mohammed Ghouse* insightfully noted that in America, the law relating to a superstitious belief and faith will be valid if it is secular, even though it invades the essentials of religion. But in India, a law relating to the superstitious belief and faith will be valid though serves no secular purpose, but not against the doctrine of essentials of religion.<sup>11</sup> In 1960s, it is necessary for the judiciary to enquire into religiousness of both the parties if any question about determining the religious practices arises. The Court should keep in mind while determining any case as to what is injured is a superstitious belief or unessential features of a religion.

In 1963, *Tilakayat Shri Govindalaji Maharaj case*, the Court distinct the 'superstitious belief and faith' and 'essential religious practices.' In this case, the Nathdwara temple is private temple established and administered by *vallabh* denomination. It prohibited the participation of other caste people, including *harijans*. In this case, the Court rationalizes the concept of religion and marginalizing the practice which is conflicting with the interest of society. So in this period the Court shifted from 'superstitious belief and faith' to 'real perception of religion'.<sup>12</sup>

The people from the Hindu religion strongly believed in *vastu sastra* for constructing the new houses and astrology to know their future life. Recently, the University Grants Commission, a nodal agency for regulating the education in India under the Ministry of Human Resource and Development introduced a new course on astrology in the Universities and Colleges as pseudo-science. The entire course is based on superstitious belief and faith, and it was widely opposed by the Indian Scientific community. In the meantime, it was challenged before the Supreme Court in *P.M. Bhargava v.*

---

<sup>11</sup> Mohammed Ghouse, *Secularism Society Law and India*, p.133.

<sup>12</sup> AIR 1963 SC 1638.

*University Grants Commission* based on the ground that the course undermines India's scientific credibility.<sup>13</sup> Even so, the case was dismissed by the Court and stating that the petitioner's concerns were unfounded.

Another recent issue came before the Supreme Court is '*Santhara*', a ritual of voluntary systematic fasting to death to attain *moksha* practiced by the Jain community, and it was claimed as 'essential practice' of the religion. However, the Court held that the practice is based on the superstitious belief and faith had no valid source of information's like scriptures, preaching's, articles or practices followed by the Jain ascetics in practicing *Santhara* for the pursuit of immortality or *moksha*. Further it was observed that the right to take one's life, on the ground that right to end the life is a superstitious belief and treated it is an illegal and punishable act under Indian penal law.

#### 4. *Abolition of hereditary priesthood in the temples:*

In the year 1969 the 'Committee on Untouchability, Economic and Educational Development of the Schedule Castes' has suggested in its report for abolishing the hereditary priesthood in the Hindu Society should be abolished, that the system can be replaced by an ecclesiastical organization of men possessing the requisite educational qualifications which may be trained in recognised institutions in priesthood and the line should be open to all candidates irrespective of caste, creed or race. In purporting to introduce the social reform in the matter of appointment '*archakas*' and '*pujaris*' in the temple the Court district the 'religious service' from 'person who performs the service' after 1970s.

In the light of the recommendation of the committee, the Court abolished the hereditary principles of appointment of all the office holders in the temple in *His Holiness Srimad Perarulala Ethiraj Ramanujar Jeeyar Swami case*. The approach of the Court continued in *Vaishno Devi Shrine Case*, where Mata Vaishno Devi Act, 1988 was challenged.<sup>14</sup> The Act was passed for better management and governance of the temple and its endowment. The hereditary office of the priest was abolished, and provision was made for appointment of priests by the State. In this case, the Court made a distinction

---

<sup>13</sup> Civil Appeal 5886 of 2002 disposed on 5<sup>th</sup> May, 2004. Available at [www.indiankhanon-org/doc/697794/](http://www.indiankhanon-org/doc/697794/) and retrieved on 28.10.2015.

<sup>14</sup> The Commissioner, Hindu Religious Endowment, Madras v. Sri lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt, AIR 1954 SC 282.

between 'religious service' and the 'person who performs that service'.<sup>15</sup> The Court held that 'Religious service' is integral part of religious practice. It has to be discharged to only be a man of that creed according to tenets, customs and usages of that religion. If a man perform the service which is incidental to worship, but nor religious, can be regulated by the State. *Pujari, Shebaiti* and *Archak* are all public office and anybody is eligible and versed in the way of worship can do it. Further it was held that the occupant of that office performing rituals and ceremonies can draw salary from the State and held the Act as valid.

The question on distinction between 'religious service' and the 'person who performed that service' was continued in *A.S. Naraya Deekahitulu v. State of Andhra Pradesh*.<sup>16</sup> The Andhra Pradesh Charitable and Hindu Religious Endowment Act, 1987 was challenged. The Act abolished the hereditary right of 'archak' and other offices. The Court held that hereditary office of *archak* is not necessary or integral part of religious practice, but it is a secular activity. As such subject of restriction by State, *archak* is an employee of the temple. State can appoint 'Pujari' or 'archak' and he can be of any caste subscribing to that religion, sect or denomination. But it cannot be of any other 'creed'. But in both the cases, the 'religious service' was declared as integral part of religious practice. It has to be discharged only by a man of that religion. But 'person who performs that service' can be regulated by the State, because such services are incidental to worship. In 2002, the Court ended the controversy ended in *N. Adithayan v. Travancore Devaswom Board*, where it was found that a non-Brahmin community could be appointed as a 'archaka' in a particular temple, and it is not essential to that temple practice to appoint only a Brahmin community as 'archaka'.<sup>17</sup>

### 5. Redefining the 'essential practice' of religion:

In the pre-colonial period the doctrine of 'essential practice of religion' was based on 'justice, equity and good conscience'. After the commencement of the Constitution, it was articulated by *Mukherjea.J.*, in *Shriur Mutt*

---

<sup>15</sup> But in contradict to this view, the Kerala High Court in *G.Raman Nair v. State of Kerala*, the Court was of view that only the Hindu has right to manage the temple who is believer in God, believer in temple worship. Non-believer of God and temple worship has no right administer and manage a temple simply because he is a Hindu.

<sup>16</sup> AIR 1996 SC 1765.

<sup>17</sup> (2002) 8 SCC 106.

case as collection of individuals classed together under the same name; having a common faith and organized in a distinctive name and allow to carry its religious practices. Further for the question 'what constitutes an integral or essential part of religion', the Court determined that it is based on various tenets and doctrines of the religion.

In the same time the High Court in India put different gloss on things. The Allahabad High Court in *Ram Prasad Seth v. State of UP* rejected the contention that the Hindu religion allowed certain funeral rites for a deceased individual to be performed only by sons. Consequently, it was imperative for a Hindu individual to have a son, and sometimes. Bigamy was the sole way of achieving this. In response, the Court analysed certain important Hindu religious texts, and based on analysis, held that:

*"[bigamy] cannot be regarded as an integral part of a Hindu religion... the acts done in pursuance of a particular belief are as much part of the religion as belief itself but that to my mind does not lay down that polygamy in the circumstances such as of the present case is an essential part of the Hindu religion."* In the Mehrotra, J., further added that: *"A sharp distinction must be drawn between religious faith and belief and religious practices. What the State protects is religious faith and belief. If religious practices run counter to public order, morality or health or a policy of social welfare upon which the State has embarked, then the religious practices must give way before the good of the people of the State as a whole. It is rather difficult to accept the proposition that polygamy is an essential part of Hindu religion."*<sup>18</sup>

However, in *Ananda Margi case (I)* the Court observed that "whether the Ananda Margis had a fundamental right within the meaning of Article 25 or Article 26 to perform *Tandava* dance in public streets and public places.<sup>19</sup> The Court found that *Ananda Marga* was a distinct religious denomination, practicing Hindu religion, and it enjoys complete autonomy in the matter of deciding as to 'what rights and ceremonies are essential according to the tenets of the religion they hold' and outside authority has no jurisdiction to interfere with their decision in such matters. But when it was examined the question 'whether the *Tandava* dance was a religious rite or practice essential to the tenets of the '*Ananda Marga*' and found that it was not in existence when *Anand Marg* was entrenched. Based on the finding the Court conclu-

---

<sup>18</sup> AIR 1957 All.411.

<sup>19</sup> Acharya Jagadishwaranand Avadhuta v. The Commissioner of Police, Calcutta, AIR 1984 SC 1.

ded that the *Ananda Marga* had no fundamental right to perform *tandava* dance in public streets and public places in breach of public order.

But in the *Ananda Marga case (II)*, it was held that *Ananda Marga* is not a religion, but it is a religious denomination.<sup>20</sup> It is a philosophical teaching of *Sri Aurobindo*, and it has no right to perform '*Tandava*' dance as fundamental right under Article 25 and 26 of the Constitution. In this case, the Court re-examined the doctrine of 'essential practices of a religion,' and the approach of the Court is incorporated as follows:

*“What is meant by ‘an essential part or practices of a religion’ is now the matter for elucidation. Essential part of a religion means the core beliefs upon which a religion is founded. Essential practice means those practices that are fundamental to follow a religious belief. It is upon the cornerstone of essential parts or practices the superstructure of religion is built. Without which, a religion will be no religion. Test to determine whether a part or practice is essential to the religion is to find out ‘whether the nature of religion will be changed without that part or practice’. If the taking away of that part or practice could result in a fundamental change in the character of that religion or in its belief, then such part could be treated as an essential or integral part. There cannot be additions or subtractions to such part because, it is the very essence of that religion, and alterations will change its fundamental character. It is such permanent essential part is ‘what is protected by the Constitution’. Nobody can say that essential part or practice of one’s religion has changed from a particular date or by an event. Such alterable parts or practices are definitely not the ‘core’ of religion where the belief is based and religion is founded upon. It could only be treated as mere embellishments to the non-essential part or practices.”*

## 6. Conclusion

Hinduism is the majority religion in the secular India. It is segmented into different sects and castes. Historically, the people are separated as *Brahmin*, *Kshatriyas*, *Vaisyas* and *Sudras* and their professions are determined based on the respective caste. In the hierarchy of caste, the *Brahmin* is the higher caste of the Hindu religion, and it instructs the doctrine of essential practices of the religion through *sastras* and customary practices, etc. Hence the caste-based discrimination is persisting for centuries in the Hindu reli-

---

<sup>20</sup> *The Commissioner of Police, Calcutta v. Acharya Jagadishwaranand Avadhuta*, AIR 2004 SC 2984.

gion and the upper caste always discriminate the lower caste people based on *sastras* and customary practices. In those periods, Courts interpreted the doctrine of essentials of religion based on *sastras* and customary practices, and it was witnessed in *Gopala Moopnar case* in 1915, where it applied 'sastras' and 'customary practices' as sources of law to determining the doctrine of religion.

The trend was continued until the independence in 1947. However, the Constituent Assembly of India debated for a new perception of secularism in the west. It has neither pro-god nor anti-god, i.e. respect all religion and tolerant all religions. At the same time, it also addressed for the prohibition of caste-based discriminations for all including Hindu religion under Article 14, 15(1), 16(1), and 17 of the Indian Constitution apart from Article 25(1) (a). Further the Parliament of India enacted social welfare reforms based on the provisions. Even though the regressive practices like the temple entry of lower caste people, hereditary priesthood, superstitious beliefs and faith run through the Hindu religion. Such practices are regulated and restricted only by the Supreme Court of India from time to time.

After the commencement of the Constitution, the Supreme Court relied sculptures, religious texts and customary practices as the source for interpretation of doctrine of essentials. It was evident in *Saraswathi Ammal case*, in 1953 for the issue of perpetual dedications of the husband tomb as essential practices of Hindu religion. However, it was overturned in the next year in *Sabriur Mutt*. The Court relied the common law principles like justice, equity and conscience and expanded the doctrine which is cribbed, cabined and confined by code of ethical rules prescribed by the respective religious denominations, but also includes rituals, observances and ceremonies as integral part of religion and also held further that the doctrine of essential practices is based on self-satisfaction of the religion, not the interest of the individual. The approach of the Court widened the sphere of State to frame social welfare reformation laws include the entry of lower caste people into the temple. In the same year, the Bombay High Court in *Ratilal Panachand v. State of Bombay*, held that the essential of religion constitute individual conscience, moral and ethical principles. It was observed that: "*the essential religion is a matter of personal faith and belief, of personal relation of an individual with what he regards as his maker of his creator or the higher agency which he believes regulates the existence of sentient beings and the forces of the Universe.*"

However, it was reversed in appeal by the Supreme Court and held that the doctrine of religion includes worship, rituals and observations, which are primarily associated with the religion and not open to determine by any authority. This approach of the Supreme Court was in-



sightfully noted by *Jacobson* as ‘internal reinterpretation of religion’. Immediately in the next year, the Supreme Court devised the doctrine of ‘harmonious construction’ to interpret the rights of the religious denominations and power of the State to make social welfare reform laws. It diffuses the restrictive approach of the upper caste people to prevent the entry of lower caste people into the temple.

Similarly to achieve the mandate of Article 51A (h) of the Constitution, the Court marginalized the superstitious belief and faith practiced by the name of religion in late 1960s. It was witnessed in *Tilakayat Maharaj case*, where the Court applied rational approach in separating the essential practices of religion from superstitious belief and faith. It removed the discriminatory practices of upper and lower caste in the Hindu religion. Although such belief and faith were not completely removed. Recently, the Supreme Court rejected the ‘practice of santhara’ *Nikhil Soni v. Union of India*, as superstitious belief, and it is not an essential of religion.

Further the Court extended the rational approach in abolishing the appointment of hereditary priesthood based on caste in the Hindu religion in 1970s and 80s. It was appeared in *His Holiness Srimad Swamiyar case*, where the Court opened the priesthood to all caste and creed of the Hindu religion. Interestingly, in this period the Court also distinct the ‘religious service’ and ‘the person who performs the service’. Simultaneously, the Court shaped the definition of ‘essential practices of religion’ from *Shirur Mutt* to *Ananda Margi (II) case*, and it separated the religious preaching and philosophical teachings and held that denominations established under philosophical teachings could not be the availed freedom of religion. All these judgements enable the State to implement social and welfare laws by the name of public order, morality and health and show the good will towards all religion.

*Forme di vita e religione nel luteranesimo riformista  
del teologo danese Hal Koch.  
Dalla coscienza del popolo alla democrazia*

ALESSANDRO SERPE

1. *Introducendo*

Chi s'imbatte nello studio di Hal Koch non può non restar sorpreso del fatto che i suoi lavori, ognuno per sé stesso e tutti nel loro insieme, sembrano esibire una medesima cadenza: continuità di stile ed armoniosa correlazione fra le tematiche trattate. La teologia è la molla d'avvio delle sue indagini, il cristianesimo e la storia la forza di richiamo, la democrazia il punto di equilibrio e poi d'arrivo. Felici e utili, talvolta dissonanti, furono i suoi incontri con molte voci raffinate della teologia e della cultura storica, filosofica e giuridica nordeuropea. Le dense pagine degli scritti di Koch non devono essere lette disgiuntamente dal difficile contesto storico degli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso e dalla realtà politica e sociale della Danimarca del tempo.

Un' biografia intellettuale non può esimersi dal compito di ricongiungere i vari momenti dell'autore. Alcuni, o molti anche degli interessi coltivati da Koch ne resteranno inevitabilmente fuori: è naturale, è nella curvatura di sintesi prescelta. Questa ricerca non ha la pretesa di volersi esaustiva. L'intento è quello di cominciare a presentare la figura di un importante teologo danese poco noto al pubblico italiano, non fosse altro che per ragioni di lingua. Non è tutto. Le riflessioni di Koch, in particolar modo su cristianesimo e democrazia appaiono – con tutte le cautele che convengono – di grande valore diagnostico per il nostro presente.

2. *Hal Koch: i primi anni*

Hal Koch (1904-1963) nacque da una famiglia molto devota ricevendo una profonda e intellettualmente sofisticata educazione cristiana. Il pa-

dre, Hans Winding Koch (1867-1949) fu parroco dapprima ad Hellerup, un villaggio a nord di Copenhagen e, successivamente, a Nordby nell'isola di Fanø; il padrino, lo statista ed economista Harald Ludvig Westergaard (1853-1936), professore in scienza dello Stato presso l'Università della capitale danese ed autore del noto *Die Lehre von der Mortalität und Morbilität* (1901), fu cristiano credente e forte sostenitore d'un socialismo cristiano. Cristianesimo e cultura borghese, per il giovanissimo Koch, andarono, di necessità di un passo.

Era naturale, per una famiglia cristiana e borghese nella Danimarca della seconda decade del Novecento educare il figlio alla *Metropolitanskolen*, la prestigiosa ed elitaria scuola di formazione classica di Copenhagen. Siamo nel 1918. Tre anni dopo la conclusione della sua formazione liceale, Koch, appena diciassettenne, iniziava i suoi studi in teologia, filosofia della religione, dogmatica e storia della chiesa presso l'Università di Teologia. Prima ancora che la teologia cristiana, furono i lavori in storia del cristianesimo ad incantarlo: gli insegnamenti di Johannes Oskar Andersen (1866-1959) ed in particolare di Jens Nørregaard (1887-1953), storici e studiosi delle fonti, accesero nel giovane allievo un appassionato interesse. Koch si sarebbe, fin da allora, fatto carico di ritrovare il vivo pulsare dell'idea di cristianità nella storia. Appare chiara, sin dagli inizi, la sua devozione nella ricerca d'una storica effettualità della religione. Già nel suo primo lavoro *Det juridiske Grundlag for Kristenforfølgelserne i de første Aarhundreder*<sup>1</sup> (Il fondamento giuridico delle persecuzioni dei cristiani nei primi secoli), i rapporti tra diritto, politica e religione si stringono ad illuminare le vicende di aggressiva e sanguinosa intolleranza nei confronti dei cristiani nell'impero romano. Il giovanissimo Koch faceva valere la sua idea: la religione s'invera nella storia e la storia è il faro che rischiara la religione cristiana e le sue istituzioni. Il suo lavoro dottorale *Paranoia und Paideusis*, 1932, non solo riprendeva il rapporto tra storicità dell'esperienza religiosa e funzione della storia, ma svolgeva una critica metodologica nei confronti della dominante accademica teologia liberale e del pensiero metafisico. Durante il suo illuminante viaggio di studi a Tubinga, egli ebbe modo di leggere *Den kristna kärlekstanken genom tiderna. Eros och agape*<sup>2</sup> (L'idea cristiana di

---

<sup>1</sup> HAL KOCH, *Det juridiske Grundlag for Kristenforfølgelserne i de første Aarhundreder*, in *Teologisk Tidsskrift*, 4, 1927, pp. 257-294.

<sup>2</sup> ANDERS NYGRENS, *Den kristna kärlekstanken genom tiderna, eros och agape*, I, Svenska Kyrkans Diakonistyrelsen Bokförlag, Stokholm, 1930. Il lavoro fu tradotto in sei lingue ed è considerato uno dei contributi più rilevanti di teologia cristiana dell'ultimo secolo. Presidente della *Det lutherske verdensfrbunds* (Associazione mondiale luterana) dal 1948 al 1959, Anders fu una figura di spicco in ambito internazionale. Il suo capolavoro fu completato a pochi anni dalla sua scomparsa: *Meaning*

amore nel corso dei tempi. Eros e agape), noto lavoro del vescovo svedese Anders Nygren (1890-1978), professore di teologia presso l'Università di Lund. Le riflessioni sull'amore di Dio, tra *eros* ed *agape*, e su cristianesimo ed idealismo, gli aprirono nuovi scorci interpretativi sulla figura di Orìgene, dotto esegeta delle Sacre Scritture.

Nel 1931 le sue prime riflessioni filosofiche avevano preso così corpo nel saggio *Origenes og Filosofien* (Orìgene e la filosofia). Koch, ripercorrendo la vita di Orìgene, muoveva da una comprensione 'psicologica' della sua personalità e restituiva, per così dire, il pensatore alla cultura cristiana<sup>3</sup>. La via interpretativa aperta da pensiero del tedesco Adolf von Harnack (1851-1930), e seguita, più oltre, dal francese Eugène de Faye (1860-1929), aveva iscritto le dottrine e la figura del teologo alessandrino nella filosofia greca piuttosto che nella teologia cristiana<sup>4</sup>. In *Paranoia und Paideusis* Koch ebbe buon gioco a mostrare, contro gli assunti, che Orìgene non fosse da considerarsi unicamente come un prodotto della filosofia greca classica, ad esempio Platone, ma piuttosto del neoplatonismo<sup>5</sup>.

Questa connotazione metteva a frutto e correggeva la netta contrapposizione tra filosofia e teologia, pensiero greco e cristianesimo. Orìgene era da intendersi come teologo cristiano, ma un teologo che aveva utilizzato argomenti come strumenti di indagine ed elaborazioni concettuali del *suo* tempo. Decisivo sarebbe stato raccogliere, svolgere e mostrare quanto non ancora sottoposto ad attente riflessioni, ovvero la relazione di Orìgene con la filosofia greca *a lui* contemporanea. L'impresa era tutt'altro che semplice essendo i lavori filosofici del teologo alessandrino privi di citazioni. La dipendenza di Orìgene – per quanto consapevole ne fosse stato – dalla filosofia greca era posta al servizio della sua intenzione di interpretare le Sacre Scritture, difendere e promuovere il messaggio cristiano. Il suo interrogarsi sul cristianesimo vissuto da Orìgene, piuttosto che il sigillare ermeticamente il suo pensiero nei vasi della grecità o cristianità, non avrebbe potuto non suscitare attenzione e curiosità. La questione del cristianesimo vissuto da Orìgene, elusa da molti autorevoli interpreti, non poteva essere tenuta fuori da ogni avveduta esegesi, e la storia, aveva da essere per Koch, la molla di

---

*and method. Prolegomena to a scientific philosophy of religion a scientific theology*, Epworth Press, London, 1972.

<sup>3</sup> HAL KOCH, *Origenes og Filosofien*, in *Teologisk Tidsskrift*, 5, 1931, pp. 1-29, specialmente pp. 1-2.

<sup>4</sup> Si consultino, in merito: ADOLF VON HARNACK, *Lehrbuch der Dogmengeschichte*, I, Siebeck, Tübingen, 1909; EUGÈNE DE FAYE, *Origène: sa vie, son œuvre, sa pensée*, I-III., Editions Ernest Leroux, Paris, 1923-1928.

<sup>5</sup> JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, Gads Forlag, København, 2009, p. 62.

avvio di ogni analisi. Egli immerge Orìgene nella cultura del suo tempo e ne studia la vita<sup>6</sup>.

Un Orìgene anzitutto cristiano è lezione che Koch fa sua: il teologo alessandrino non lavorava per un élite di privilegiati, i filosofi, ma per il cristianesimo ed i cristiani, per la chiesa ed i *simpliciores*, per coloro che aderiscono alla pura fede senza coinvolgersi in speculazioni filosofiche o teologiche<sup>7</sup>.

La difesa del lavoro dottorale *Paranoia und Paideusis* avvenne il 3 novembre del 1932: sedevano in commissione il filologo e storico William Norvin (1878-1940) esperto di filosofia greca; lo storico della chiesa Jens Nørregaard, il pastore, filosofo della morale della religione Eduard Geismar (1871-1939), il professore di dogmatica Anders Nygren, ed il teologo e decano Svend Aage Becker (1875-1947)<sup>8</sup>. All'unanimità, e con profonda ammirazione, i commissari lodarono l'originalità, l'eleganza e l'erudizione del candidato. A soli ventotto anni, Koch conseguì il titolo di dottore in teologia (*dr. theologie*)<sup>9</sup>.

Quello del *Paranoia und Paideusis* è una sorta di laboratorio: Koch articola ed aggrega, a verifica e a sostegno della de/costruzione della unitarietà e/o del primato della greicità nel pensiero di Orìgene, concettualità che saranno messe a frutto e lavorate costantemente nei suoi lavori. C'è la passione e la padronanza della cultura greca; c'è il richiamo alla storia e alla sua funzione svelatrice e scienziata e quello alla storicità, dimensione intrinseca ad eventi e pensatori; non di meno, e contro un irrigidimento dell'attività esegetica, il metodo ermeneutico, lo sforzo di ricostruzione attraverso percorsi a ri-

---

<sup>6</sup> Orìgene era cresciuto in un ambiente familiare cristiano ed aveva acquisito la forza della credenza religiosa, l'ispirazione dal martirio, più che l'esperienza del dubbio filosofico. Allievo di Ammonio Sacco (175-242 d.C.) iniziatore del neoplatonismo, maestro dello stesso Plotino, Orìgene aveva insegnato metodo e pensiero greco nelle scuole di filosofia; le sue radici furono indubbiamente platoniche e l'apparato concettuale – Dio, logos, dottrina dell'anima – fluiva nelle sue interpretazioni delle Scritture e nella sua contemplazione e comprensione del cristianesimo. La via verso Dio non è segnata da misticismo: Orìgene non ricerca la visione di Dio senza alcuna intermediazione, lo fa con l'utilizzo delle sue medesime facoltà conoscitive. Non per visione immediata, bensì attraverso un processo di conoscenza intellettuale. Filosofia e cristianità non possono essere, dunque, tenute per distinte. Esse formano un complesso organico e sistematico che, tuttavia, con Orìgene, non perdono la loro identità: la filosofia si arresta laddove avanzano il cristianesimo, la fede, il martirio. HAL KOCH, *Pronoia und Paideusis*. *Studien über Origenes und sein Verhältnis zum Platonismus*, W. de Gruyter, Berlin, 1932, p. 319, come ripreso da JES. F. MÖLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. p. 63. Cfr., TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati. Hal Koch 1932-1954*, Museum Tusculanum Forlag, København, 2012, pp. 88-95.

<sup>7</sup> HAL KOCH, *Pronoia und Paideusis*, cit., p. 321, come ripreso da TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. p. 102.

<sup>8</sup> TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 107-134.

<sup>9</sup> *Pronoia und Paideusis* ottenne un interessante riconoscimento dagli ambienti internazionali. Fu ristampato nel 1979 dalla Garland Publishing di New York.

troso che costituiscono preliminari ipotesi di decodificazione dell'oggetto interpretato e che di esso illuminano aspetti e articolazioni essenziali. Poi s'intravede la comunità, luogo, questo, che segnala da subito una realtà viva composta di individui in condivisione e la reciprocità di cristianità e filosofia greca che si farà, negli anni a ridosso e durante la guerra, dicotomia tra cristianesimo e cultura. Le sue future riflessioni su democrazia e diritto, si vedrà, saranno gravide di queste determinazioni.

### 3. Storia e storia della chiesa

L'attenzione vigile e fruttuosa di Koch alla storia è un tema stimolante che merita di essere messo alla prova in distinte e particolari ricerche. Che essa venisse da una peculiare sensibilità per il compimento d'un lavoro teologico rigoroso, è quanto emerge già dai suoi primi lavori. Dopo aver superato con successo la difesa dottorale, egli si preparava al passo successivo. In un articolo programmatico del 1934, *Regnum og Sacerdotium. Strejflys over middelalderig Historie (Regnum et Sacerdotium. Sguardo sulla storia medioevale)*<sup>10</sup> tracciava le linee delle sue nuove ricerche in vista del concorso alle funzioni di professore universitario in Storia della chiesa presso l'Università di Copenhagen. Con *Regnum og Sacerdotium* Koch si iscriveva nel dibattito danese sulla storia della chiesa intorno ai rapporti tra re e clero, Stato e chiesa, entro un orizzonte internazionalista secondo una particolare sensibilità storica. In particolare, egli rifletteva, contro la visione antica, sulla centralità della chiesa medioevale quanto all'educazione e alla formazione dell'uomo e degli Stati. Il giovane candidato al professorato avviava i suoi studi storici sul cristianesimo medioevale, proprio nel mentre l'allora professore di storia della chiesa medioevale, J. Oskar Andersen, era prossimo al pensionamento. Che questo mutamento di interessi fosse stato occasionale o strategico non è pregevole domanda. Resta fermo che tutto il lavoro di Koch, a partire dagli studi su Orìgene, è una costante riproposizione dell'idea che la storia è struttura dell'azione e degli eventi umani. Una tale prospettiva, sotto il profilo teorico-generale, andava contro la visione positivista secondo cui la storia è un cammino rettilineo che procede a getto continuo verso un progressivo miglioramento. *Quel* metodo positivistico di indagine, radicato nell'esaltazione della scienza per cui *reale* è solamente tutto ciò che possa osservarsi empiricamente ed essere governato da leggi scientifiche, sa-

---

<sup>10</sup> HAL KOCH, *Regnum og Sacerdotium. Strejflys over middelalderig Historie*, in: *Tidsskrift for den danske Folkekirke*, 5, 1934.

rebbe stato da applicarsi tanto ai fenomeni naturali quanto a quelli umani e culturali. Mentre lo storico per i positivisti riproduce fatti, lo storico, per l'ermeneuta Koch, ha da ricercare la realtà interiore a partire da “*quei fatti esteriori, al fine di penetrare la vita spirituale che ha dato ad essi espressione*”<sup>11</sup>.

La sua avversione verso prospettive positiviste la sua diffidenza verso costruzioni materialiste secondo le quali l'uomo è considerato non come singolo ma come parte di una classe sociale, si scontrarono da subito contro i lavori molti discussi dello storico materialista Erik Arup (1876-1951). Arup, professore di Storia presso l'Università di Copenhagen dal 1916 al 1947 aveva pubblicato, tra il 1925 ed il 1932, due grossi volumi sulla storia della Danimarca.

Com'è noto, la concezione materialistica della storia riduce l'uomo a rapporti necessari di produzione: struttura economica, forze produttive, sovrastrutture di religione, politica e morale spiegano i rapporti tra uomo e società e costituiscono le condizioni oggettive della vita materiale e dell'evoluzione dell'uomo. Nel 1925 Arup aveva dato alle stampe il primo volume di *Danmarks historie* (La storia della Danimarca)<sup>12</sup>, lavoro in cui, denunciando la complicità di mascheramenti 'ideologici', rendeva chiaro che allo sviluppo della storia medioevale della Danimarca avessero concorso unicamente fattori materiali di natura economica e commerciale. La religione, contrapposta alla ragione, non era da considerarsi che un fattore estraneo ed irrilevante. Lo storico danese feriva, così, l'idilliaca immagine trilaterale di madrepatria, re e chiesa e – avventandosi contro le *Gesta Danorum*, manoscritti in cui lo storico medioevale Saxo Grammaticus (1150 circa-1220 circa) aveva ricostruito la storia danese e della Scandinavia, dalla preistoria al tardo secolo dodicesimo, da una prospettiva storico-mitologica – la rimpiazzava con analisi materialiste in termini di rapporti di forza.

Si ponga anche attenzione ad un luogo di non piccola importanza. Durante gli anni del primo conflitto mondiale, Arup aveva ricoperto l'incarico

---

<sup>11</sup> HAL KOCH, *Danmarks kirke i den begyndende de Højmiddelalder – kirke og konge*, I, Universitetsforlaget i København, København, 1936, pp. 11-12; come ripreso da JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. p. 73.

<sup>12</sup> ERIK ARUP, *Danmarks historie*, I, H. Hagerups Forlag, København, 1925. Il primo volume contiene una rappresentazione della organizzazione della società rurale danese fino al 1282, anno in cui venne redatta la prima Costituzione; il secondo volume vide la luce nel 1932 e copre un arco temporale fino al 1624; solo nel 1955, fu pubblicato, *post-mortem*, il terzo volume a cura dell'allievo e professore di storia presso l'Università di Copenhagen, Axel E. Christensen (1906-1981) nel 1955. Sul materialismo di Arup, si vedano anche: THYGE SVENSTRUP, *Arup. En biografi om den radikale historiker Erik Arup, hans tid og miljø* (Arup. Una biografia sullo storico radicale Erik Arup, il suo tempo ed il suo ambiente), København, 2006; PER INGENSEMAN, *Radikalisme og religion i dansk middelalderforskning*. (Radicalismo e religione nello studio del medioevo danese), in *Fønix*, 1992, pp. 45-62.

di segretario di Stato per il governo di Carl Theodor Zahle (1866-1946), fondatore del partito della sinistra radicale (*Det Radikale Venstre*). L'anti-idealismo ed il radicalismo di Arup contraevano politica e scienza e marciavano contro gli spiriti conservatori e nazionalistici del suo tempo. Il nuovo 'viaggio di studi' di Koch veleggiava, dunque, su un mare tempestoso.

C'era in Arup, per Koch, qualcosa che lo affascinava ma al tempo stesso non poteva non avere più d'un motivo di diffidenza<sup>13</sup>. Già dopo la pubblicazione del primo volume di *Danmarks historie*, Koch aveva scritto un paio di articoli con cui entrava nel clima di polemiche in pieno svolgimento nel dibattito danese. A proposito del materialismo dello storico scriveva: “[il suo] interesse convogliava economia e danaro, agricoltura ed industria, aratri ed erpici, allevamento e fertilizzazioni; la vita dello spirito è stata posta in un angolo di vergogna; essa non era altro che una increspatura nel grande mare dei valori materiali. (...) Arup ha l'idea, che molti trovano imperdonabile, che la storia della Danimarca sia anzitutto storia della gente comune, dei lavoratori, mentre la guerra, gli assassinii e le successioni al trono hanno un significato secondario (...) ma nella misura in cui questo punto di vista è messo in evidenza, si dovrà allora valutare anche il significato della chiesa, quale nervatura di tutta la cultura e la vita comunitaria medioevale, e non di meno di tutta la dimensione pratica della vita religiosa che essa modella (...) Tutta la rappresentazione [di Arup] è sostenuta da un unico interesse: l'interesse per la gente comune”<sup>14</sup>. Nei luoghi vitali della 'socialità', dell'esperienza condivisa di “uomini comuni”, risedevano motivi di pregio delle analisi di Arup, nonostante la clamorosa assenza di fonti storiche di riferimento.

La storia, per Koch, non si arroga essa stessa il diritto di ricostruire gli eventi nella loro reale realtà: non è solo la fragile presenza di fonti a giocare contro una 'obiettiva' ricostruzione del passato, quanto l'impossibilità di scavare nelle personalità degli attori storici. In una pagina illuminante del primo tomo del voluminoso lavoro *Danmarks kirke i den begyndelse Højmiddelalder – kirke og konge* (La chiesa di Danimarca agli inizi dell'alto medioevo – chiesa e re), ed in consapevole continuità coi suoi studi dottorali, egli rendeva chiari i compiti della ricerca storica: “dobbiamo innanzitutto cercare di fissare con tutti i mezzi pensabili e tramite l'applicazione di un accurato metodo critico i fatti, quali lascito ereditario che ci offre la vera possibilità di fare constatazioni. Ma oltre questo, dobbiamo fissare il nostro sguardo sulle

---

<sup>13</sup> Come si vedrà più innanzi, negli anni Trenta, di contro ad una concezione meramente politica della democrazia, Koch ne rivendicava la dimensione economica. *Infra.*, § 10.

<sup>14</sup> HAL KOCH, *Professor Arup som Kirke-Historien*, in *Berlingske Tidende*, 7 dicembre 1933. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 191-192.



*tendenze che determinano lo sviluppo storico; le idee guida del tempo è ciò che possiamo imparare a conoscere (...) ma queste tendenze generali hanno lasciato tracce nelle istituzioni del tempo; o meglio: le tracce che hanno lasciato, sono più durature di quelle che esse hanno lasciato nelle singole personalità*<sup>15</sup>. Tendenze, idee, personalità, istituzioni – così scriveva – non (solo) fatti dure come le rocce. Koch tiene quindi disgiunte speculazioni materialiste e speculazioni filosofiche e da entrambe prende le distanze. La storia è storia di idee (*iderne*) o di tendenze (*tendenserne*) a partire dal materiale storico, e, non meno, di personalità (*personaligheder*). Al contempo, la storia è storia delle istituzioni (*institutionerne*), e le istituzioni sono gli involucri più resistenti di idee o tendenze. Una ‘storia’ della chiesa e della società danese nel medioevo non avrebbe potuto non prendere corpo che in una ‘storia’ delle idee (o tendenze) quali espressioni della vita religiosa di fatto vissuta, e in una ‘storia’ delle istituzioni religiose. Entrambe avrebbero fatto luce sia sulla conversione del paese da comunità di villaggi di contadini e proprietari terrieri a regno fondato sui poteri del re, della nobiltà e della chiesa, che sulla collocazione della Danimarca tra le altre potenze statuali e religiose dell’Occidente<sup>16</sup>.

Nel 1936 Koch superò il concorso contro il favorito Bjørn Kornerup (1896-1957), candidato fortemente sostenuto dallo storico della chiesa medioevale J. Oskar Andersen, e conseguì la cattedra di Storia della chiesa nordica e Storia dogmatica nella Facoltà di Teologia presso l’Università di Copenhagen<sup>17</sup>. Da allora in poi, egli poté incrementare i suoi studi storici sul cristianesimo e prepararsi all’attivismo politico.

#### 4. Su Lutero. Libertà e cristianesimo

Come s’è visto, Koch teneva fermi, ancora un volta, i medesimi convincenti: anzitutto, l’idea di una ‘storia’ non disvelatrice di verità assolute ma contestuali e quella d’un ‘uso della storia’ per una comprensione (relativa) del passato al fine di gettare luce sul presente. E poi quello di *una* comunità, religiosa e sociale, che poi, si dirà, politica: Orìgene e l’attenzione per i “*sempliciores*” prima; poi, Lutero contro le muraglie di chierici e laici e il

---

<sup>15</sup> HAL KOCH, *Danmarks kirke i den begyndelse Højmiddelalder – Kirke og konge*, cit. p. 12. Il secondo volume, *Danmarks kirke i den begyndelse Højmiddelalder – kirkens institutioner* (La chiesa di Danimarca agli inizi dell’alto medioevo – le istituzioni della chiesa), fu pubblicato il medesimo anno.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>17</sup> JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. p. 75.

sacerdozio universale; ed infine, la centralità originaria della comunità nel processo inevitabile di democraticizzazione della società del dopoguerra. Saranno tutti, questi, vale bene tornare ad avvertirlo, luoghi ricorrenti nelle riflessioni antropologiche, storiche e religiose del teologo danese.

Veniamo ora al luteranesimo di Koch. Questi, nella sua premura di contenere entro il messaggio cristiano tutto quanto non avesse a che vedere non solo con il potere, ma, da un lato con false modernizzazioni della chiesa e, dall'altro, con un feroce consolidamento dell'ortodossia luterana, si era già interrogato, un paio d'anni prima del suo professorato, sullo stato d'arte della chiesa e dei suoi compiti. Egli non lasciava intendere dubbi: al fine di preservare una 'oggettività' della chiesa, egli postulava una configurazione dogmatica del cristianesimo. La chiesa, per Koch, non avrebbe avuto da perseguire obiettivi culturali, risvegli morali e di istruzione ai cittadini.

E ne viene ora un altro punto che merita il suo giusto fuoco. Si tratta delle riflessioni di Koch sulle teorizzazioni del gruppo di Oxford fondato nel 1908 dal cristiano evangelico americano, Frank Buchman (1878-1961), quanto al radicale ripensamento dell'identità cristiana da questi promosso<sup>18</sup>. Il pastore luterano, guidato dall'intento missionario di 'modernizzare' la cultura cristiana, di risvegliare gli uomini, le istituzioni e la società tutta con 'antidoti morali', aveva visitato la Danimarca nella metà degli anni Trenta. Il gruppo, dal 1938 ribattezzato come *Moral Rearmament*, coinvolse, fin dagli inizi, una cospicua parte di studenti universitari e docenti conservatori degli ambienti accademici di Oxford e Cambridge e s'interessò a tematiche politiche e di cambiamenti sociali. Soltanto una profonda ricostruzione della società avrebbe realizzato a pieno il messaggio cristiano: alla religione era da affidarsi l'ufficio di esprimere, trovare e riformare la morale che è nella società attraverso l'istituzione di un autentico modello di vita cristiano<sup>19</sup>.

Koch, sebbene per un lato riconoscesse agli oxfordiani la capacità di "aver persistito nella dottrina del Vangelo", veniva per l'altro a marcare con

---

<sup>18</sup> L'*Oxford group* o *Oxford movement* a cui faccio riferimento va tenuto distinto dall'*Oxford movement*, movimento riformistico della chiesa anglicana sorto nell'ambiente universitario ed ecclesiastico di Oxford negli anni Trenta dell'Ottocento. Esso fu promosso dall'esigenza di riportare alcuni aspetti rituali e dottrinali dell'anglicanesimo nella tradizione cattolica. Il movimento professava proposte di una 'seconda' riforma che riguardasse i sacramenti e le liturgie, il rapporto tra Vangelo e chiesa e tra chiesa e Stato, tra clero e vescovato. Il movimento di Oxford nacque su impulso di prestigiosi teologi tra i quali John Keble (1792-1866), John H. Newman (1801-1890), Edward B. Pusey (1800-1882) e coinvolse numerosi intellettuali. Le idee del movimento furono contenute nei *Tracts for the Times*, un serie di 'opuscoli teologici' pubblicati al fine di divulgare i principi di una riforma sia al popolo inglese che al clero anglicano, a partire dal 1833.

<sup>19</sup> Sulla figura di John H. Newman, si veda: LINA CALLEGARI, *Newman: la fede e le sue ragioni*, Paoline, Milano, 2001.

decisione che il movimento non era messaggero né del cristianesimo luterano né di alcuna verità<sup>20</sup>. A fronte di quella che ai suoi occhi appariva come una "falsa modernizzazione", la *verità* del cristianesimo evangelico sarebbe stata garantita e difesa unicamente attraverso un approccio dogmatico: pur sfidando impopolarità, la chiesa, per Koch, non ha che da occuparsi di dottrina e di verità del messaggio evangelico attraverso l'esercizio pubblico della predicazione. La teologia, nella prospettiva che egli disegnava, è uno strumento volto a correggere false predicazioni. La 'purificazione' dogmatica del cristianesimo serviva la sua intenzione di revocare al Vangelo un carattere essenziale. "*La chiesa – così scriveva – deve e non può decidere la Verità in base a quello che la gente vuol sentire o in base ai risultati, (...) il caso è alquanto semplice – anche se per molti di certo sorprendente – che noi non riveliamo né con la ragione né coi dogmi, né con i miracoli né con la morale, né con le conversioni e nemmeno con cambiamenti di stili di vita che le cose abbiano una provenienza divina (...) qui si applica la fede, la fede che oggettivamente considerata è sempre incertezza, ma che è la sola e sovrana nel prendere posizione riguardo al Vangelo*"<sup>21</sup>. Dogmi, fede, verità, restano fuori dal campo della scienza, delle prove empiriche e, ancor più rilevante, dai modelli di politica e politica ecclesiastica.

Ci si può agevolmente ricondurre, con Koch, agli insegnamenti del suo venerato Lutero. "*L'anima non ha nessun'altra cosa – aveva affermato Lutero nel piccolo trattato Libertà del cristiano – né in cielo né in terra, per cui sia viva e sia pia, libera e cristiana, se non il santo Vangelo, la Parola di Dio, predicata da Cristo (...) Perciò dobbiamo essere certi che l'anima può fare a meno di ogni cosa, fuorché della Parola di Dio, e senza la Parola di Dio nessuna cosa le giova*"<sup>22</sup>. Non serve alcuna religiosità esterna, non servono fatti esteriori né addottrinate interpretazioni in funzione di questo o d'altro scopo per ricavarne ragioni di riforme morali e politiche. È per la fede che diventiamo "figlioli di Dio", ed è con essa che l'anima «è fatta dalla Parola di Dio santa, giusta, verace, mansueta, libera e piena di ogni bene»; «*soltanto la Parola e la fede – ancora Lutero – governano l'anima*"<sup>23</sup>. La Parola è l'essenza del cristianesimo. Koch consegnava il cristianesimo al Vangelo e alla purezza della fede e riportava la chiesa luterana nella sua dimensione filantropica. L'ufficio

<sup>20</sup> HAL KOCH, *Er kirkern saglig?* (La chiesa è oggettiva?), in *Dagens Nyheder*, 26 aprile 1935, ripreso da: TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 251-255.

<sup>21</sup> HAL KOCH, *Skal kirken være Luthersk og dogmatisk* (La chiesa dovrebbe essere luterana e dogmatica?), in *Dagens Nyheder*, 8 maggio 1935.

<sup>22</sup> MARTIN LUTERO, *La libertà del cristiano. Lettera a Leone X* (1520), Claudiana, Torino, 2009, p. 25.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 31.

esclusivo della chiesa è predicare il Vangelo ed amministrare i sacramenti; allo Stato spetta il compito di lenire i bisogni sociali e alle scuole quello di provvedere all'educazione<sup>24</sup>. Anche qui, nel dualismo e nella reciproca indipendenza, per intima natura, di Stato e chiesa, c'è Lutero. Non è senza significato il fatto che le prime lezioni universitarie del neo-professore Koch avessero avuto ad oggetto gli scritti di Lutero, la riforma e la sua recezione negli ambienti ecclesiastici.

Koch, negli orizzonti immanenti dei totalitarismi – non erano nascoste le simpatie di Buchman verso Hitler e perniciosi apparivano, ai suoi occhi, la propaganda, il 'risveglio' delle masse, il mondo associazionista, una 'nuova' cristianità nel segno del potere – ricorreva e si faceva carico degli insegnamenti di Lutero. Agli insegnamenti di Lutero egli sarebbe tornato anche in altre occasioni: la polemica con il presidente dell'associazione *Indre Mission*, il pastore Christian Bartholdy (1889-1976). La questione merita attenzione distinta.

Koch aveva, sin da giovane, respirato gli umori del mondo associazionista. Il padre, ne ho fatto qualche cenno, aveva svolto l'ufficio di parroco a Nordby nell'isola di Fanø. Quest'isola, nota sin dai primi anni del secolo scorso per una significativa prosperità economica e per le fruttuose relazioni internazionali, si era tenuta stretta alle posizioni estremiste dell'associazione *Indre Mission*. L'associazione, ramo evangelico della chiesa di Danimarca, era sorta per impulso da un movimento missionario fondato nel 1881 in un villaggio della Nuova Zelanda ispirato a tradizioni luterane ortodosse e pietiste. *Indre Mission* aveva finito con l'aver un forte impatto entro gli ambienti rurali danesi della prima metà del Novecento e assunse lo scopo di civilizzare con strumenti religiosi le classi meno abbienti. In nome della fedeltà ai fondamenti della fede e della religione cristiana, l'associazione aveva avviato un processo di progressiva radicalizzazione nell'interpretazione della Parola della Bibbia ed un conseguente abbandono di ogni forma di mondanità. L'associazione non aveva visto di buon occhio la nomina di parroco di Hans Koch, padre di Hal, sebbene questi, nel corso degli anni a venire, avrebbe avuto modo di intessere con i 'missionari' una pacifica collaborazione.

Nel 1919 Hans Koch aveva assunto la presidenza della *Danmarks Kristelige Studenterforbund* (L'Associazione studentesca cristiana della Danimarca), movimento di provenienza statunitense che in Danimarca aveva sviluppato forti legami proprio con la *Indre Mission* e con la KFUM (*Kristelig Forening for Unge Mænd og Unge Kvinder*), l'Associazione cristiana di gio-

---

<sup>24</sup> HAL KOCH, *Er kirkern saglig?*, cit. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 251-255.

vani la cui figura di spicco fu il pastore Olfert Ricard (1872-1929). Nel suo noto *Ungdomsliv* (Vita dei giovani), Ricard predicava la fede nella grazia di Dio, forme di astinenza e la centralità del cristianesimo nella formazione dei giovani.

Sebbene fossero ammirati dalla sensibilità di Hans Koch, un gruppo di giovani teologi, capeggiati da Tage Schack (1892-1945) e Niels Ivar Heje (1891-1974), aveva preso le distanze dalla *Danmarks Kristelige Studenterforbund* insorgendo contro il rigoroso moralismo professato dalla KFUM. Nel 1926 Schack e Heje avrebbero fondato, assieme a Kristoffer Olesen Larsen (1899-1964) e Gustav Brøndsted (1885-1959), la nota rivista di teologia *Tidehverv*<sup>25</sup>. Il lemma *Tidehverv* denotava altresì un movimento, una cerchia di teologi ispirati al pensiero religioso di Lutero e non di meno alla sensibilità poetica di scrittori quali, tra gli altri, Dostoevskij, il britannico Joseph Rudyard Kipling (1865-1936) e il danese Jakob Knudsen (1858-1917). La loro teologia scandiva l'insuperabile distanza ontologico-qualitativa tra creatore e creature ed ammoniva sull'impossibilità di risolverla dialetticamente in senso hegeliano, lungo un'eredità che fa intravedere trame dell'insegnamento kierkegaardiano.

L'idea germinale da cui nasceva il movimento erano stati gli insegnamenti del teologo riformista svizzero-tedesco Karl Barth (1886-1968). Nel suo celeberrimo lavoro del 1919, *Der Römerbrief* (L'epistola ai Romani), Barth, liberando il campo dall'ingombro di razionalistiche interpretazioni alle Sacre Scritture e dall'ottimismo della teologia liberale, illuminava il volto drammatico dell'esistenza umana, l'irriducibile peccaminosità dell'uomo da un lato, e l'alterità assoluta di Dio dall'altro, e la paradossale contraddizione con cui Dio si manifesta all'uomo. Nel clima di spaventosi eventi bellici, ogni attitudine razionalista ed oggettivista veniva risolta dalla drammatica finitudine dell'uomo il quale, di fronte alla alterità divina, resta nudo, incerto, timoroso. La fede è il luogo del riconoscimento e del rispetto del mistero divino, è l'impegno dell'uomo, è la speranza della salvezza. Per i barthiani, la vita dell'uomo, nello scarto qualitativo con Dio, non è punizione o penitenza, bensì un mero stato di fatto: l'azione e l'impegno storico sono necessità per e dell'individuo. Proprio per l'assoluta mancanza di linee guida riguardo alla condotta umana, i barthiani, in consapevole distanza dai seguaci dell'*Indre Mission*, non condannavano la mondanità con irriverenza e disprezzo. La responsabilità delle proprie azioni non può che essere dell'uomo<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. pp. 25-28.

<sup>26</sup> *ivi*, p. 30.

Koch era attento non poco al prezioso insegnamento di Barth. In polemica col pastore Barthodly<sup>27</sup>, difendeva la dottrina di Barth e si dichiarava, in quell'occasione, 'barthiano' senza, non da meno, essere 'tideherviano': agli estremismi della *Indre Mission*, Koch assimilava l'ortodossia dei seguaci di Barth. Sono la fede, la parola di Dio, l'impegno storico dell'uomo e gli uffici d'una teologia biblica, i temi che lo interessano, quelli che sgorgano dagli insegnamenti di Lutero e che poi si ritrovano, nei bisogni che li segnano, nelle pagine di Barth.

### *5. Su Nikolaj Frederik Severin Grundtvig*

La distanza che segnerà Koch dai teologi barthiani di formazione kierkegaardiana diventerà ben presto incolmabile. La maestosa muraglia che divideva fede e razionalità, cristianesimo e filosofia, non riusciva a parergli utile ad una comprensione delle sorti e degli uffici dell'individuo travolto da regimi e da guerre, e del bisogno del suo ritrovarsi, in amore e speranza. Erano altre e più dolorose le urgenze a cui Koch ora si sarebbe convocato.

Sul finire degli anni Trenta, egli si apriva alle voci di una delle figure ottocentesche più significative nel processo di 'costruzione' della moderna Danimarca: Nikolaj Frederik Severin Grundtvig (1783-1872), teologo, poeta, antropologo, storico, filosofo dell'educazione e politico. Non ho affatto da esporre in maniera compiuta e critica il pensiero complesso di Grundtvig, la cui vastissima produzione comprende saggi, articoli, manoscritti, poesie, traduzioni. La stessa attenzione dell'ambiente religioso danese al cristianesimo di Grundtvig è stimolante capitolo da mettere alla prova in distinte e particolari ricerche. Mi interessa, in questo lavoro, Grundtvig come l'autore che dà l'avvio ed il sostegno alla riproposizione di concettualità già naturali e ricorrenti nel 'patrimonio genetico' di riflessioni antropologiche, storiche e teologiche di Koch. Questi terrà queste riflessioni in una trama che si consoliderà nei suoi futuri contributi su diritto, politica e democrazia. Grundtvig, lo si vedrà, offrirà a Koch un grosso conforto nel torno degli anni Quaranta. A Grundtvig sarebbe rimasto successivamente a suo modo fedele anche quando le questioni del presente avrebbero imposto, da più d'un profilo, un ripensamento.

Prima di dar conto alla ricchezza ed all'efficacia delle suggestioni grundtvigiane che si estenderanno 'a tutto campo' nel pensiero di Koch,

---

<sup>27</sup> HAL KOCH, *Skal Kristendommen forvandle Mennesker* (Il cristianesimo dovrebbe cambiare le persone?), in *Dagens Nyheder*, 9 maggio 1955. Cfr. JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. pp. 32-34.

occorre ripercorrere le linee teoriche e le tensioni critiche che Grundtvig tiene coinvolte nelle pagine più significative della sua poderosa produzione. Vediamolo più da vicino. È certamente una digressione ma è difficile intravedere al meglio Koch senza di essa.

La seconda metà dell'Ottocento è considerata l'età d'oro della Danimarca. Copenhagen fu area di singolare fortuna: la filosofia di Søren Kierkegaard (1813-1855), la scrittura di Hans Christian Andersen (1805-1875), la scultura di Bertel Thorvaldsen (1770-1844). La posizione di Grundtvig, pur destinata a restare per alcuni decenni isolata all'interno dello scenario danese, contribuì a rinnovare molto il dibattito teologico. Notevole, poi, fu il suo impegno per la promozione della democrazia e nel campo dell'educazione. Il pensiero grundtvigiano fornirà, come avremo modo di vedere, gli strumenti più utili per spianare la strada alla riconquista della identità danese durante l'occupazione tedesca e nei primissimi anni del dopoguerra.

Nikolaj Frederik Severin Grundtvig era nato nel 1783 a Udby, un piccolo villaggio dello Sjælland, da una famiglia di sacerdoti luterani. All'età di sei anni fu avviato allo studio del latino; fu dapprima trasferito nello Jutland, a Thyregod, da un tutore privato per poi frequentare, ad Århus, la scuola di grammatica in vista della prova di ammissione all'Università di Copenhagen. L'inizio della sua carriera di studente universitario s'intrecciò con eventi politici di non poca importanza: la piccola Danimarca aveva aderito alla Lega del Nord con la Russia, la Prussia e la Svezia al fine di contrastare le continue violazioni del diritto marittimo da parte inglese. I britannici videro la partecipazione a mano armata dei danesi come segno di ostilità e nel 1801, nella nota battaglia di Copenhagen, una flotta inglese, comandata dall'ammiraglio Nelson, distrusse la maggior parte delle navi dano-norvegesi nel porto di Copenhagen. Dopo sei anni di neutralità politica, nel 1807 la Danimarca si vide costretta a fiancheggiare i francesi di Napoleone contro la Gran Bretagna. Ancora più disastrosi furono gli esiti: dopo quattro giorni di bombardamenti, Copenhagen si arrese. Nel 1814, il trattato siglato a Kiel stabilì che la Norvegia fosse ceduta alla Svezia<sup>28</sup>.

Questi eventi suscitarono grosso sgomento in Grundtvig. Il 1808 è l'anno del suo debutto letterario: in *Maskeradballet i Danmark* (Ballo in maschera in Danimarca) egli denunciava il cinismo e l'indifferenza dei circoli benestanti danesi a fronte della drammaticità degli avvenimenti politici. Nello stesso anno dava alle stampe *Nordens Mytologi* (Mitologia del Nord), un voluminoso lavoro sulla mitologia scandinava di enorme impatto poetico,

---

<sup>28</sup> PAUL DAM, *N.F.S. Grundtvig*, The Royal Danish Ministry of Foreign Affairs, Press and Cultural Relations Department, Copenhagen, 1983, pp. 12-14.

nel segno, modi e consistenza, del romanticismo. La sua breve attività letteraria sarà interrotta al suo ritorno ad Udby per ragioni familiari lasciando prendere il primo piano alle sue tormentate riflessioni teologiche. Dai toni irriverenti il suo *Hvi er Herrens Ord forsvundet fra hans hus?* (Per quale motivo la Parola del Signore è svanita dalla Sua Casa?): il sermone fu un attacco violento nei confronti del clero ed il titolo, così provocatorio, gli costò un allontanamento dagli ambienti ecclesiastici danesi. Gli anni 1810-1811 furono segnati da depressione e crisi spirituale. Come per l'esperienza di conversione di Lutero, anche in Grundtvig la fede cristiana vinse la battaglia. Recidendo i vecchi rami sia del razionalismo illuminista, 'colpevole' di aver sostituito l'intelletto alla fede ed offuscato la cristianità della Bibbia, che del romanticismo cristallizzato nel naturalismo-estetico di Schelling, Grundtvig ritrovava la strada della libertà e tagliava, così, ogni dubbio<sup>29</sup>. Frenetica fu la sua produzione in quegli anni. Saggi di storia, poesie, sermoni, si avvicendano e mobilitano patrimoni speculativi ciclopici: oltre alla filosofia tedesca, Fichte e Schelling, la poesia di Goethe, quella del naturalista norvegese Henrik Steffens (1773-1845) e del danese Adam Oehlenschläger (1779-1850); il cristianesimo di Lutero e la teologia del vescovo luterano danese Jakob Peter Mynster (1775-1854). Iniziava, in questi anni, le traduzioni delle Saghe, storie leggendarie del bardo e politico islandese Snorre (1178-1241), la Cronaca danese di Saxo Grammaticus (circa 1140-1210) e il *Beowulf*, poema epico composto in Inghilterra nella metà del VII secolo.

Nel 1821 Grundtvig fu nominato dal re parroco della piccola cittadina di Præstø e dal 1822 al 1826 fu cappellano della chiesa di *Vor Freslers* (Nostro Salvatore) nel distretto di Christianshavn in Copenhagen. L'assunto della costitutività della chiesa come tradizionale comunità di battezzati, e non della Bibbia, nella fede cristiana divenne acquisizione chiara di Grundtvig. Nel decisivo snodo tematico grundtvigiano, Cristo non è da ricercarsi nei libri, ma nella vivente comunità cristiana di individui che ricevano il sacramento del battesimo. Il punto decisivo è nella genesi della congregazione, storicamente antecedente alle Sacre Scritture. La sua "ineguagliabile scoperta" (*mageløse opdagelse*), così come Grundtvig la descrisse molti anni dopo nel *Kirke-Speile* (Specchio della chiesa), lo condusse ad un'antropologia ottimistica, schernita con veemenza da Kierkegaard<sup>30</sup>. Il razionalismo interpretativo della Bibbia e la riduzione della Verità a deduzioni dell'intel-

<sup>29</sup> HAL KOCH, *Grundtvig*, The Antioch Press, Ohio, 1952, pp. 53-56.

<sup>30</sup> L'interpretazione delle prospettive discordanti su fede, cristianesimo e politica tra Kierkegaard e Grundtvig ha generato, come si intuisce, una ricca e viva letteratura scandinava, variamente orientata. La natura di queste pagine obbliga ad una semplice indicazione del tema.



letto, “infondato e disonesto”<sup>31</sup>, esigeva, al contempo, una disamina critica. Nel pamphlet *Kirkens Genmæle* (Replica alla chiesa) Grundtvig asserì che il teologo razionalista Henrik N. Clausen (1793-1877), nel suo imponente *Catholicismens og Protestantismen kirkeforfatning, Lære og Ritus* (Governo della chiesa, dogma e rito nel cattolicesimo e nel protestantesimo) si fosse messo a capo di tutti i nemici della chiesa cristiana e degli schernitori della parola di Dio in Danimarca<sup>32</sup>. Questa volta l’insolenza di Grundtvig gli costò l’accusa di eresia: egli fu denunciato per ingiuria, posto in accusa, condannato al pagamento di una somma di danaro ed i suoi eventuali futuri lavori posti sotto censura. Non peggiori furono l’umiliazione, il ritiro a vita privata, l’isolamento.

Nel triennio 1828-1831 Grundtvig, sostenuto da una borsa di studio elargita dalla tesoreria regale, riuscì a raggiungere l’Inghilterra ove si dedicò allo studio di manoscritti anglosassoni. Il soggiorno gli apparve una grande fortuna: ivi trasse alimento dalla florida vita letteraria e dal profondo senso civico degli inglesi. La libertà individuale e sociale e le idee politiche britanniche contribuirono al suo ripensamento della società danese ed influirono notevolmente sulla sua futura concezione di democrazia. Il cammino di Grundtvig si riprese lì dove si era interrotto: nel 1832 completò la nuova edizione di *Nordens Mytologi eller Syndbilled-Sprog* (Mitologia del Nord o linguaggio dei simboli), in completa rivisitazione della versione del 1808. Conta qui sottolineare la fecondità critica di questo lavoro dai toni profetici e revivalisti. L’assunto è quello secondo cui i miti esprimono figurativamente le idee, l’esistenza e le finalità di un popolo. I miti costituiscono l’immagine che è dietro la storia di un popolo: i miti scandinavi, in particolare, esprimono lo spirito eroico dei popoli del Nord. La storia del popolo scandinavo è storia di simboli profetici intorno ad un futuro possibile della Danimarca<sup>33</sup>. Come la poesia non può che rendere vitale lo spirito del popolo danese e risvegliare i danesi ad una vita cristiana, così la storia. La storia non è ammasso informe di eventi e dettagli, la storia è comprensione dell’uomo e della sua esistenza, è radice di ogni conoscenza umana il cui fine è gettare luce sugli eventi attuali del proprio popolo. La storia è strada verso una ‘vera’ filosofia dell’uomo. Già le pagine di *Til fædrenelandet* (Alla patria), 1813, e di *Roskilde-Rim* (Le rime di Roskilde), 1814, lungo poema sulla storia della cristianità in Danimarca, avevano costituito interessanti testimonianze del

---

<sup>31</sup> HAL KOCH, *Grundtvig*, cit. p. 90

<sup>32</sup> *ivi*, p. 91.

<sup>33</sup> *ivi*, pp. 106-107. PAUL DAM, *N.F.S. Grundtvig*, cit. p. 29.

connubio di poesia e storia<sup>34</sup>. Tra il 1816 ed il 1819 Grundtvig aveva pubblicato un periodico, *Dannevirke*, proprio nell'intento di destare la spiritualità dei danesi nel ricordo delle gesta del passato. Si faccia attenzione: saranno proprio queste riflessioni ad essere riproposte da Koch.

*Mitologia del Nord*, non va tenuto disgiunto da un altro importante lavoro storico in tre volumi, iniziato nel 1833 ed il cui completamento richiese una decina d'anni: *Haandbog i Verdens-Historien. Efter de bedste Kilder* (Manuale di Storia del mondo secondo le migliori fonti). A differenza della *Cronaca* del 1812, Grundtvig qui assume l'onore di scrivere 'a capo' la storia dell'umanità da una prospettiva scevra da elementi teologici. La storia è storia di un popolo dotato di proprio spirito ed esibente peculiarità individuali.

Dopo aver patito il rifiuto di formare una congregazione libera all'interno della chiesa di Danimarca ed essere stato poi accolto da una chiesa nel quartiere di Christianshavn alla condizione umiliante di non celebrare battesimi ed eucarestie, nel 1839, Grundtvig, oramai cinquantenne, riuscì a ricoprire la carica di ministro di Vartov, un'associazione di donne anziane con sede a Copenhagen. La piccola cappella annessa all'ospedale diverrà un prezioso centro congregativo fino ai giorni della sua scomparsa. Ispirato dalla nuova esperienza, Grundtvig compose un cospicuo numero di canti liturgici, ricreazioni di inni della tradizione greca, latina, anglosassone e germanica e, non di meno, rivisitazioni di canti cristiani danesi. Se ne contano circa millequattrocento. Seppure non prima del 1856 essi furono accettati e raccolti nel libro ufficiale dei Salmi della chiesa di Danimarca. Oltre ad inni religiosi, egli compose canzoni popolari che, per quanto non fossero patriottiche, concernevano la vita e le condizioni di vita del popolo<sup>35</sup>.

Le idee grundtvigiane di comunità cristiana vivente, di spirito del popolo e di patrimonio di tradizioni condivise – tutti luoghi di critica del luteranesimo fondato sulla Bibbia – si riversarono nella sua filosofia dell'educazione. Grundtvig diede avvio ad una nuova concezione di istruzione e di 'costruzione': dalle "scuole per la morte", le scuole tradizionali di dominio teoretico fondate su nozioni e testi scritti, alle "scuole per la vita", fondate sulla parola, sul dialogo, sui canti. Come la lingua latina aveva scollato i fedeli dalla chiesa, così l'astrattismo nozionistico aveva allontanato i giovani dalla vita. Come la *vera* chiesa è da ritrovarsi non nelle pagine della Bibbia bensì nella comunità vivente dei credenti, così la *vera* scuola non è l'istituzione ma la comunità interattiva di allievi e insegnanti.

---

<sup>34</sup> HAL KOCH, *Grundtvig*, cit. p. 70.

<sup>35</sup> PAUL DAM, *N.F.S. Grundtvig*, cit. p. 28.

La riforma scolastica del 1814 aveva introdotto l'obbligo scolastico per i bambini dai sette ai quattordici anni. Si trattava, per Grundtvig, di fornire ai giovani studenti un adeguato apparato di conoscenze utili al fine di educarli alla cittadinanza. In *Statsmæssig Oplysning* (Educazione statale), 1834, egli sostenne che l'insegnamento del cristianesimo nelle scuole doveva cessare ed essere sostituito con lo studio della storia e della letteratura danese attraverso metodi orali: racconti di miti, di storie della patria, della madrelingua, storie di vita comune avrebbero gettato le basi di una cultura autenticamente popolare. Il duplice intento era chiaro: da un lato, quello di far sì che le chiese svolgessero l'ufficio esclusivo della cura della cristianità e che le scuole, per parte loro, si occupassero dell'educazione dei giovani; dall'altro quello, per le scuole, di infondere nei giovani l'amore per la vita e per la vita del loro popolo affinché essi potessero partecipare attivamente e consapevolmente alla gestione della vita pubblica<sup>36</sup>. Nella formula "prima uomo e poi cristiano" (*Menneske først og Christen saa*), Grundtvig racchiudeva il senso della sua filosofia dell'educazione: la scuola forma il giovane alla vita e il giovane, per parte sua, una volta acquisita consapevolezza della vita riuscirà, un giorno, ad avvertire l'insufficienza della vita stessa e ad imparare che solo Cristo potrà salvarlo dal peccato e dalla morte. Con Grundtvig, la filosofia dell'educazione è filosofia all'educazione civica. Appaiono ineludibili le convergenze parallele tra Grundtvig, filosofo dell'educazione e John Dewey, filosofo della democrazia. Ma su Dewey, più in avanti.

L'attenzione di Grundtvig ad uno sviluppo civile della società ebbe modo di manifestarsi nella progettazione di una nuova forma di scuola, le *Folkehøjskoler* (Scuole popolari superiori), destinate, in particolare ai giovani non più adolescenti delle zone rurali. Alla luce della rivoluzione del luglio del 1830 e dell'ondata di moti rivoluzionari in Europa che da essa seguì, era da risolversi il problema d'una maggiore partecipazione popolare al governo del paese. Grundtvig non recusò mai l'assolutismo monarchico danese ma, temendo che la libertà degli individui sarebbe stata compressa dal meccanismo della regola della maggioranza, ritenne che soltanto attraverso l'istituzione di democratiche scuole superiori popolari in cui fosse insegnata, a uomini e donne, la cultura popolare danese si sarebbe arginato il pericolo. Per quasi vent'anni egli lavorò a questo progetto che fu approvato soltanto nel 1848, poco prima della morte del re Cristiano VIII. In *Skoler for Livet og Acadamiet i Soer* (Scuole per la vita ed Accademia in Sorø), 1838, Grundtvig espone il progetto di istituire una scuola secondaria popolare, sul modello

<sup>36</sup> EDWARD BROADBRIDGE, *The School for Life. N.F.S. Grundtvig on Education for the People*, Aarhus University Press, Aarhus, 2002, p. 28.

dei *colleges* di Oxford e Cambridge, con sede nella piccola città dello Sjøland, Sorø in cui, nella metà del Cinquecento, era stata fondata una scuola per soli giovani di nobili famiglie. Il progetto di una accademia danese per giovani adulti si sarebbe poi esteso fino a comprendere quello ancor più ambizioso e mai realizzato di una Università del Nord con sede a Göteborg, in Svezia. L'idea motrice raccolta in *Om Nordens videnskabelig Forening* (Sull'unione scientifica del Nord), 1839, era quella secondo cui gli studenti, una volta raggiunta una consapevolezza 'particolare' della loro storia, lingua e tradizioni nazionali, avrebbero potuto condividere la storia 'universale' dei paesi del nord. Da una scuola per la vita – sottolineava Grundtvig – ad una scuola – le facoltà di storia e scienze naturali – della passione<sup>37</sup>.

Il modello di scuola grundtvigiana procedeva di passo con l'urgenza di fissare con un forte nodo la corda della "danità" (*danskhed*), patrimonio di valori, tradizioni e cultura danese, nei ducati Slesvig-Holsten (Schleswig-Holstein), nel sud dello Jutland ai confini con il Regno di Prussia. A seguito della prima guerra del 1848-1849, fu stabilito il regime di Unione personale dei due ducati con la corona danese. Il conflitto riemerse quando nel 1864 l'Austria e la Prussia di Bismark dichiararono guerra alla Danimarca che fu costretta ad arrendersi e dovette cedere incondizionatamente i territori alla Confederazione germanica. Nel ducato di Slesvig vivevano circa duecentomila cittadini danesi. Non fu un caso che la prima *folkebojeskole* fosse stata fondata a Rødding, nel ducato di lingua danese dello Slesvig.

Nel 1848, Grundtvig fondò una rivista settimanale, *Danskeren* (Il danese), in cui esplicitava il suo impegno sul fronte nazionale e promuoveva le sue idee politiche e democratiche sul futuro democratico del suo paese. Sul cadere degli anni Cinquanta, in una sorta di appello, Grundtvig proponeva il suo programma politico: affidare alla democrazia popolare fondata sullo spirito del popolo (*folkelighed*) l'ufficio di farsi custode della piena libertà (*frihed*) dell'individuo in ogni sua sfera di vita. Nei 'modi' di un liberalismo britannico – gli anni inglesi avevano maturato in lui ragioni convincenti – ma con lo sguardo con e verso la 'gente comune', il popolo, le sue esigenze, la sua cultura. Il punto, così affascinante, non potrà che appartenere ad altra ricerca.

Nel 1848 fu eletto membro dell'Assemblea Costituente e dal 1848 al 1858 ricoprì la carica di parlamentare nella seconda Camera (*Folketing*); all'età di ottantatré anni quella di parlamentare della Camera alta (*Landsting*). Con instancabile passione Grundtvig, fino ai giorni della sua scomparsa dedicò il

---

<sup>37</sup> *ivi*, pp. 27-31.

suo lavoro ai temi della democrazia e della libertà religiosa. Quest'ultimo è un punto, ai nostri fini particolarmente interessante.

Con l'introduzione della riforma luterana del 1536, il luteranesimo era divenuto la religione ufficiale del Regno di Danimarca. La chiesa evangelico-luterana di Danimarca venne organizzata secondo il modello delle chiese territoriali della Germania e, nel 1660, con l'introduzione dell'assolutismo, essa venne fortemente connessa alla monarchia ereditaria. Sebbene alcune ordinanze regali concedevano il diritto ad immigrati di formare le proprie comunità religiose, l'appartenenza alla chiesa di Stato era la condizione necessaria per lo svolgimento di numerosi uffici civili. Nella prima metà dell'Ottocento, il movimento popolare revivalista, essendosi dissociato dalla chiesa di Stato, patì persecuzioni da parte della polizia e dalle autorità giurisdizionali. Grundtvig sostenne pubblicamente che la cristianità senza libertà avrebbe dismesso i suoi tratti fondamentali: la libertà doveva essere accordata non solo a coloro i quali dissentissero dalla chiesa di Stato, ma anche tra coloro che, entro la chiesa nazionale, avessero sostenuto opinioni divergenti. La libertà religiosa fu introdotta nella Costituzione del 1849 proclamata dal re Federico VII. Nel 1855, nonostante forti resistenze, Grundtvig, membro dell'Assemblea Costituente, conquistò lo scioglimento del vincolo territoriale parrocchiale (*sognebaandløsning*) affinché ognuno potesse scegliere liberamente la propria parrocchia ed eleggere il proprio pastore. Qualche anno dopo raccolse un'ulteriore vittoria di non minore importanza: la formazione di comunità libere (*fri menigheder*) entro la chiesa nazionale<sup>38</sup>. Ancora, dunque, la riproposizione dell'idea che la chiesa non sia altro che una comunità che si identifica con i suoi membri, i fedeli battezzati, e non con il clero. Non suscita per ciò sorpresa la dura avversione di Grundtvig ai tentativi, da parte del Movimento riformista di Oxford di cattolicizzare più d'uno degli aspetti rilevanti della chiesa anglicana<sup>39</sup>.

## 6. *Il Grundtvig di Koch. Folkelighed e Folkeanden*

Solo a partire dai tardi anni Trenta Koch aveva preso ad avere una forte confidenza coi lavori di Grundtvig, fino a farsi autore di una biografia. La biografia critica di Grundtvig in cui Koch non soltanto illuminava la vita spirituale del profeta, ma, calandolo nel *suo* tempo, ne tracciava i profili di

---

<sup>38</sup> PAUL DAM, *N.F.S. Grundtvig*, cit. pp. 61, 62; HAL KOCH, *Grundtvig*, cit. p. 176.

<sup>39</sup> Sull'*Oxford Movement*, si veda n. 19.

maturazione e di inquietudine esistenziale. La biografia apparve dapprima, nel 1941, in lingua svedese col titolo *N.F.S. Grundtvig. Människan. Diktaren. Folkeledaren*. (N.F.S. Grundtvig. Uomo. Poeta. Guida del popolo). Un paio d'anni dopo, il testo fu pubblicato in danese; del 1952 è l'edizione in lingua inglese<sup>40</sup>. Grundtvig non era stato un autore della sua formazione. Il grundtvigianesimo era molto diffuso nelle comunità rurali del paese e Koch, lo si è annotato, si era formato a Copenhagen e presso università straniere. Grundtvig sarà l'autore decisivo per la sua nuova stagione.

Agli inizi degli anni Trenta, c'era stata in Danimarca, una *renaissance* degli studi grundtvigiani: Grundtvig iniziò a circolare negli ambienti politici cittadini e tra intellettuali raffinati. Nel 1933 fu celebrato il centocinquantenario dalla sua nascita, ed in quella occasione figure di spicco della social-democrazia danese aveva dato voce, con un certo sentimentalismo, all'attualità del suo pensiero. Hartvig Frisch (1893-1950), intellettuale di punta dei socialisti democratici danesi nel periodo fra le guerre<sup>41</sup>, riscontrava nella lotta dei contadini 'grundtvigiani' per la democrazia parlamentare di fine Ottocento una forte connessione con i contemporanei movimenti dei lavoratori a favore della social democrazia. Frederik Borgbjerg (1866-1936), attivista social-democratico ed editore del giornale *Social-Demokraten*, lo ricordava come "il portavoce più imponente della libertà di spirito, l'illuminato e l'amico del progresso"<sup>42</sup>. Non erano mancati tributi entusiastici dallo stesso ambiente ecclesiastico: il pastore protestante e drammaturgo Kaj Munch (1888-1944), affascinato, nei primissimi anni di ascesa delle dittature, dal carisma di Hitler e Mussolini per poi morire giustiziato dalla Gestap per la sua avversione pubblica al nazismo, rappresentò Grundtvig come il riformatore cristiano del nord con radici profonde in Lutero, nel suo dramma teatrale *Egelykke*.

Quanto per Koch di Grundtvig andasse ripreso, a quali trazioni o conversioni andasse sottoposto il suo 'impianto' perché potesse risultare utile a

---

<sup>40</sup> HAL KOCH, *N.F.S. Grundtvig. Människan. Diktare. Folkeledaren*, Natur & Kultur, Stockholm, 1941; HAL KOCH, *Grundtvig*, The Antioch Press, Ohio, 1952. Il volume fu poi pubblicato in Francia nel 1944 ed in Germania nel 1951.

<sup>41</sup> Interessanti furono i suoi studi sulle origini della social-democrazia. Per un confronto, si veda: HARTVIG FRISCH, *Pest over Europa – Bolschevisme, Fascisme og Nazisme* (Peste in tutta Europa – Bolscevismo, Fascismo e Nazismo), Henrik Koppels Forlag, København, 1933.

<sup>42</sup> KIM ARNE PEDERSEN, *Grundtvig, det sociale spørgsmål og velfærdssamfundet* (Grundtvig, la questione sociale e la società del benessere) nel vol. *I himlen således også på jorden? Danske kirkefolk om velfærdsstaten og det moderne samfund* (Nel cielo così come in terra? Il popolo della chiesa danese sullo stato del benessere e la società moderna) a cura di Nils Gunder Hansen, Jørn Henrik Petersen, Klaus Petersen, Syddansk Universitetsforlag, Odense, 2010, p. 90. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 341-342.

scalare la montagna della democrazia è questione di grosso fascino.

Le ragioni dell'interesse di Koch furono molteplici. Anzitutto, ragioni di interesse storico. Per uno storico della chiesa il cui nobile scopo è il *descrivere*, il grundtvigianesimo in risveglio sul cadere degli anni Trenta, non poteva non suscitare coinvolgimento per un 'uso della storia' con la finalità del presente. La storia – s'è già visto qualche pagina addietro – non è per Koch messaggera di verità, ma va interrogata e riscoperta per orientarsi nella complessità del presente. Vi erano, poi, ragioni antropologiche e teologiche: la grundtvigiana convinzione che l'uomo fosse, prim'ancora che cristiano, concretezza storica in dialogo con altri uomini, dava risposta alla radicale distanza qualitativa tra Dio ed uomo, ciò che Barth, in trepida certezza, sapeva essere l'essenza del dramma esistenziale della finitudine. Ed ancora, ragioni politiche: la scommessa sull'individuo, sugli individui, sul loro dovere di resistere a violenze e dittature non poteva che essere lanciata attraverso una rifioritura del senso di appartenenza ad una comunità che condivide tradizioni, lingua e cultura. Non è di certo nella solitudine che va ricercata l'identità d'un popolo. Infine, non di meno, od occasionali, ragioni di 'scuola'. Nel 1935 il maestro Nørgaard aveva dato alle stampe il primo dei tre volumi di *Grundtvigianismen* (Grundtvigianesimo), una accurata ricerca storica sulle origini e sull'evoluzione del grundtvigianesimo, a partire dai concetti cardine del pensiero di Grundtvig<sup>43</sup>.

Il primo contributo di Koch su Grundtvig fu pubblicato sulla rivista *Dansk Teologisk Tidsskrift*, e ciò non avveniva a caso. Nel 1937 Koch aveva assunto, assieme al teologo Niels H. Søe (1895-1978), la direzione della rivista. A causa di dissapori con l'allora redattore uscente, il professore di storia della chiesa Andresen, Koch e Søe intesero rinnovarne da subito i contenuti alla luce del dibattito teologico contemporaneo per sollecitare l'attenzione dei lettori<sup>44</sup>. In *Grundtvig-Litteratur* (Letteratura su Grundtvig), Koch ricostruiva e valutava con spirito critico i contributi danesi più recenti sul pensiero del teologo: Edvard Lehmann, Vilhelm Andersen, Emil Frederiksen, Holger Begtrup, ed infine Nørgaard, il cui lavoro era da Koch lodato e stimato come “[quello] più significativo (per non usare un'espressione più forte) in Danimarca da molti anni”<sup>45</sup>. Senza disconoscere la lezione di Andersen e

<sup>43</sup> ANDERS NØRGAARD, *Grundtvigianismen. Et historisk bidrag* (Il grundtvigianesimo. Un contributo storico) I-III, Kirkeligt Samfunds Forlag, København, 1935-1938. Si veda, sul punto, anche: MARTIN SCHWARZ LAUSTEN, *Danmarks kirkehistorie* (Storia della chiesa di Danimarca), Gyldendal, København, 1983, pp. 316-318.

<sup>44</sup> JES F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. pp. 77-78; TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 140, 360.

<sup>45</sup> HAL KOCH, *Grundtvig-Litteratur*, in: *Dansk Teologisk Tidsskrift* (1939), anche in: HAL KOCH,

di Barth, avrà da essere l'umanismo di Grundtvig espresso in una formula che fa da titolo ad un suo noto poema "*Menneske først og Christen saa*", prima uomo e poi cristiano, così tanto in armonia con la formula dell'Aquinate "*gratia non destruit naturam, sed supponit et perficit*", a dover 'istruire' la nuova generazione di fedeli e di teologi.

Koch, nel rileggere il Grundtvig di Nørgaard, traeva fecondi spunti di riflessione. Il primo e fondamentale: "prima uomo e poi cristiano" non vuol significare che l'uomo prima di diventare cristiano debba aver conseguito un qualche benessere spirituale o materiale. Tutt'altro. L'uomo è peccatore e bisognoso di salvezza. Nonostante la sua miseria, l'uomo, creato ad immagine di Dio attraverso la sua Parola, è una essere dotato di istinto vitale. L'uomo non è una scimmia intelligente, ma il divino esperimento di spirito e materia che ha da acquisire consapevolezza di sé. La progettazione grundtvigiana di forme educazionali e scolastiche popolari capaci di sfidare l'obsoleto nozionismo scolastico – s'è visto poc'anzi – avevano avuto buon gioco a mostrare questo assunto<sup>46</sup>. Dunque: lo spirito dell'uomo (*Menneskeanden*) è una realtà indiscutibile che rende l'uomo, nonostante tutti i suoi peccati, qualcosa di più ed altro che una bestia.

Parimenti indiscutibile è per Koch l'idea di spirito del popolo (*Folkeanden*). Siamo qui, in incontrastata risonanza grundtvigiana, a profili di svolta nel suo pensiero. Se l'uomo è spirito e lo spirito è indiscutibile, se altrettanto indiscutibile è lo spirito 'nazionale' del popolo, allora: "*l'uomo non esiste come individuo, ma come parte del suo popolo, e così come lo spirito dell'uomo si manifesta attraverso la voce, la Parola, lo spirito del popolo attraverso la madrelingua*"<sup>47</sup>. Koch aveva raccolto e rilanciato nella sua confidenza coi testi grundtvigiani, l'assunto secondo cui nell'ordine naturale delle cose (*kundet er Livets orden*), la dimensione nazionale corresse prima di quella cristiana. Grundtvig aveva tenuto congiunta la mitologia nordica alle profezie contenute nel Libro della Rivelazione quanto al rapporto tra chiese nazionali e comunità linguistiche di riferimento e, – mi sia permessa una lunga citazione – aveva osservato che: "*non c'è nulla di più puro, di più caldo e limpido della lingua madre di un popolo che, come il Vangelo (...) incide sulle espressioni di vita e l'illuminazione nel corso degli anni. Ora la storia ci insegna che la madre lingua di ogni popolo corrisponde al suo orizzonte nazionale e ai suoi stadi di sviluppo. Quindi, in termini di spazio e tempo, la Cristianità vivente*

---

*Grundtvig-Litteratur* nel vol. in Id., *Lidt af bvert*, København, 1940, pp. 84-128, spec. p. 114.

<sup>46</sup> HAL KOCH, *Grundtvig*, cit. pp. 157-158.

<sup>47</sup> *ivi*, p. 127.



*deve essere sempre nazionale e può comprendersi soltanto nella misura in cui un popolo e la sua lingua madre siano cristianizzate (...)*<sup>48</sup>.

In breve: lo spirito del popolo (*folkeaanden*) s'invera nel patrimonio condiviso ed ereditato di esperienze intellettuali e spirituali di un popolo (*folkelighed*)<sup>49</sup>. Sebbene la dimensione umano-nazionale non possa rimpiazzare quella cristiana, di essa costituisce il prerequisito. Koch interprete di Grundtvig, e persuaso dalle riflessioni di Nørgaard, concludeva così: “*la dimensione umana non esiste al di fuori del patrimonio ereditario di un popolo*”<sup>50</sup>. In questi passaggi si profila non un'occasionale contingenza: Grundtvig è, per Koch, attualità, è concreta apertura ai segni d'una 'salvezza' per resistere alle intemperie sociali e politiche degli anni della guerra.

## 7. Danskhed. Il risveglio dell'identità danese

Come si è avuto modo di vedere, nel 1939 Koch, apertosi alla lezione di Grundtvig, aveva recensito una serie di studi recenti sul suo pensiero. Appena un anno dopo i danesi furono svegliati dal rombo di aerei e dallo scoppio di bombe e artiglierie nemiche. Il 9 aprile del 1940 le truppe naziste occuparono la piccola Danimarca. Nell'estate e nell'autunno di quell'anno, cospicui gruppi di danesi, di età e provenienze diverse, s'incontravano al fine di discutere forme di resistenza culturale volte alla preservazione della parte più preziosa e gelosa dell'identità e della storia danese<sup>51</sup>. Era venuto il tempo di indossare l'armamentario concettuale di Grundtvig per finalità ulteriori e diverse da quelle squisitamente teoriche.

Il 12 settembre 1940 Koch tenne una lezione dal titolo *Virkelighed* (Realtà) presso la *Kristelig Akademisk Forening* (Associazione accademica cristiana). Quella lezione si rivelò una cruciale chiave di volta nello sviluppo del suo pensiero e per le sorti dell'attivismo politico e culturale del paese. A

---

<sup>48</sup> *ivi*, pp. 159-160.

<sup>49</sup> Il termine *folkelighed* è di difficile traduzione anche alla luce della diversa denotazione che assume nelle attuali lingue. Paul Dam ha ben osservato che *folkelighed* deriva dal sostantivo *folket* (popolo) ed indicherebbe concrete, e non ideali, peculiarità intellettuali e spirituali, presenti, condivise e tramandate, di in un gruppo sociale. Secondo un'altra interpretazione, *folkelighed* può denotare eguaglianza 'sociale' fra i membri di una comunità in virtù del fatto che il lemma *folkelighed* è la combinazione di *folk* (popolo) e *lighed* (eguaglianza). Tuttavia, nel significato grundtvigiano di *folkelighed* sono presenti forti tratti di libertà, quale declinazione di fratellanza. Cfr. sul punto, PAUL DOM, *Grundtvig*, cit. pp. 66-68.

<sup>50</sup> HAL KOCH, *Grundtvig-Litteratur*, cit. p. 127.

<sup>51</sup> STEVEN BORISH, *Hal Koch, Grundtvig and the rescue of the Danish Jews: A case study in the democratic mobilisation for non-violent resistance*, in *Grundtvig-studier*, n. 1, 2009, pp. 93-94.

mio avviso, sono queste pagine che costituiscono il nucleo più duro delle più volte variate considerazioni sul grundtvigianesimo alla luce dei rapporti tra ‘nazione’ e cristianesimo nel fragore di quegli anni.

“Quando il 9 aprile – scriveva Koch con toni appassionati ed intrepidi – la Danimarca è stata trainata nel grande gioco politico europeo, una massa di persone si è rivolta con esasperazione contro coloro che erano stati i nostri leaders [i tedeschi], in politica, in economia e nella vita spirituale: essi hanno ingannato la nostra gente, ci hanno fatto credere che il mondo fosse diverso dalla dura realtà; essi hanno coltivato illusioni, ci hanno fatto credere che la pace e l’atteggiamento internazionale fossero il biglietto d’entrata per vivere nel mondo; ci hanno nascosto che un popolo non può esistere laddove manchino i presupposti militari e soprattutto la volontà di farsi valere”<sup>52</sup>. Qual è, allora – si chiedeva attonito Koch – la vera realtà (*virkelighed*)? L’occupazione era, ai suoi occhi, inganno e propaganda, stordimento degli uomini, se appena un anno prima, il 30 maggio del 1939, la Germania nazista e la Danimarca avevano firmato un patto di non aggressione. La realtà era, ora, per la Danimarca, sprofondamento nella politica tedesca e fallimento della democrazia: “la realtà non è la realtà ben pettinata che la borghesia liberale aveva immaginato”<sup>53</sup>.

“Sono i soldi, la meccanica, il potere e i cannoni a costituire la realtà, oppure la realtà è realtà dello spirito?”<sup>54</sup>: è questo, per Koch, il punto d’avvio obbligato d’ogni possibile lettura del presente che gli era innanzi. È tempo di profonda crisi, ma la crisi può immaginare per sé un percorso di salvezza. Cristianesimo (*kristendom*) e ‘danità’ (*danskhed*) sono la realtà dello spirito, la lotta alternativa a siluri e bombe. Seguiamo più da vicino.

La ‘danità’, il patrimonio di lingua, cultura, atteggiamenti condivisi dal popolo danese, è per Koch un valore fondamentale. Sebbene la ‘danità’ non sia *il* ma *un* valore superiore, un valore tra altri valori che l’uomo costruisce, essa costituisce la radice inestirpabile del popolo danese: “Solo un albero che ha radici ben piantate resiste alla tempesta, non le anime perdute svolazzanti in cerca di valori”<sup>55</sup>. Certo, la ‘danità’ non garantisce alcun futuro al popolo danese: solo in Dio risiede il segreto dell’esistenza ma, – aggiungeva Koch – fintantoché si vive questa vita, essa va vissuta con decoro. La realtà è realtà dello spirito, e lo spirito del popolo danese vive e si rinnova nella ‘danità’.

---

<sup>52</sup> HAL KOCH, *Virkelighed*, nel vol. in Id., *Om tolerance. Udvalgte taler og artikler* (Sulla tolleranza. Discorsi ed articoli selezionati), København, 1966, p. 17.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *ivi*, p. 18.

<sup>55</sup> *ivi*, p. 22.

Come per ‘danità’, così per ‘cristianesimo’. Il cristianesimo non è *il* ma un valore superiore che non comprime gli altri, l’amore per la casa, per la famiglia, per la patria, per il popolo, per la fedeltà, per la giustizia. Il cristianesimo non vive nella vita solitaria di un’anima, né nella singolarità dell’Io kierkegaardiano in un “rapporto assoluto con l’Assoluto”. Il cristiano non ha i piedi su questa terra e la testa nelle nuvole dei cieli eterni. “*La potenza della Risurrezione – così Koch – ci ha rigenerati alla vivente speranza [et levende håb] di vita eterna che il Signore ci ha fatto rifiorire nella sua grande misericordia*”<sup>56</sup>. Tuttavia, la speranza cristiana non è attesa passiva di vita eterna, ma è amore per la vita beata, cammino condiviso con altri uomini, con responsabilità. “È questa vita – scriveva ancora – e non una vita in cielo che Dio ci ha offerto di vivere, ed è in questo che giace la responsabilità. E questa responsabilità si chiama Danimarca”<sup>57</sup>.

L’eredità ricevuta da Grundtvig è messa a frutto da Koch e si intravede limpidamente: spirito del popolo, ‘danità’, cristianesimo, salvezza. *Virkelighed* non è – per sua ammissione – un manifesto politico né un catalogo di regole di etica cristiana: è una chiamata dell’uomo alle responsabilità che gli derivano dall’essere ‘gestore’ della vita beata. Ma, direi, più ancora, una determinazione ulteriore di responsabilità nelle intemperie di quegli anni: “*noi dobbiamo combattere inesorabilmente – esortava Koch con toni retorici – contro coloro che vogliono annientare o derubarci la terra e la lingua. Non soltanto perché noi come l’albero siamo attaccati alla radice, ma anche perché sono la lingua e l’animo danese a farci riportare la confessione, la predicazione e le preghiere a Dio*”<sup>58</sup>. Lungo Grundtvig e prima di Grundtvig c’è Lutero: la Parola di Dio è nelle mani del popolo e nella sua lingua.

## 8. Oltre la *dansked*. Dimensione cristiana e dimensione politica

Koch inaugurava il semestre autunnale del 1940 con una serie di lezioni su Grundtvig aperte agli studenti di tutte le Facoltà dell’Università di Copenhagen, ed in naturale sintonia con i contenuti della *Virkelighed*. Le lezioni, a scadenza settimanale, furono pubblicizzate dalla stampa danese e vantarono un’enorme partecipazione di pubblico al punto da dover essere ripetute. Il successo fu legato anche al fatto che le lezioni furono considerate

---

<sup>56</sup> *ivi*, p. 25.

<sup>57</sup> *ivi*, p. 26.

<sup>58</sup> *ivi*, p. 27.

eventi privati: si ricordi che il 12 aprile del 1940 era stato imposto dai nazisti il divieto di organizzare incontri senza preavviso in luoghi pubblici (*et generelt mødeforbud*)<sup>59</sup>.

Non ci sarà da meravigliarsi se Koch rinnovava negli ascoltatori il risveglio alla storia e alla cultura danese ritrovando quel patrimonio condiviso nelle diverse istanze del pensiero di Grundtvig. In particolare, egli dava voce al romanticismo del giovane Grundtvig, agli anni della crisi spirituale (1810-1811) e della “ineguagliabile scoperta” (1824-1825). Il pensiero di Grundtvig poteva ben essere assunto come testimonianza storica di vita condivisa tra cristiani entro e per la comunità nei modi del luteranesimo<sup>60</sup>. Ancora una volta, la storia, per Koch, è la chiave d’avvio che serve ad illuminare il presente. La pregevolezza e l’utilità della lezione di Grundtvig venne confermata dalla pubblicazione di un collettaneo dei suoi lavori edito da Koch e dal direttore del seminario Georg Christensen (1877-1966)<sup>61</sup>. L’anno è lo stesso: il 1940.

La fama di Koch come seguace di Grundtvig era oramai consolidata. Probabilmente questa fu una fra le ragioni per le quali gli fu proposto di ricoprire la presidenza della *Dansk Ungdomssamvirke* (L’Unione della Gioventù danese), una associazione ombrello, fondata il 25 giugno 1940<sup>62</sup>. La DU raccoglieva al suo interno varie altre formazioni di giovani e di esponenti della vita pubblica tra i quali i politici Jørgen Peder Laurits Jørgensen (1888-1974), Knud Kristensen (1880-1962), Hans Christian Hansen (1906-1960), Aksel Møller (1906-1958). Gli intenti della DU erano ben elencati nello statuto e consistevano nel “fornire assistenza al lavoro delle associazioni su basi culturali e nazionali, e con ciò promuovere l’impegno dei giovani alla ‘danità’ e alla responsabilità verso la madrepatria, rafforzare il sentimento di coesione nella nuova generazione emergente, favorire il rispetto per la storia e il passato della Danimarca e la fiducia verso il futuro della Danimarca”<sup>63</sup>. Insomma: finalità culturali, senza dubbio di stampo nazionalistico, ma nessun intento palesemente politico. Koch assunse l’incarico il 31 ottobre 1940.

Bastò un mese perché il neopresidente cambiasse rotta. Il 20 novembre,

<sup>59</sup> JENS F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. pp. 88-89.

<sup>60</sup> HAL KOCH, *Grundtvigs Krise 1810-11* (1940), nel vol. in Id., *Lidt af Hvert*, cit. pp. 129-152.

<sup>61</sup> N.F.S. *Grundtvigs Udvalgte Skrifter* (Scritti selezionati di N.F.S. Grundtvig), a cura di Georg Christensen, Hal Koch, Gyldendal, København, 1940.

<sup>62</sup> JENS F. MØLLER, *Hal Koch og Grundtvig*, in: *Historisk Tidsskrift*, 104, 2, 2004, p. 397.

<sup>63</sup> HENRIK NISSEN, HENNING POULSEN, *På dansk friheds grund – Dansk Ungdomssamvirke og De ældes Råd 1940-45* (Sulle fondamenta della libertà danese – L’Unione della Gioventù danese e il Consiglio degli Anziani), Gyldendal, København, 1963. Sul punto, cfr. JENS F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. p. 96.

in un discorso tenuto a porte chiuse dinnanzi al Comitato operativo della DU, ai funzionari ed ai membri del Consiglio degli Anziani, Koch annunciava che l'ufficio della Unione sarebbe stato esclusivamente politico (*det politiske*)<sup>64</sup>. Tra lo stupore generale dei presenti, egli argomentava con vigore la discesa in campo della DU nella lotta a favore della democrazia. A fronte d'una crescente e pernicioso 'nazificazione' della gioventù danese<sup>65</sup>, egli reagiva incanalando la 'danità' verso una vera e propria forma di educazione alla democrazia. I giovani andavano avviati allo spirito della convivenza democratica ed istruiti alla democrazia per un futuro di benessere del paese. I tempi in Danimarca stavano prendendo la strada inclinata verso il nazismo, per cui occorrevano strumenti più incisivi del risveglio della coscienza nazionale dei danesi. I nazisti avevano attribuito ai "giovani cugini ariani" danesi e norvegesi una grossa varietà di stereotipi positivi riguardanti il patrimonio biologico ereditario, i comportamenti del gruppo etnico ed i suoi valori. Tuttavia, essi, ad avviso dei nazisti, andavano educati e responsabilizzati contro il bolscevismo e protetti contro i britannici<sup>66</sup>.

A fronte, inoltre, di un indifferentismo strisciante che andava diffondendosi soprattutto tra i più giovani, la 'danità' non andava taciuta ma giocata tutta nel segno dell'educazione alla democrazia e all'azione politica responsabile<sup>67</sup>. Il senso di responsabilità da impartirsi alla nuova generazione con-

<sup>64</sup> TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit., p. 483.

<sup>65</sup> La DU divenne ben presto antagonista della *Idrætsbøjskole* (Scuola superiore di educazione fisica) diretta dall'insegnante di ginnastica Niels Bukh (1880-1950) la cui pedagogia esercitò una grossa attrazione nelle scuole, negli ambienti militari ed in quelli politici della destra radicale. Le sue idee sul culto della salute e della forza fisica, congiunte alle palesate simpatie per il nazismo, evocarono l'immagine di una gioventù danese vigorosa ed orgogliosa, addestrata ai valori di identità nazionale.

<sup>66</sup> STEVEN BORISH, *Hal Koch, Grundtvig and the rescue of the Danish Jews*, cit. p. 96, n. 12.

<sup>67</sup> In una lettera inviata al Direttore della Banca nazionale danese, Carl Valdemar Bramsnæs, Koch confessava i suoi timori riguardo la nazificazione del sistema scolastico ed educativo e l'irregimentazione ideologica della gioventù. "*Compito della DU* – commentava Koch – è politicizzare la gioventù. La parola significa allora: risvegliare l'interesse e la conoscenza dello Stato e della vita pubblica in modo tale che il senso di responsabilità si ridesti (...) *l'esigenza è: risvegliare l'interesse e la responsabilità di essere cittadini nella parte migliore dei giovani che si dovrà fare carico del futuro*". Cfr., *Memorandum til Nationalbankdirektør C.V. Bramsnæs, 23-12-1940* (Memorandum al Direttore della Banca nazionale C.V. Bramsnæs, 23 dicembre 1940). Sul punto, cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. p. 487.

Prima Testimonianza del cambio di rotta di Koch quanto alla 'politica' della DU è la corrispondenza epistolare col filosofo danese K.E. Løgstrup (1905-1981) le cui idee sulla pernicioso sterilizzazione della dimensione politica entro l'Unione sembrano aver esercitato una qualche influenza su Koch. Cfr. JENS F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit., p. 103-107. Koch e Løgstrup furono amici di infanzia e allievi presso la *Metropolitanskolen*; studiarono, poi, teologia e continuarono le loro ricerche in Germania. Nel 1934 Løgstrup non superò il concorso da professore universitario a Copenhagen. Gli interessi scientifici di Løgstrup iniziarono a volgere verso la filosofia della conoscenza alla quale mosse una critica radicale per poi approdare ad una forma di relativismo etico e scientifico. Si veda:

figurava, per Koch, non solo un dovere dei danesi verso il futuro del paese, ma anche una presa di coscienza per le gloriose eredità del passato. Ancora una volta egli affidava alla storia l'ufficio nobile di farsi portavoce di 'memorie nordiche' di governo libero: "cercare di addestrare la gioventù danese – così scriveva contro i tentativi di spersonalizzare i giovani e ridurre le preesistenti associazioni giovanili ad una e una soltanto – vuol significare mirare al governo libero e democratico che dai tempi antichi appartiene alla tradizione danese, e che attualmente consideriamo uno dei nostri tesori più preziosi ed un'importante difesa nella lotta a favore della preservazione della danità"<sup>68</sup>.

Il 1 gennaio del 1941 Koch presentava ufficialmente il suo nuovo programma al giornale della DU, *Lederbladet*. 'Danimarca', 'fondamenta della libertà danese', 'cultura danese', 'lingua e storia danese', sono sinonimi di 'governo libero', 'democrazia' (*folkestyre*). La democrazia non è da considerarsi come "un occasionale punto politico programmatico, ma quale presupposto e fondamento di ogni cosa"<sup>69</sup>. Alla DU, in termini brevi e netti, era affidato il compito di reclutare giovani democratici contro il potere e i soprusi dei nazisti occupanti.

Koch veniva, per le sue vie, al lato di Grundtvig. C'è qualche analogia tra Koch e Grundtvig che occorre ancora sottolineare. Affinché le nuove generazioni si preparassero alla gestione responsabile della *res publica*, Koch rinnovava l'idea dell'educazione alla democrazia e così portava a compimento l'ultima lezione grundtvigiana, la fusione di cristianesimo e politica. Non meno significative erano ed avevano da essere le differenze. La filosofia dell'educazione alla democrazia in Grundtvig segue le vie della *folkelighed*, del patrimonio di esperienze spirituali ed intellettuali condivise storicamente dal popolo danese. In quella intelaiatura Grundtvig aveva dipinto il disegno delle *Folkebøjskoler*. In altre parole, potremmo dire la "cultura nazionale" è ciò che tiene congiunta l'identità di un popolo. Per Koch, la dimensione culturale è proprio quello che di fatto separa gli individui, li disperde in solitudine e non li accomuna nella lotta per la democrazia. "Nella realtà – così affermava – non c'è nulla che divida così tanto profondamente come la

---

KNUD EJLER LØGSTRUP *Den etiske fordring* (La richiesta etica), Gyldendal, København, 1956. Nel 1943 Løgstrup conseguì la cattedra di Etica e Filosofia della religione nella Facoltà di Teologia presso la neo-fondata Università di Aarhus.

<sup>68</sup> HAL KOCH, *Dansk Ungdomssamvirke og den 9 april* (L'unione della gioventù danese e il 9 aprile), in *Social-Demokraten*, 27 dicembre 1940. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 511-512.

<sup>69</sup> HAL KOCH, *Hvad er egentlig Dansk Ungdomssamvirke, og hvad vil det?* (Cos'è in realtà l'Unione della gioventù danese, e a cosa aspira?), in: *Lederbladet*, 1941. Cfr. JENS F. MØLLER, *Hal Koch. En biografi*, cit. pp. 107-110.

'cultura'. *Provate a mettere insieme una contadina della parte occidentale dello Jutland con una signora della borghesia di Copenhagen e vedrete cosa le separa. E se consideriamo la 'cultura' in senso ampio, come vita spirituale, non credo che il risultato sarebbe migliore*<sup>70</sup>. Da ciò segue che la *dansked* non è più, per Koch, il luogo esclusivo di autenticazione degli individui entro una comunità. Il presupposto di un sano accordo tra gli individui va ricercato altrove. Un salto, diremo, quanto che ancora Koch fosse nel solco grundtvigiano.

Non è nemmeno la religione l'elemento unificante nei rapporti tra gli individui. Leggiamo ancora Koch: *"per le orecchie di molte persone questo suonerebbe come una mancanza di spiritualità ma io sono convinto che sia la cosa giusta. È la dimensione politica (det politiske) che ci unisce nella sostanza, profondamente"*<sup>71</sup>. Memorie di discordie interne al luteranesimo danese – si ricordi l'estremismo della *Indre Mission* – agivano incessanti in Koch. Per 'dimensione politica', egli intende *"il fatto innegabile che siamo ora qui insieme al fine di regolamentare le nostre relazioni in un modo o in un altro e nel fatto che siamo noi a farlo e nessun altro"*<sup>72</sup>. La dimensione politica è un fatto e resta tale sebbene essa presupponga l'esistenza di certe idee o atteggiamenti nella coscienza e nell'esperienza degli individui entro una comunità. Koch depura la dimensione politica da connotazioni culturali e religiose e la confina al mero fatto della partecipazione libera tra persone – siano essi contadini, accademici, operai, funzionari, credenti e non credenti – che rivendicano l'esser padroni in casa propria. Si potrebbe anche dire che Koch allarga la forbice grundtvigiana tra dimensione 'umana' (*det menneskelige*) e dimensione 'cristiana' (*det kristelige*): la prima, quella umana, esige cura gelosa e rispetto. L'esperienza umiliante dell'occupazione aveva scavato una profonda crisi nella vita e nella libertà degli uomini, crisi irrisolvibile con gli strumenti astratti della 'cultura': spirito del popolo, eredità del passato, 'dantità', valori culturali non potevano più curare essi da soli i dolori lancinanti di un popolo ferito. *"Voglio mettere in guardia – così scriveva con apprensione – le persone che parlano troppo di "dimensione culturale" (den kulturelle). Essa è una parola molto pericolosa, allettante da usare proprio perché non c'è nessuno che in realtà sa cosa essa significhi"*<sup>73</sup>.

Dietro il velo della 'cultura' si possono celare massificazioni e peggio ancora intransigenze. Non può, di certo, essere taciuto che i totalitarismi

---

<sup>70</sup> HAL KOCH, *Dagen og Vejen* (Il giorno e la via), Westermann, København, 1942, p. 16.

<sup>71</sup> *ibidem*.

<sup>72</sup> *ivi*, p. 18.

<sup>73</sup> *ivi*, p. 16.

del Novecento europeo avevano tratto ragioni ed alimento proprio da un “nazionalismo culturale” il cui spirito, silenziosamente operante, aveva condotto ad esiti autoritari. La democrazia era, allora, la sola risposta possibile la cui realizzazione imponeva un impegno pieno e strumenti di bisogni e di scopi: l’educazione (*opdragesle*). Seppure con tutte le cautele che convenivano – l’educazione è la sola che “può trasformare i membri di una comunità in cittadini adulti”<sup>74</sup>.

Ecco, dunque, l’impresa di Koch: la grundtvigiana filosofia dell’educazione era la lezione da riproporre e difendere strenuamente. Educare i giovani alla democrazia vorrà significare insegnar loro a porsi domande e a pensare in modo critico, a non ragionare con intransigente dogmatismo e a non giungere a conclusioni unidirezionali. Educare alla democrazia “è compito di gran lunga più difficile – ammoniva Koch – rispetto a quello di educare all’ortodossia, sia essa di natura platonica, cattolica o marxista”<sup>75</sup>. L’architettura democratica di un paese avrà da essere poggiata sull’educazione civica da impartirsi nelle scuole e nelle formazioni sociali, luoghi in cui i giovani imparano a conoscere metodi ‘parlamentari’ di discussione, a costruire una opposizione, ad argomentare, a sviluppare capacità organizzative e ad acquisire diffidenza nei confronti di coloro che si arrogano in modo autocratico il diritto di decidere per e sugli altri. L’educazione alla democrazia è arte del dialogo (*samtalen*), dialogo che per Koch è, incodizionatamente, la “spina dorsale di ogni democrazia”<sup>76</sup>.

Koch ha implicita e viva la lezione di Grundtvig. Egli sembra mettere a frutto alcuni assunti della filosofia dell’educazione di John Dewey (1859-1952). Le concordanze mi appaiono essere particolarmente significative tanto che oserei dire essere Dewey un autore segreto di Koch. Nelle sue proficue riflessioni su ‘democrazia’, Dewey, filosofo pragmatico e pedagogo, tiene congiunte teoria politica e filosofia dell’educazione entro lo scenario del liberalismo. In *Democracy and Education*, 1916, Dewey aveva sviluppato una concezione democratica dell’educazione basata sull’idea per cui l’educazione fosse un processo sociale capace di trasformare l’ordine sociale e costruire “a form of social life in which interests are mutually interpenetrating”<sup>77</sup>. Il suffragio universale non è, per Dewey, garanzia di un governo di successo fintantoché gli elettori e gli eletti non fossero educati alla democrazia. Solo

---

<sup>74</sup> *ivi*, p. 46.

<sup>75</sup> HAL KOCH, *Ungdomsopdragelsen* (Educazione della gioventù), nel vol. *Nordisk Demokrati*, a cura di Hal Koch, Alf Ross, Westermann, København, 1949, p. 402.

<sup>76</sup> *ivi*, p. 399.

<sup>77</sup> JOHN DEWEY, *Democracy and education* (1937), Wilder Publications LLC., Radford, 2008, p. 79.



e soltanto l'educazione critica può fornire un valido sostituto alle ingerenze di autorità esterne in una società. Per Dewey, la democrazia è qualcosa d'altro ed in più che una forma di governo: essa è, anzitutto, “*a mode of associated living, of conjoint communicated experience*”<sup>78</sup>. La democrazia è un esperimento civico da ‘costruirsi’ non solo nell’arena politica, ma in vari altri ambiti della vita sociale: scuole, posti di lavoro, associazioni, gruppi sociali. Prendendo le distanze dal modello platonico di educazione, dalla concezione ‘individualistica’ del XVIII secolo e, non di meno, da quella ‘idealista-istituzionale’ del diciannovesimo secolo, Dewey vedeva nella più ampia condivisione di interessi e nella salvaguardia della più variegata libertà e capacità individuali il nocciolo duro di ogni società democratica. Una società per diventare democratica avrebbe dovuto, per Dewey “*facilitare l'eguale partecipazione al bene comune di tutti i suoi membri*” e “*fornire un flessibile riadattamento delle sue istituzioni attraverso l'interazione delle diverse forme di vita associata*”<sup>79</sup>. Di ciascuna di queste – democrazia, educazione, interazione delle forme di vita associate – si lasciano intravedere segni e prospettive nella filosofia dell'educazione di Koch. L'educazione è il più alto beneficio che una società possa vantare per prepararsi alla ‘scommessa’ della democrazia<sup>80</sup>.

Non sarà soltanto il rapporto deweyano tra democrazia ed educazione ad assegnarsi un posto nelle riflessioni di Koch, ma anche, e soprattutto, quello più ampio e potente di democrazia quale “*way of life, social and individual*”<sup>81</sup>, forma di vita che pervade ogni aspetto della società. Ma di questo, e della democrazia come dialogo (*samtalen*) si vedrà più innanzi. Per ora, per chiudere il tema, mi preme insistere ancora un po' sui rapporti di identità e differenza tra politica e cristianesimo in vista della edificazione d'una società secolarizzata.

---

<sup>78</sup> *ivi*, p. 80.

<sup>79</sup> *ivi*, p. 90.

<sup>80</sup> Su una ricostruzione dei profili filosofico-giuridici del pensiero di Dewey, si veda: CARLA FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, Clueb, Bologna, 1990.

<sup>81</sup> JOHN DEWEY, *Democracy and Educational Administration*, in vol. *The Later Works, 1925-1953*, a cura di Jo Ann Boydston, Southern Illinois University Press, 1987, p. 217.

## 9. Cristianesimo versus democrazia

Le pagine del volumetto *Dagen og Vejen* (Il Giorno e la Via), 1942, mostrano e svolgono le note ora proprie dell'impresa di Koch: l'idea che non solo la cultura, non debba compiere l'ufficio di tessuto connettivo della società ma anche la religione. Dio è onnipresente in tutte le relazioni umane ma da esse si ritira progressivamente e lascia agli uomini la gestione della vita comune e la risoluzione delle controversie terrene. Con altre parole, lo spazio della religione si riduce, ed arretra di fronte alla faticosa costruzione di una società democratica secolarizzata. Il cristianesimo non invoca poteri divini quando la miseria umana bussa alla porta: il cristianesimo è confinato alla predicazione della salvezza che è attuazione della Parola di Cristo e sorgente di fede. La 'politica' è, per parte sua, lo spazio in cui "*la Legge, la Giustizia, la Verità, la Libertà, la Responsabilità costituiscono le condizioni basilari, che sia ascoltati o meno la parola del Vangelo*"<sup>82</sup>. I cristiani non rivestono posizioni privilegiate né custodiscono antidoti speciali, essi condividono con tutti gli altri, cristiani e non, un'esistenza di solidarietà. Ancora, e per sempre, con Koch, c'è Lutero.

Lutero non è stato mai fuori dal cristianesimo di Koch. Le sue riflessioni contro i tentativi di 'riarmo morale' promossi ad opera degli ambienti oxoniensi ne costituivano, come abbiamo avuto modo di vedere qualche pagina addietro, acquisizioni mai messe in questione. Vediamo ora, più da vicino, come Koch, nella sua confidenza coi testi di Lutero, le raccogliesse nuovamente e le rilanciasse riguardo al rapporto tra cristianesimo e 'politica'.

Per Lutero l'uomo è libero e sottomesso allo stesso tempo: nell'affermazione della tesi "un cristiano è un libero signore sopra ogni cosa, e non è sottoposto a nessuno" e, di quella opposta, "un cristiano è un servo volenteroso in ogni cosa, e sottoposto a ognuno", Lutero rifletteva la doppia natura dell'uomo cristiano. L'uomo cristiano "*secondo l'anima* – scriveva Lutero – *è detto uomo spirituale, nuovo, interiore; secondo la carne e il sangue, è detto uomo corporale, vecchio ed esterno*". Questa formulazione paradossale non significa disgiunzione di spiritualità e corporalità, anima e carne, ma serve, in Lutero, a non ridurre l'individuo o all'una o all'altra natura. L'uomo spirituale è libero non per il compimento di opere o atteggiamenti esteriori, "*nessuna cosa esterna* – annotava Lutero – *può farlo libero né pio*"; ma è la fede nella parola di Dio, la predicazione di Cristo, "il vivente verbo di Dio" (e non la materialità della Bibbia), l'unica opera che può rendere un uomo

---

<sup>82</sup> HAL KOCH, *Dagen og Vejen*, cit. pp. 60-61.

un cristiano. Questa è la libertà cristiana, la sola fede, l'essenza del cristianesimo. Lutero, non si manchi di sottolinearlo ancora, era anche nel cuore dei convincimenti di Grundtvig.

Tuttavia – qui torniamo al cristianesimo kochiano del *Dagen og Vejen* – l'uomo è anche, per natura, corporale: “*in quanto è libero, non ha bisogno di fare nulla* – ancora Lutero – *in quanto è servo deve fare tutto*”<sup>83</sup>. Ecco il paradosso: libero e servo, al contempo. Che la spiritualità dell'uomo non debba degradare a mera esteriorità, non vuol significare che la spiritualità debba tenere l'esteriorità per disgiunta. Il punto, è, ora, la libertà a servizio del prossimo: la vita corporale in terra non va vissuta nell'ozio e nell'isolamento dell'anima con Dio, ma nella disciplina del proprio corpo e nelle relazioni con gli altri uomini corporei, affinché il corpo “*sia reso obbediente e conforme all'uomo interiore e alla fede*”<sup>84</sup>. Ma con un'avvertenza: “*buone, pie opere non fanno mai un uomo buono e pio; ma – continuava Lutero – un buono, pio uomo fa buone, pie opere*”<sup>85</sup>. La solidarietà tra uomini cristiani che vivono questa vita corporale presuppone la fede, sorgente spirituale dell'agire cristiano. Vi è in questi riferimenti tutta la forza del luteranismo di Koch nelle sue prime riflessioni intorno a democrazia e al processo di secolarizzazione della comunità politica.

*Det kristelige og det politiske* (La dimensione cristiana e la dimensione politica), 1942, è il primo lavoro in cui Koch sistematizzava le sue riflessioni sul rapporto tra 'politica' e 'religione' e iniziava a congegnare l'ossatura argomentativa intorno a 'diritto e democrazia'. Il saggio esibisce una significatività duplice. Il primo: 'politica' e 'religione' sono rivisitate nel segno delle lezioni di Lutero e di Grundtvig. I temi si susseguono: 'danità' e cristianità' in rapporto di gradi e progresso; cristianesimo come predicazione del Vangelo; Dio vivente della Bibbia e comunità vivente di fedeli; impossibilità d'una etica cristiana di salvezza per il Regno di Danimarca; ricasazione del modello cattolico, gerarchico ed autoritario, dei rapporti tra Stato e chiesa. Koch teneva lo Stato (*Staten*) come sinonimo di 'società' (*Samfundet*) e di 'popolo' (*Folket*): le ragioni della sinonimia giacevano nel fatto che questi termini denotassero, a suo avviso, il medesimo oggetto, “azioni comuni”, azioni alle quali “*gli abitanti di un paese dovranno uniformarsi o di fatto si sono uniformati, se decidono di vivere insieme*”<sup>86</sup>. Dalla fecondità della antro-

---

<sup>83</sup> *ivi*, p. 42.

<sup>84</sup> *ivi*, p. 43.

<sup>85</sup> *ivi*, p. 47.

<sup>86</sup> HAL KOCH, *Det kristelige og det politiske*, in *Lederbladet*, 1945, p. 8. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. p. 617.

pologia dualistica di Lutero riguardo alla ‘doppia’ natura, spirituale e materiale dell’uomo a cui corrispondono due istituti in reciproca autonomia, Stato e chiesa, ne viene per Koch che così come lo Stato non prepara le anime al regno dei cieli, la chiesa, per parte sua, non impone leggi al regno della terra. Lo Stato è un istituto il cui ufficio consiste nel trovare soluzioni giuste e ragionevoli a casi concreti. “Questo è il motivo per cui – così Koch – *il Diritto e il Potere sono inseparabilmente connessi con l’essenza dello Stato*”<sup>87</sup>. Allo Stato che riflette e si riflette nella unificazione ed interazione tra diritto e potere, spettano i compiti di perseguire e realizzare la pace, applicare il diritto (*Ret*) e conformare la propria attività decisoria ai principi della ragionevolezza (*Rimelighed*) e della equità (*Billighed*). Vi è qui, non è disagiata a dirlo, un tratto che accomuna Koch e Aristotele: l’equità come “giustizia del caso concreto”.

Siamo al secondo punto, di grosso fascino ma non meno complicato: se da una parte Koch denuncia i mascheramenti ideologici e religiosi della ‘dimensione politica’ e ricomponne la figura dello Stato nelle sue uniche determinazioni di diritto e potere, dall’altra, sembra gettare i presupposti ontologici d’un giusnaturalismo tutto *suo*, in accettazione delle ragioni dell’istituzionalizzazione e del diritto come forza. Sotto il nome di ‘democrazia’ stavano contratti e erano tutt’uno, politica, poteri, Stato e ‘giustizia’. Cos’è, quindi, la democrazia?

Nelle pagine di *Det kristelige og det politiske*, ‘democrazia’ è rappresentata come la forma ‘giusta’ di governo ed è proposta, da Koch, nei modi d’un inventario: ‘democrazia’ è “*luogo di discussione generale*” (*man tales ved om tingene*); “*luogo in cui vige il rispetto reciproco*” (*gensidig respekt*); “*luogo in cui si perviene alla giusta soluzione*” (*den rette løsning*). In una parola: luogo di dialogo (*samtalen*) fondato sul presupposto che si dia una “coscienza umana” (*en menneskelig Samvittighed*) guidata dalla *lex naturalis* la cui miglior formulazione, per Koch, è la cosiddetta regola d’oro (*den gyldne Regel*) comandata da Gesù e contenuta nel Vangelo di Matteo: “*Tutte le cose che voi dunque volete che gli uomini vi facciano, fatele anche voi a loro*”<sup>88</sup>. Koch riportava la democrazia entro il messaggio cristiano: “*la vita – con le sue parole – non è un pezzo di argilla che possiamo modellare a nostro piacimento; essa ha le sue proprie leggi fondamentali [Grundlove] che dobbiamo e dovranno essere rispettate (...) le leggi fondamentali sono quelle che noi indichiamo*

---

<sup>87</sup> *ivi*, p. 9.

<sup>88</sup> *ibidem*.

con le parole ‘Giusto’, ‘Libertà’, ‘Rispetto per l’uomo’<sup>89</sup>. Come poi vedremo, nel lavoro postumo sulla democrazia, queste idee verranno confermate nelle intenzioni ma riformulate nei ritmi e nelle interazioni.

Dunque: ‘democrazia’ non è puro apparato tecnico, luogo di esteriorità di forze e di applicazione di regole. Compito del politico, in quanto uomo, è sforzarsi di comprendere, dar conto ed aver cura delle leggi fondamentali della vita che, se infrante, condanneranno l’umanità alla spaventevole “*abominazione della desolazione*” (*Livets øde*). Koch parla il linguaggio profetico della Bibbia nel segno della tribolazione e d’una impietosa condanna degli anni della grande guerra. La durezza di quella pagina lasciava configurare il suo spirito religioso e mostrava, quale che fosse il progetto giusnaturalistico – una base ontologica. In una sorta di appello, scriveva: “è il senso morale [*moralske Fornuft*] degli uomini, spesso molto fragile, a dover guidare la società”<sup>90</sup>. Contro ogni lettura che schiacciava il diritto a mero complesso di norme giuridiche e, non meno, il cristianesimo a mera cura di anime, Koch ridisegnava i percorsi di cristiana speranza. Pur muovendo dalla luterana separazione tra regno di Dio in cui governa il Vangelo e l’uomo è solo dinnanzi a Dio, e regno terreno in cui governano la legge e le azioni umane e l’uomo è posto *in relatione* con gli altri, egli ritrovava, nell’amore e nella cura per il prossimo, una significativo collegamento (*en forbindelse*)<sup>91</sup>.

Queste che ho discusso, sono pagine che costituiscono il nocciolo duro delle prime riflessioni di Koch su ‘democrazia’ e sul rapporto tra ‘democrazia’ e ‘cristianesimo’. È un Koch ancora prevalentemente attento a Lutero ed interlocutore di Grundtvig, ma già aperto ad altre lezioni. Il pragmatista John Dewey – le cui riflessioni sul ruolo dell’educazione civica nel processo di emancipazione della società l’avevano già segnato – e, non meno, la *defensio* appassionata del sociologo e filosofo Tomá Masryk, primo Presidente cecoslovacco, giocheranno un ruolo cruciale nella sua compiuta elaborazione del concetto di democrazia. È tempo di darne uno sguardo ravvicinato entro il dibattito danese del dopoguerra.

---

<sup>89</sup> *ibidem*

<sup>90</sup> *ibidem*

<sup>91</sup> *ivi*, p. 13.

## 10. Cos'è la democrazia?

Nel 1945, dopo la resa della Germania nazista, un fervente dibattito sulla portata e tenuta della democrazia fu ospitato su riviste e quotidiani danesi. Il dibattito vide la partecipazione di numerosi esponenti della vita accademica e politica del paese: Paul Andersen (1888-1977), Georg Christensen (1877-1966), Mogens Fog (1904-1990), Paul Henningsen (1894-1967), Stephan M. Hurwitz (1901-1981), Paul Nørlund (1888-1951), Alf Ross (1899-1979), Frederik Zeuthen (1888-1959)<sup>92</sup>. Tra essi, su e quanto a crisi europea e democrazia Koch non mancò. “*Ordet eller Sværdet*” (La parola o la spada), “*Ret og magt*” (Diritto e potere), “*Loke og Thor*” (Loke e Thor) furono solo alcuni dei suoi contributi accolti da giornali della Resistenza danese negli anni dell’occupazione tedesca censurati<sup>93</sup>. La gran parte delle riflessioni contenute in quegli scritti furono raccolte poi nel piccolo, lucido ed affascinante manoscritto *Hvad er demokrati?* (Cos’è la democrazia’). Koch, storico prima ancora che pensatore cristiano, dava qui forma organica alle sue riflessioni su ‘democrazia’. Tradizione greca, cultura cristiana e luteranesimo costituiscono lo scenario entro cui ritrovare il pulsare vivo dell’idea di democrazia. Il lavoro – tutt’oggi apprezzato per l’indubbio valore politico, etico e religioso – ebbe grossa risonanza in quegli anni, in particolare negli ambienti politici di sinistra e social-democratici. Non va trascurato il fatto che l’esperienza da presidente della DU, le pagine su ‘cristianesimo’ e ‘politica’, ‘diritto’ e ‘democrazia’ volgevano tutte nella direzione d’un egualitarismo socialdemocratico. Frequenti furono le sue partecipazioni a gruppi di intellettuali della sinistra moderata organizzati dalla moglie, l’accademica Bodil Koch (1903-1972), poi ministro per gli affari religiosi. Pur senza lasciarsi coinvolgere in un attivismo strettamente partitico, Koch abbracciò l’ala sinistra della socialdemocrazia.

“*D’un tratto il mondo si svegliato ed ha appurato con sorpresa di essere diventato democratico*”<sup>94</sup>. Così, con pungente ironia, Koch, a fronte delle

---

<sup>92</sup> Una serie di articoli pubblicati su diversi giornali della resistenza danese nei primissimi anni del secondo dopoguerra sono stati raccolti in un volume collettaneo. Si veda: *Strid om Demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46* (Lotta per la democrazia. Articoli da un dibattito danese 1945-46), a cura di Søren Hein Rasmussen e Niels Kayser Nielsen, Aarhus Universitetsforlag, Aarhus, 2003, pp. 18-26. Sul dibattito danese degli anni del dopoguerra sul tema della democrazia, rinvio al mio: *Giù dalla torre d’avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2/2017, in corso di stampa.

<sup>93</sup> Tra le riviste che accolsero il vivace dibattito di quegli anni su democrazia si ricordino, *Frit Danmark*, *Politiken*, *Berlingske Aftenavis*, *Frie Ord*, *Land og Folk*, *Social-Demokraten*.

<sup>94</sup> HAL KOCH, *Hvad er Demokrati?* (Cos’è la democrazia’) (1945), Gyldendal, Copenhagen, 2009, p. 7.

abominevoli dittature della storia che avevano cancellato anni di battaglie democratiche, prendeva a chiedersi cosa fosse ‘democrazia’. Da un lato l’emergente fascino della grande potenza economica e militare dell’Unione Sovietica, dall’altro, il capitalismo americano e l’affermazione di un modello di democrazia liberale, rendevano necessaria una sorta di ‘disciplinata’ analisi del concetto di democrazia. ‘Democrazia’ non è una formula, non è né un sistema né una dottrina; non è una vittoria, ma una battaglia che continua incessantemente. ‘Democrazia’ è, per Koch, un pensiero (*tankegang*), una forma di vita (*livsform*) “che si adatta e che si vive nella parte più intima della vita quotidiana, nelle relazioni con la famiglia e con i vicini, poi in relazione con cerchie esterne più ampie, con i connazionali, ed infine con le altre nazioni”<sup>95</sup>, ed ancora “un ritmo della vita [*livstempo*] che si acquisisce un po’ alla volta”<sup>96</sup>.

“Forma di vita” è, nelle sue implicazioni, una formula che riecheggia, per la complicità di intuizioni, bisogni e finalità, la “*way of life*” di John Dewey più che non altre similari formule ricorrenti nella cultura europea. Nel suo *Democracy and Educational Administration*, 1937, Dewey, in continuità con le istanze del suo pragmatismo, e prima anche delle formule, aveva lasciato chiaramente intravedere la sua insoddisfazione nel quando ‘democrazia’ fosse stata declinata secondo le categorie del linguaggio meramente politico. ‘Democrazia’ per Dewey è, certamente, una forma politica di governo, un metodo per la costruzione di decisioni basate sul suffragio e sul principio della maggioranza. Ma non solo: ‘democrazia’ è qualcosa di molto più ampio e profondo. E così aveva scritto: “ [*democracy*] is (...) a way of life, social and individual. The key-note of democracy as way of life may be expressed, it seems to me, as the necessity for the participation of every human mature being in formation of the values that regulate the living of men together”<sup>97</sup>. La ‘democrazia’ è l’espedito storicamente più riuscito di organizzazione d’una società che intenda perseguire davvero (*truly*) un modo di vivere fondato sul rispetto dell’uomo, delle relazioni umane e sul pieno sviluppo della personalità umana<sup>98</sup>.

S’apriva in Danimarca con Koch un modo altro di pensare alla democrazia e ai suoi uffici. Come per Dewey, anche per Koch la democrazia non esaurisce la sua portata di significato nel concetto di ‘democrazia politica’.

<sup>95</sup> *ivi*, p. 13.

<sup>96</sup> *ivi*, p. 57.

<sup>97</sup> JOHN DEWEY, *Democracy and Educational Administration*, cit. p. 217.

<sup>98</sup> *ivi*, p. 218.

Si danno due modi perché una qualsivoglia decisione sia adottata e rispettata da un gruppo: il primo è fondato sulla volontà del più forte, una sorta di legge della giungla. Il secondo è fondato sul dialogo (*samtale*) fra le parti in conflitto che tentano di esaminare il caso da diverse prospettive e si sforzano realmente di addivenire alla decisione, a loro avviso, più ragionevole ed utile alla risoluzione del conflitto. Questo secondo modo si chiama, per il teologo danese, democrazia. E poi aggiungeva: “*sono il dialogo [dialogen], la comprensione ed il rispetto reciproco [den gensidige forståelse og respekt] a costituire l'essenza della democrazia*”, ed ancora, “*così intesa, la democrazia è qualcosa di molto più onnicomprensivo che una determinata forma di organizzazione della società. Essa è (...) una forma di vita [livsform] che riguarda tutte le relazioni in cui gli uomini a che fare gli uni con gli altri*”<sup>99</sup>.

Già qualche anno prima, in *Dagen og Vejen*, Koch aveva lasciato intravedere i contorni di questa formula. Contro l'assolutezza di qualsivoglia forma di governo, e a favore d'una democrazia che opera invisibilmente nella vita quotidiana di ogni individuo aveva sostenuto: “*quello che è decisivo non è quello che accade a Christiansborg (...) ma quello che accade fuori, nella vita libera delle persone (...) quello che accade ogni qual volta ci si incontra in una comunità [Fællesskabet] e questo accade molte volte nel corso del giorno ad ognuno di noi indistintamente*”<sup>100</sup>. L'avvio di Koch ha al suo arco Dewey ed il suo avvio non suona diverso: la riprova, s'è visto, è nei testi.

La modalità di acquisizione della ‘democrazia’ consiste – per Koch interprete di Dewey ma anche erede della filosofia dell'educazione di Grundtvig – nel costante lavoro dell'educazione civica e politica (*folkelig opdragelse*) e dell' ‘illuminazione’ popolare (*folkeoplysning*) da realizzarsi non solo attraverso l'istituzione di scuole pensate per questo scopo, le *folkeskole*, ma anche dalle università e da qualsiasi altra forma associativa popolare<sup>101</sup>. Di questo già si è detto, con maggior dovizia di dettagli, pagine addietro. Varrà, qui, ricordare che una siffatta filosofia dell'educazione serviva a Koch per smantellare le riflessioni filo-dittatoriali del professore di scienza giuridica e diritto civile presso la Università di Copenhagen, Frederik Vinding Kruse (1880-1963). Questi, nel 1944, aveva, infatti, pubblicato un grosso lavoro in due volumi, *Det kommende Samfund* (La società a venire). Non sosteneva gli assunti del nazionalsocialismo, ma aveva recusato ferocemente la democrazia in quanto forma di governo fondata sull'im maturità, incompetenza

<sup>99</sup> HAL KOCH, *Hvad er Demokrati?*, cit. p. 16-17. Si veda, anche, HAL KOCH, *Ordet eller Sværdet*, in *Skrift om Demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, cit. pp. 65-66.

<sup>100</sup> HAL KOCH, *Dagen og Vejen*, cit. p. 39.

<sup>101</sup> *ivi*, pp. 13, 47.



e dilettantismo del popolo, e per la ragione, non meno significativa, che la democrazia aprisse la strada a politici incapaci di gestire la *res publica* dacché travolti dalla brama delle proprie ambizioni personali e dal loro senso morale. Nonostante Koch stesso ravvisasse una profonda immaturità politica nel popolo, diffusa sin anche tra le classi abbienti e borghesi, impostò, contro Kruse, la sua *defensio* nel nome dell'educazione alla cittadinanza e all'educazione civica e politica<sup>102</sup>.

È innegabile che il dialogo debba poi sfociare in una decisione. Ma si badi: per Koch non sono il voto e la regola della maggioranza a disegnare i confini di 'democraticità' di una decisione. Una bieca propaganda potrebbe far giungere ad esiti non diversi da quelli di una decisione imposta con la violenza delle armi. Si direbbe: nessuna differenza di fondo con le spade e le lance di Achille ed Agamennone, ed i carri armati e gli aerei della grande guerra<sup>103</sup>. Non basta, quindi, rilevare che la decisione è presa dalla maggioranza – agivano in Koch le memorie dell'ascesa di Hitler e la promulgazione delle leggi razziali – piuttosto bisogna capire come si può giungere ad una decisione che possa essere sostenuta da una maggioranza. Mi sia concessa una divagazione: con le dovute cautele, Koch sembra anticipare luoghi di critica dei modelli liberali e repubblicani di democrazia che sfoceranno nella teorizzazione della habermasiana democrazia deliberativa, democrazia fondata sulla vitalità del processo comunicativo, fonte di costruzione dell'opinione pubblica e di decisioni legittime.

Se nelle pagine di Koch il riferimento a Dewey non è reso esplicito, lo stesso non può dirsi riguardo al concetto di democrazia come 'dialogo', 'discussione'. Questa connotazione metteva a frutto, da più d'un lato, il socio-

---

<sup>102</sup> *ivi*, pp. 11-12, 32-54, specialmente pp. 36-40. La vicenda di Kruse fu molto spigolosa. Dubbi su contatti tra Kruse ed il nazismo, alimentati dall'appartenenza segreta di Kruse alla Dnsa (*Danmarks Nationalsocialistiske Arbejderparti*) (Il partito nazional-socialista dei lavoratori della Danimarca), partito di orientamento nazista, imperversarono l'ambiente accademico di Copenhagen e furono resi pubblici in alcuni lavori del filosofo del diritto Alf Ross il quale, ancora rancoroso per le tormentate vicissitudini accademiche che gli costarono il rigetto della sua prima Tesi di dottorato, *Theorie der Rechtsquellen*, censurava il comportamento di Kruse e chiedeva che si indagasse sulle fantasie dittatoriali contenute nei suoi maggiori lavori. Cfr., FREDERIK VINDING KRUSE, *Erkendelse og Vurdering. Erkendelseslærens og etikkenes grundproblem* (Conoscenza e valutazione. Problemi fondamentali dell'etica e della dottrina della conoscenza) (1942), 2, G.E.C. Gad, København, 1952; FREDERIK VINDING KRUSE, *Retslæren* (Teoria del diritto), Nyt Nordisk Forlag, København, 1943; ALF ROSS, *Vinding Kruse og Nazismen* (Vinding Kruse e il nazismo) in *Politiken*, 4 giugno 1945. Per una ricostruzione più dettagliata delle tormentate vicissitudini accademiche di Ross, rinvio al mio, *Il realismo giuridico in Danimarca e Norvegia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 24-41. Sulla filosofia giuridica di Kruse, rinvio altresì al mio, *Realismo nordico e diritti umani. Le 'avventure' del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 75-78.

<sup>103</sup> *ivi*, p. 23.

logo e filosofo Tomáš Masryk (1850-1937), primo Presidente della Cecoslovacchia. La democrazia, nelle pagine di Masryk, non è (solo) una forma di governo, piuttosto una visione della vita (*view of life*) fondata sulla fiducia tra gli individui ed il senso d'umanità. Non di meno, essa è un metodo basato sul compromesso valido per la costruzione di decisioni vincolanti pubbliche e private. Fin qui Masryk – nella varietà di accenti e di ragioni – è come Dewey. In un suo lavoro sulle condizioni per un futuro di pace e democrazia in Europa, Masryk aveva tenuto tra loro distinte la democrazia intesa come organizzazione politica basata sul fondamento etico dell'umanesimo dalla aristocrazia (oligarchia e monarchia) fondata sulla teocrazia, sulla religione e sulla chiesa. La democrazia, per Masryk, non ammette forme di militarismo e di diplomazia segreta e tutela lo sviluppo delle personalità ed il lavoro degli individui. Ed aggiungeva: “*democracy is discussion; men are governed by arguments, not by an arbitrary will and violence*”<sup>104</sup>. Democrazia è, quindi, per Masryk, discussione. In Koch, s'è visto, c'è la stessa aria: la democrazia non è un processo, un meccanismo di conteggio di voti, ma una forma di vita la cui nota propria è il dialogo<sup>105</sup>.

Dunque: Koch è per la realtà viva della 'democrazia', luogo di ritrovamento delle determinazioni costitutive dell'umano, forma di vita di qualsivoglia relazione umana, e non già solamente forma politica di governo basata sulla maggioranza. 'Democrazia' non si esaurisce nella fenomenologia della politica e, non da meno, essa non è la medesima cosa di 'Costituzione'. La Costituzione, per Koch, è un simbolo dal carattere storicamente relativo: la democrazia potrebbe benissimo vivere senza una Costituzione. Le ragioni vengono da sé: “*è l'atteggiamento mentale delle persone ad essere decisivo, non le decisioni normative e le disposizioni sancite dalla legge e contenute in documenti scritti*”<sup>106</sup>. Se da un lato la democrazia non è esaurita da una Costituzione emanata (*Grundlov*), dall'altro essa rappresenta la forma di governo che, nonostante tutte le sue imperfezioni, si pone più in sintonia con le leggi fondamentali della vita umana (*livets grundlovene*). Tali leggi – così il nostro autore – posseggono una 'validità atemporale', ed i destinatari, tutti gli uomini indistintamente, debbono obbedirle per se stessi e al fine della condivisione della vita in comune. L'uomo è ridisegnato con la mano della sua antropologia teologica: la *vita* è un dono; l'uomo non può, in nome di una d'una fuorviante assoluta autodeterminazione rivendicare il diritto di

<sup>104</sup> THOMAS G. MASARYK, *Democracy and its principles*, nel vol. *The spirit of Thomas G. Masaryk, 1850-1937. An Anthology*, a cura di George J. Kovtun, Palgrave MacMillan, London, 1990, p. 208.

<sup>105</sup> HAL KOCH, *Hvad er Demokrati?*, cit. p. 20.

<sup>106</sup> *ivi*, p. 57.

disporne a proprio piacimento né modellarla infrangendo leggi superiori. La democrazia che, per parte sua, è una *forma di vita*, non può violare, come l'uomo con la sua vita, le leggi fondamentali. Così scriveva: “*non può velarsi il fatto che dietro alla parola ‘legge fondamentale’ giace il presupposto, la convinzione che la vita in sé non sia qualcosa di completamente informe, di caotico (...) ma essa è il dono di Dio, creata per Sua volontà*”<sup>107</sup>.

Le leggi fondamentali della vita non possono essere ordinate in capi e articoli: esse sono, per Koch, “*la somma dell’esperienza umana*” (*summen af den mennsekelig erfaring*). Libertà, giustizia e umanità sono, di codeste leggi fondamentali, le espressioni, le condizioni di vita quali si sono venute manifestando nel corso della storia dell’umanità. Vediamole più da vicino.

La libertà non è un truismo o un simbolo vuoto, essa appartiene alla vita dell’uomo e va esercitata in tutte le sue forme. Della vita, la libertà è un principio costitutivo. Koch ha al suo arco il monito del Grundtvig di *Nordens Mythologi*: “*la libertà deve valere tanto per Loke che a Brage quanto a Thor!*” (*Fri være Loke som Brage og Thor!*)<sup>108</sup>. La libertà è il bene intrinseco alla profonda struttura della vita dell’individuo e delle spontaneità sociali. Quanto alla giustizia, egli mette a frutto l’eredità dei suoi studi intorno al realismo politico dei sofisti, alla filosofia di Socrate e all’idealismo di Platone. A suo avviso la giustizia si fonda su una duplice relazione: esigenza di eguaglianza e di reciproca relazione tra gli uomini. “*Questa dualità – così scriveva – appartiene alla vita dell’uomo e consiste nel dovere assoluto di liberarsi da qualsiasi dogmatismo professato da coloro che credono di avere il brevetto su cos’è la giustizia (...) col dialogo si trova la via. Qualora questa dualità scomparisse, la vita dell’uomo vedrebbe prima o poi l’abominio della desolazione*”<sup>109</sup>. Koch mostra la giustizia, lungo un asse che tiene e ricongiunge Socrate e Lutero. La terza espressione delle leggi fondamentali è l’umano. Tornano all’orizzonte le intuizioni quanto a Origene contenute nel suo lavoro dottorale, *Paranoia und Paideusis*, sul rapporto tra filosofia greca e teologia, pensiero greco e cristianesimo, storicità dell’esperienza religiosa e funzione della storia. Koch non ha ritrosie: la finalità della cultura ellenista è la perfezione di “anime solitarie”, l’educazione intellettuale di uomini “incurvati su se stessi”. L’umanesimo è la preziosa conquista che i greci hanno trasmesso all’Europa occidentale. Con l’avvento del cristianesimo, l’uomo è dono di Dio, creatura tra tante altre creature: l’Altro, il nostro prossimo, non

---

<sup>107</sup> *ivi*, p. 65.

<sup>108</sup> *ivi*, p. 74.

<sup>109</sup> *ivi*, p. 85.

è soltanto la creatura che aiutiamo ma la persona di cui abbiamo bisogno per vivere dell'amore di Dio. Ancora una volta, "Atene e Galilea"<sup>110</sup>, grecità e cristianesimo, s'incontrano e si confermano nel riformismo luterano. "Con questo incontro – aggiungeva Koch con toni profetici – si è costruita una cultura che si è radicata nella comprensione della vita umana e delle sue leggi. Su questa cultura umanistica poggerà il futuro dell'Europa"<sup>111</sup>.

#### 11. *Concludendo: democrazia e diritto in un confronto con Alf Ross.*

L'ultimo Koch, quello degli albori degli anni Cinquanta, ridisegnava con sofferto spirito religioso percorsi di salvezza per l'uomo contemporaneo, contro ogni lettura che comprimesse l'individuo a mero ingranaggio della macchina del diritto, ed il diritto a mero esercizio della forza. E tale gli parevano le pagine della filosofia giuridica del Nord, assunte da Koch come riprova d'un feroce assalto nei confronti del pensiero metafisico e d'ogni forma di giusnaturalismo. La sua filosofia della democrazia fondata su assunti teologico-metafisici di diritto naturale non comportava di certo opzioni di stampo giuspositivistico e realistico-analitico.

In contrapposizione con l'idealismo imperante in Svezia tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo, il precursore della scuola realista svedese, Axel Hägerström (1868-1939) professore di filosofia morale nell'Università di Uppsala, aveva ruscato ogni soggettivismo idealistico in epistemologia e costruito una nuova ontologia fondata sulla tesi della realtà secondo cui l'attività conoscitiva ha ad oggetto solo ciò che è determinato e identico a se stesso. Il principio di non-contraddizione era, per Hägerström, il principio fondamentale del pensiero e della realtà<sup>112</sup>. Koch – si è avvertito – non nascondeva i suoi timori per l'impegno realista volto alla demolizione della metafisica. In un appassionato luogo del suo *Hvad er Demokrati?*, egli profetizzava, fiducioso, il futuro della filosofia: "Io sono alquanto convinto che verrà il tempo in cui la metafisica guadagnerà prestigio e dignità entro la filosofia (...) Non nego nemmeno di credere che il vecchio pensiero del diritto naturale si riaffermerà, nonostante il disprezzo che ha patito nelle due ultime

---

<sup>110</sup> *ivi*, p. 92.

<sup>111</sup> *ivi*, p. 96.

<sup>112</sup> Il realismo hägerströmiano fu variamente approfondito e continuato da altri autori svedesi: Ingemar Hedenius (1908-1982), Gunnar Myrdal (1898-1987), Herbert Tingsten (1896-1973), Karl Olivecrona (1897-1980), Vilhelm Lundstedt (1882-1955).

generazioni”<sup>113</sup>. Si dirà: le profezie nascondono spesso traguardi ambiziosi!

Non meno preoccupante era, per le radici vitali dell’impianto di Koch, la separazione tra mondo dell’essere e mondo del dover essere, diritto e morale. Tenere la morale come momento costitutivo del diritto significava per Koch decostruire filosofia critica e pensiero critico, a fronte di oggettivismo morale ed esigenza di umanità. Egli aveva certamente a mente i lavori dei realisti Karl Olivecrona e Knud Illum (1906-1983) sul rapporto tra forza e diritto, ma l’interlocutore a lui più vicino fu di certo Alf Ross (1899-1979) con il quale, nonostante le profonde divergenze di vedute in filosofia, arò e condivise terreni fertili. Nel 1949, per iniziativa congiunta di editori danesi, norvegesi e svedesi, Koch e Ross curarono un collettaneo *Nordisk Demokrati* (Democrazia nordica). Il corposo volume raccoglieva contributi di una serie cospicua di autori scandinavi i quali si interrogavano sull’intima profonda ‘natura’ della democrazia professata nei paesi nordici. Lo spirito del lavoro fu questo: la democrazia nordica è un genere ‘proprio’ che resiste ad ogni riduzione, Unione sovietica e Stati Uniti d’America, e che nel suo corpo storico tiene armonicamente uniti valori comuni e condizioni di vita. Koch, e non di meno Ross, condividevano l’idea della democrazia del nord quale specifica cultura di portata internazionale<sup>114</sup>. Si è già avuto modo di mostrare come Koch, con le voci grundtvigiane di ‘danità’ e di ‘spirito del popolo’, avesse affidato spesso alla storia l’ufficio di farsi portavoce di ‘memorie nordiche’ di governo libero e di glorioso passato<sup>115</sup>. Ross, quanto ne fosse stato o meno consapevole, respirava quell’aria.

Eruditi interpreti scandinavi hanno scavato di frequente un solco profondo tra Koch e Ross. Ciò è, fuori dubbio, non erraneo. Ma, con tutte le avvertenze e le cautele del caso, è possibile sostenere che alcune riflessioni di Ross, sebbene certamente non debitorie delle pagine di Koch, sorprendono anche per le loro singolari consonanze. A mo’ di conclusione, ne voglio mostrare un paio, in poche e scarse battute, proprio riguardo al concetto di ‘democrazia’.

---

<sup>113</sup> *ivi*, p. 63.

<sup>114</sup> Si veda: *Nordisk Demokrati* (Democrazia nordica), a cura di Hal Koch, Alf Ross, Westermann, København, 1949. Non fu un caso che la voluminosa raccolta venne tradotta quasi per intero in lingua inglese e poi pubblicata. Cfr., *Scandinavian Democracy. Developments of democratic thought & institutions in Denmark, Norway and Sweden*, a cura di Joseph Albert Lauwers, The Danish Institute, The American Institute, The Norwegian Office of Cultural Relations, The Swedish Institute, The American-Scandinavian Foundation, Copenhagen, 1958.

<sup>115</sup> Anche in *Dagen og Vejen* non mancano riferimenti alla gloriosa e lodata tradizione politica nordica. Koch individuava nelle *Skånske Lov* (Le leggi di Scania), nelle *Sjællandske Lov* (Le leggi della Selandia) e nelle *Jyske Lov* (Le leggi dello Jutland) un tassello fondamentale nella ricostruzione della genesi del modello di democrazie nordiche. Si veda, HAL KOCH, *Dagen og Vejen*, cit. pp. 21-22. Cfr. TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 544-545 e n. 1073.

Per Koch, oramai è chiaro, ‘democrazia’ è cosa che non riesce ad esser tenuta entro il linguaggio della politica, essa è, anzitutto, una forma di vita. In Ross, ‘democrazia’ è adoperata come metodo per la costruzione di decisioni basate sul principio della maggioranza: ‘democrazia’ è una procedura per la risoluzione pacifica dei conflitti, un metodo politico. Fin qui, oceani dividono le due isole, Koch e Ross. Tuttavia, queste riflessioni non dovrebbero esser lette disgiuntamente dal ‘corpo’ degli altri scritti politici rossiani sulla democrazia di quegli anni e di quelli a venire<sup>116</sup>. Il presupposto affinché ‘democrazia’ come metodo possa funzionare, è per Ross la condivisione di valori fondamentali, la libertà prima e mai dopo. Il riconoscersi come parte di un gruppo significa, per una minoranza, l’acceptare e rispettare le sue regole, ed accomodare le divergenze in un compromesso. Al vivace dibattito che corse sui giornali danesi del dopoguerra, Ross stesso aveva preso parte. Si legga un passo: “*Ci deve essere, per quanto difficile sia definirla, una determinata divisione spirituale e culturale, una determinata armonia di scopi da rendere possibile la comprensione. L’individuo deve potersi identificare col gruppo, sentire le sue decisioni come vincolanti ed espressione della propria autonomia*”<sup>117</sup>.

Comunità di valori, predisposizione alla accettazione, compromesso, educazione alla democrazia, sono – si è avuto modo di annotarlo con più di qualche dettaglio – luoghi più che ricorrenti nell’ossatura del pensiero di Koch. Per il realismo di Ross, la mera proceduralità della democrazia era fondata sulla necessità di sloggiare metafisiche e filosofie del diritto naturale, e non di meno, di espandere gli spazi di libertà dell’individuo. ‘Democrazia’ è, per Ross, a monte, ‘politica’, luogo di difesa della libertà, della libertà prima che di eguaglianza. Il programma elettorale dei social-democratici danesi, *Fremtidens Danmark* (La Danimarca del Futuro), presentato all’indomani

---

<sup>116</sup> ALF ROSS, *Demokrati, magt og ret. Indlæg i dagens debat* (Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno), Lindhart og Ringhof, København, 1974. Si veda la traduzione italiana, arricchita da due saggi in appendice: ALF ROSS, *Socialismen och Demokratien* (Il socialismo e la democrazia), in *Tiden*, pp. 392-404 e, *Id. Kommunismen og Demokrati* (Il comunismo e la democrazia), Fremad, København, 1945 in ALF ROSS, *Democrazia, potere e diritto. Contributi al dibattito odierno*, a cura di Alessandro Serpe, Giappichelli, Torino, 2016. Rinvio, anche, al mio *I “credo” di Ross. Scienza, democrazia, giustizia nelle pagine del Demokrati, magt og net*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2007, in corso di stampa.

<sup>117</sup> ALF ROSS, *Ordet eller Sværdet?* (La Parola o la Spada?), in *Strid om Demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, cit. p. 161. Sui rapporti tra principio di maggioranza, compromesso ed accettazione, si veda: ALF ROSS, *Why Democracy?*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1952, specialmente pp. 111-125. Sulle implicazioni politiche del pensiero di Alf Ross, tra scienza e politica, ingegneria sociale e (social)democrazia, entro il dibattito danese degli anni del dopoguerra, rinvio ancora al mio: *Giù dalla torre d’avorio? Ross difensore della democrazia nel dibattito danese degli anni del dopoguerra*.

della resa dei nazisti, fu sostenuto fortemente da Ross proprio perché, a suo avviso, armonizzava ‘iniziativa privata’ e ‘pianificazione economica’ entro le tradizioni nordiche di libertà e democrazia parlamentare.

Diverso è per Koch: ‘democrazia’ è realtà ‘economica’, prima che ‘politica’. “*Non serve – così scriveva – essere così spirituali se si negano in prima istanza i rapporti economici che determinano la società (...) è e resta cosa di fondamentale importanza che tutti gli uomini possano sfamarsi regolarmente, riscaldarsi col calore di una stufa e non vivere in una costante insicurezza economica. Se non si soddisfano questi requisiti, l’esito sarà malcontento, odio di classe e lotta reciproca*”<sup>118</sup>. Tuttavia, Koch non si lasciava ingoiare dal settarismo del ‘modo’ comunista: il modello autoritario sovietico teneva profondamente disgiunte libertà di parola ed esigenza di eguaglianza. A suo avviso, la libertà di parola non poteva non trovare il suo posto nella democrazia e l’attività economica non poteva essere assunta come l’unico obiettivo da realizzare<sup>119</sup>. Si ritrovano ancora una volta congiunte, in Koch, le ragioni del suo ‘diritto naturale’ declinato nei ‘modi’ del cristianesimo luterano: le leggi fondamentali, libertà, giustizia, umanità. Il suo, s’è detto, era pur sempre un egualitarismo per fondamenti diversi, dal respiro socialdemocratico.

Il quadro è pressappoco completo. Koch e Ross avevano in timore dittature e totalitarismi, marxismo, anti-semitismo e fissavano nell’alternativa “parola” o “spada” le possibilità di difesa da attacchi contro la democrazia. In Ross si vedono con maggiore chiarezza che in Koch tutte le esigenze fondamentali del liberalismo democratico. L’amore per la democrazia intesa, ci dice Ross, come forma politica di governo non deve e non può mai condurre ad una limitazione della libertà di espressione, data la intrinseca correlatività tra principio della maggioranza (*flertalsprincippet*) e formazione delle opinioni (*meningsdannelsen*). La più alta libertà è quella di scegliere fra democrazia e dittatura. “*Il giorno in cui – Ross aggiungeva – la fede nel valore della libertà sarà morto, la democrazia affonderà*”<sup>120</sup>. Non andava così per Koch. La parola, il dialogo, l’idea per cui “*la libertà deve valere tanto per Loke*

---

<sup>118</sup> HAL KOCH, *Hvad er Demokrati?*, cit. p. 26.

<sup>119</sup> Koch e Ross mirarono al cuore la professione di comunismo del noto empirista logico Jørgen Jørgensen (1894-1969), professore di filosofia presso la Università di Copenhagen. Pur non essendo mai diventato membro del Dkp, il partito comunista danese, Jørgensen fu il primo a formulare una concezione della democrazia di stampo comunista. La libertà era, per Jørgensen, compatibile con la democrazia nella misura in cui il suo esercizio non avesse ostacolato il compimento di altri beni democratici fondamentali, tra di essi, ed in primo luogo, l’eguaglianza sociale degli individui. Cfr., JØRGEN JØRGENSEN, *Demokratiet har Ret til at forsvare sig* (La democrazia ha diritto a difendersi) (1945), in *Strid om Demokratiet. Artikler fra en dansk debat 1945-46*, cit. pp. 18-26.

<sup>120</sup> ALF ROSS, *Ordet eller Sværdet?*, cit. p. 159.

che a Brage quanto a Thor” non era, con Koch, scivolamento verso un mero pacifismo. Egli sosteneva la necessità di difesa della democrazia da attacchi violenti ed il ricorso all’uso della forza istituzionale. Si legga con Koch: “*laddove la violenza e l’ingiustizia si dispiegano sfrenatamente, la democrazia deve pur proteggersi – e spesso deve farlo con la forza. Per questa ragione la polizia è istituita. Non perché da un punto di vista democratico si ottenga qualcosa buttando la gente in galera, ma perché le autorità statali sono tenute a mantenere la pace e l’ordine nella società – e laddove qualche cittadino non si riesca a tenersi con le buone maniere entro i confini del diritto, allora sarà obbligo delle autorità adottare misure violente*”<sup>121</sup>.

Devo qui fermarmi. Le vie, i confronti, le eredità messe a frutto nella profonda ed articolata vicenda intellettuale di Koch si sono intravisti. Ho cercato di rappresentare l’utilità e la fertilità dell’incontro del luteranesimo con la prospettiva ermeneutica, che è insieme storica e teologica. Il dispiegarsi delle ragioni cristiane attraverso il lungo studio addottrinato di Grundtvig, hanno meritato distinte rappresentazioni, in un disegno, quanto a ciascuno di essi, ancora, temo, non esaustivo. E poi ancora: la storia, il suo nobile scopo di rendere chiarezza alla vita contemporanea, è stato, nelle distinte intenzioni dei suoi lavori, il *fil rouge*. Non di meno, il suo pensoso ed incessante lavoro sul ruolo dell’associazionismo giovanile e la sua filosofia dell’educazione negli anni difficili della grande guerra, hanno sicuramente segnato pagine significative nella storia dell’emancipazione danese. ‘Danità’, ‘spirito del popolo’, ‘illuminazione’, sono tutte determinazioni che si ritrovavano nel pulsare vivo dell’idea di identità dei danesi e della Danimarca negli anni dell’occupazione nazista.

Non in ultimo, a mo’ di completamento del suo percorso intellettuale e di vita, le sue riflessioni su diritto e democrazia in cui le istanze di teologia, storia e storia della filosofia si congiungono alla originale prospettiva d’un giusnaturalismo ontologico in chiave di egualitarismo socialdemocratico. L’arco che, in quelle pagine, ricongiunge le distinte istanze, ha la sua chiave nel luteranesimo riformista, punto di incontro di greicità e cristianesimo.

Si dirà: Il *Hvad er demokrati?* uno *speculum principis*<sup>122</sup> nei ‘modi’ del *De Clementia* di Seneca e de *Il Principe* di Machiavelli? Quanto ne fosse stato consapevole, Koch, che veniva da studi letterari e storici di raffinata cultura, esibiva ragioni sue speciali da protestare e far valere. Nel fragore del dopoguerra, quell’affascinante libricino sembra vestire i panni di un breve

<sup>121</sup> HAL KOCH, *Hvad er Demokrati?*, cit. p. 30.

<sup>122</sup> Si confronti, su questo interessante punto: TINE REEH, *Kristendom, historie, demokrati*, cit. pp. 643-647.



trattato di teoria politica subordinato a schemi teologici, metafisici ed etici, piuttosto che quelli di un manoscritto scientifico. L'intento, se di intenti è corretto parlare, può esser ben chiaro: quello di restituire una *vera* cultura cristiana alla Danimarca e alle Nazioni Europee per le vie della democrazia, democrazia che, per Koch, lo si ribadisca, è la forma di governo più in sintonia con le leggi fondamentali della vita. Ecco allora: una sorta di guida al risveglio delle coscienze dei politici incaricati ad amministrare il governo e a garantire il mantenimento della pace.

Alla secolare cultura umanistico-cristiana sono affidate le sorti della società al futuro. Koch, forse, non aveva visto del tutto male.

Se in filologia per recensione si intende “una delle fasi del lavoro di edizione critica, consistente nella scelta della lezione ritenuta migliore tra le varianti messe in luce dalla collazione, tenendo conto delle relazioni reciproche tra codici o famiglie di codici illustrate dallo stemma”<sup>1</sup>, nel linguaggio corrente essa sta a significare l’esame critico, in forma di articolo, di un’opera di recente pubblicazione, con giudizio sul suo valore o pregio.

Orbene, a me sembra che nelle scienze giuridiche un siffatto “genere letterario” non sia stato sufficientemente frequentato, e, per certo, assai poco valorizzato: è questo il motivo per cui ho voluto richiamare in questa sede alcune mie recensioni<sup>2</sup> in ambito canonistico ed ecclesiasticistico – tutte risalenti, con un’unica eccezione, al periodo compreso tra gli anni settanta e ottanta – al fine di segnalare (per quanto possibile) l’opportunità di una congrua riconsiderazione di questo prezioso strumento di lettura critica.

Anzi, al riguardo, desidero rivolgere un augurio affettuoso ai giovani che

---

<sup>1</sup> Treccani 2014, *Dizionario della lingua italiana*, voce *Recensione*.

<sup>2</sup> Si veda: Recensione a L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina dei giuristi dei secoli XII-XV*, II edizione, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 248, ne *Il diritto ecclesiastico*, 2002, I, pp. 1415 ss. – Recensione a MARIA VISMARA MISSIROLI - LUCIANO MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, CEDAM, 1983, pp. 274, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1987, pp. 468 ss. – Recensione a SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano e comparato. Bibliografia 1973-1979*, Perugia, 1981, pp. VIII-304, ne *Il diritto ecclesiastico*, 1982, I, pp. 115 ss. – Recensione a PIETRO AGOSTINO D’AVACK, *Trattato di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. VI-414, ne *Il diritto ecclesiastico*, 1981, I, pp. 217 ss. – Recensione a GAETANO LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico (contributo allo studio delle persone morali)*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 251, ne *Il diritto ecclesiastico*, 1978, I, pp. 673 ss. Desidero, inoltre, menzionare un’ampia recensione di RINALDO BERTOLINO al mio volume *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Milano, 1980, pubblicata ne *Il Diritto ecclesiastico*, 1982, I, pp. 332 ss.; nonché quella, non meno approfondita, di FRANCO ADAMI al mio volume *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Milano, 1983, pubblicata ne *Il diritto ecclesiastico*, 1984, I, pp. 891 ss.

vorranno dedicarsi allo studio del diritto ecclesiastico e canonico con rigore scientifico e spirito libero.

Questa occasione è particolarmente cara anche perché, nel momento in cui sto per lasciare i ruoli accademici, mi consente di ricordare Luigi De Luca e Francesco Finocchiaro, indimenticabili Maestri delle nostre discipline, riproponendo, nella specie, due delle loro (rare) recensioni.

LUIGI DE LUCA, *Recensione a Lettere di Ernesto Buonaiuti ad Arturo Carlo Jemolo (1921-1941)*, a cura di C. FANTAPPIÈ. Introduzione di F. MARGIOTTA BROGLIO (Pubblicazioni degli Archivi di Stato - Fonti XXIV - Ministero per i Beni Culturali e Ambientali). Ufficio centrale per i beni archivistici, 1997, pp. 299, ne *Il diritto ecclesiastico*, 1998, I, pp. 222 ss.

Leggere le 123 lettere che Ernesto Buonaiuti scrisse ad Arturo Carlo Jemolo nei 20 anni tra il 1921 e il 1941 e le testimonianze di Arturo Carlo Jemolo in vari suoi articoli o monografie è stato un vero godimento spirituale perché mi ha fatto soprattutto rivivere la figura del mio Maestro.

Mi è tornata alla mente la sua personalità tormentata, il suo volere assolutamente superare ogni dubbio che potesse toccare la sua fede profonda, e d'altro canto il suo deciso attaccamento alla storia. Credo che Jemolo non avrebbe avuto il coraggio di Buonaiuti, quello cioè di restare nello stato di scomunicato. Egli non era certamente un «modernista» sul piano teologico.

Quando non era in gioco il dogma, tuttavia, Jemolo mostrò sempre la sua indipendenza.

I suoi rapporti con l'Università Cattolica, sui quali, come ricorda Margiotta, sempre sorvolò, ne sono la conferma.

Quel che però mi ha recato maggior godimento è stata la lettura della Introduzione del caro amico Francesco Margiotta Broglio, introduzione che egli ha semplicemente intitolato «Buonaiuti e Jemolo», in cui, oltre a dimostrare la sua profonda conoscenza di persone e cose relative al tema centrale, ha saputo inquadrare in modo mirabile la personalità del comune Maestro.

Opportunamente Margiotta puntualizza che «ciò che interessa in queste lettere è la duplice valenza testimoniale per la storia culturale del Novecento di cui, non naufraghi, ma naviganti, Buonaiuti e Jemolo sono attori di primo piano, ben oltre il delimitato perimetro delle dispute e delle contrapposizioni teologiche, ma ben radicati nella volontà di emancipare gli studi, e in particolare quelli connessi al fenomeno religioso, da una tutela ecclesiastica che l'Italia, per diverse, successive ragioni storiche, tendeva ad essere più pesante che altrove» (p. 9).

Conferma di ciò è che a Jemolo fu soprattutto cara la libertà di insegnamento di Buonaiuti.

Ciò risulta da quanto Margiotta mette in rilievo e cioè che Jemolo quando divenne membro della Commissione che predispose il primo progetto di revisione del Concordato, fu proprio lui a proporre ed a ottenere l'eliminazione dell'art. 5 che estrometteva dall'insegnamento i sacerdoti apostati o irretiti da censura, articolo che era stato voluto soprattutto per colpire lo scomunicato Buonaiuti.

Interessante è la storia che Margiotta traccia degli incontri tra Jemolo e Buonaiuti.

Margiotta inquadra inoltre le lettere pubblicate e la ricostruzione delle vicende di Buonaiuti nell'ambito della vita universitaria, scientifica e culturale degli anni venti e trenta ed insiste nel ricordare naturalmente il rapporto tra Buonaiuti e Padre Gemelli.

Si mette inoltre in risalto, ricordando circostanze precise, la perplessità grave con cui Jemolo finì per accettare la chiamata all'Università cattolica dopo un primo rifiuto che superò solo in seguito alle insistenze di Marco Tullio Zanzucchi e dello stesso Padre Gemelli.

Sono convinto anch'io che se Jemolo finì per accettare la nomina di Professore all'Università Cattolica fu perché gli parve che ciò gli avrebbe concesso di esercitare la sua missione di maestro con maggiore libertà di quella che avrebbe avuto all'Università statale.

Opportuna è la testimonianza che Margiotta ricorda nello scritto di Jemolo del 21 novembre del 1925 (nello stesso anno in cui aveva avuto la nomina all'Università cattolica), in cui Jemolo rilevava: «il presente non potrebbe essere più nero: tutto quel che ci sembrava impossibile si verificasse si è verificato: un assetto politico ove alla libertà è fatto minor posto che non ne abbia mai fatto altro assetto, ove il soffocamento del cittadino è maggiore che non sia mai stato, ove non v'è posto per voci che non siano di plauso – ed al tempo stesso un perfezionamento di mezzi di lotta e di congegni polizieschi che renderebbero vano ogni tentativo di rivolta. Un popolo che si infischia della libertà perduta; una borghesia lietissima di avere sacrificato i diritti politici pur di conservare la proprietà per la quale aveva un momento tremato. Un assetto liberale morto ignominiosamente senza trovare un sol don Chisciotte che si facesse ammazzare per lui, già ucciso nella considerazione del popolo prima di morire: e quando si cade così, non si risorge» (p. 244 sg.).

Ed è commovente altresì una frase che segue:

«È chiaro il mio dovere: se il fascismo rimarrà anticristiano, io cercherò di educare nell'avversione ad esso i miei figli» (p. 245).

Non si è rintracciata, rileva Margiotta, la lettera che Jemolo scrisse a

Buonaiuti il 17 ottobre 1925 ma il suo contenuto si comprende leggendo la lettera di risposta che Buonaiuti inviò a Jemolo in data 11 novembre. La lettera di Buonaiuti si augurava che la realtà smentisse le «preoccupate previsioni e le fosche valutazioni» di Jemolo e che l'ambiente della Cattolica offrisse all'amico tutte le possibilità di "libero ministero" (p. 25).

Non vi è dubbio che i documenti pubblicati forniscano, come ricorda Margiotta, molte notizie, a volte preziose, «per integrare la biografia esistenziale, o culturale e spirituale di Jemolo» (p. 34).

Interessanti e veramente puntuali le pagine (37 e ss.) relative all'atteggiamento di Jemolo verso il modernismo. Ed opportunamente Margiotta pone in risalto che al di là del «modernismo storiografico» – di cui Jemolo, anche per la formazione con il Ruffini e la prossimità con personalità come Einaudi, Orlando, Falco, Cammeo, Felice Momigliano o Giorgio Levi Della Vida, è certamente partecipe nell'approccio critico, agnostico e libero da condizionamenti con cui affronta lo studio storico, giuridico e politico dei fatti religiosi – egli ritenga, come nota con dispiacere Buonaiuti nella lettera del 18 aprile 1928, che il "modernismo teologico sia morto e sepolto"» (p. 37).

È nel suo volume, a me carissimo, intitolato «Anni di prova» che – ricorda ancora opportunamente Margiotta – Jemolo del modernismo scrive: «coglievo anzitutto ... un riflesso tardivo della grande fede dell'Ottocento nella scienza, che si era mostrata anche nel metodo storico, nel credere alla parola definitiva che la critica avrebbe potuto dire intorno al significato dei testi sacri all'ambiente da cui erano scaturiti». Sul dogma i modernisti giungevano, senza saperlo, alle conclusioni cui era pervenuto Lambruschini settant'anni innanzi, non molto diverse da quelle dei sociniani di oltre tre secoli prima ... E come sempre non tutti avevano il coraggio di veder chiaro di sé, di constatare il cammino percorso dal giorno che avevano cominciato ad allontanarsi dai testi studiati nei seminari... Anche tra i più lucidi v'era poi la scelta: dichiarare tutto il proprio pensiero, palesare il punto di arrivo, e rompere con la Chiesa; od invece simulare e restare "... nella speranza di poter operare dentro la Chiesa».

FRANCESCO FINOCCHIARO, *Recensione* a FUBINI G., *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, 2° ed., riveduta e ampliata, Rosenberg Sellier, Torino, 1998, pp. 269, ne *Il diritto ecclesiastico*, 2000, I, pp. 327 ss.

È noto che, dopo la fine della seconda guerra mondiale, sono state pubblicate non poche opere storiche sull'ebraismo italiano. Il lavoro di Fubini

considera la storia dell'ebraismo italiano da un angolo visuale particolare: quello delle norme che nel corso dei tempi hanno toccato tale aggregazione sociale.

Il volume raccoglie un'attenta e radicale rielaborazione di vari saggi pubblicati dall'A. in numerose riviste, dal *Ponte* a *Critica sociale*, alla *Rassegna mensile di Israel*, ai *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*. L'analisi delle disposizioni anzidette è agevolata per il lettore dai numerosi testi legislativi raccolti nell'appendice.

L'opera mira a saldare «il prima e il dopo della Costituzione repubblicana».

In realtà il lavoro prende le mosse dagli albori dell'età moderna, alla fine del 700, in cui il trattamento giuridico delle Comunità ebraiche in Italia era variegato, in relazione alla molteplicità di Stati in cui era diviso il territorio nazionale: dalle garanzie offerte nelle zone in cui esercitava la potestà di governo l'Austria di Giuseppe II, alle Costituzioni dei vari Stati stimolate dalla Rivoluzione francese e dall'avvento di Napoleone, al ritorno indietro dell'età della Restaurazione.

Il disegno giuridico della posizione fatta all'ebraismo italiano, però, si approfondisce nell'analisi di quanto è avvenuto in Italia dal 1848 in poi. La legge Rattazzi del 1857, che restò in vigore sino al 1930 nei territori dell'ex Regno di Sardegna, degli ex Stati pontifici, escluso il Lazio, dettava principi di organizzazione che, ispirandosi al regime degli enti pubblici territoriali, sembravano poco liberali. Sicché, in Italia, mentre nei territori anzidetti le Comunità erano per legge «corpi morali», anzi corporazioni pubbliche, nelle altre province le Comunità erano disciplinate in modo vario e per lo più, alla fine dell'800, erano delle libere associazioni di ebrei.

Perciò, sino ai primi anni '20 di questo secolo, era possibile dire che nel nostro ordinamento, con la legge sulle guarentigie pontificie del 1871, con il codice penale Zanardelli del 1889, che parificava nella protezione tutte le confessioni, fosse stata raggiunta in materia di religione l'uguaglianza dei singoli e l'uguaglianza delle diverse confessioni.

È noto che questa situazione venne a modificarsi profondamente dal 1929 in poi, con i Patti lateranensi e con il codice penale del 1930, e per quanto riguarda gli ebrei con le norme del 1930-1931, le quali, sebbene frutto di una Commissione alla quale parteciparono esperti appartenenti alle Comunità, ebbero il fine di organizzarle tutte su tutto il territorio nazionale secondo l'indirizzo della legge Rattazzi, come enti pubblici territoriali, su uno schema simile a quello dei Comuni.

Ma il mondo ebraico italiano, otto anni più tardi, sarebbe precipitato

in una situazione anteriore a quella del 1848.

L'antisemitismo delle leggi del 1938-1939, secondo l'A., si associava agli altri antisemitismi europei «per il suo carattere populista e piccolo borghese», della piccola borghesia dell'amministrazione, delle professioni, del commercio minuto, degli impiegati.

La giurisprudenza, nei confronti di quelle norme ebbe ad affrontare varie questioni di principio, riguardanti il carattere eventualmente retroattivo da esse presentato, la competenza giurisdizionale circa la dichiarazione della razza di appartenenza, la capacità a stare in giudizio, l'impugnabilità degli atti amministrativi in materia razziale. Numerosissime le questioni di merito.

L'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte dei conti poteva essere qualificato come «governativo», mentre i giudici di merito, in particolare la Corte d'appello di Torino, e il Consiglio di Stato manifestavano una tendenza «liberale», diretta a garantire ogni cittadino senza distinzione di religione o di razza.

Inutile addentrarsi nel buco nero della legislazione della Repubblica sociale italiana, secondo la quale gli ebrei erano considerati stranieri appartenenti «a una nazione nemica».

Nel volume è dato ampio spazio ai problemi posti dalle norme successive dirette a reintegrare i diritti dei perseguitati razziali. Le tesi favorevoli all'effetto retroattivo di tali norme erano espresse dalla giurisprudenza di merito, cui si contrapponevano le tesi restrittive della Cassazione. Talune sentenze di questa sembravano ignorare i problemi vissuti dai perseguitati, i pericoli mortali da essi corsi, dal 1943 al 1945.

Il volume, proseguendo nell'analisi delle vicende normative, spazia nella storia degli ultimi anni. Nella riforma della disciplina delle Comunità, passate, a norma dell'art. 8, 2° comma, della Costituzione, da enti pubblici a enti autonomi dell'ebraismo italiano, attraverso l'approvazione in Congresso di un nuovo Statuto e alla stipulazione di un'intesa con lo Stato, che avrebbe portato alla legge n. 101 del 1989.

L'A. esamina attentamente le novità introdotte dalla nuova legge e dallo Statuto autonomamente deliberato.

L'opera, infine, fa presenti i problemi cui dà luogo l'immigrazione in Italia di ebrei provenienti dall'America, dal Nord Africa, dall'Iran, dal Libano, dalla Siria e dall'Egitto. Problemi non privi di rilievo, perché l'intesa che sta alla base della legge n. 101 del 1989 e lo Statuto sono stati formati dagli ebrei di cultura italiana, mentre i nuovi immigrati sono portatori di altre culture. Costoro, per lo più, non hanno interesse per le vicende e la storia delle Comunità europee, tanto che i Lubawitch,

provenienti dall'America, hanno Comunità proprie, amministrare da un loro rabbino.

Né sono prive di problemi le Comunità italiane, poste di fronte a due diverse prospettive entrambe fondamentaliste ed entrambe inquietanti: quella di un rabinismo rigorista e sclerotizzato e quella di un nuovo messianesimo violento e cieco.

Per l'A., invece, il motivo di essere ebreo oggi sta nel promuovere un umanesimo, un rapporto con l'altro, nella prospettiva di una società di giustizia e di pace. Un'aspirazione che non può non essere condivisa.



## 1. *I diritti umani: la questione dell'Olocausto*

Lo scritto prende origine da una mia relazione ad un recente convegno organizzato sul tema del “valore” della memoria, in ricordo dell'Olocausto. Il “ricordare” una delle pagine più dolorose e drammatiche della storia stimola un confronto propositivo sulla questione dell'Olocausto, della *Shoah*, (letteralmente distruzione), in particolare sullo sterminio compiuto dai nazisti e dai loro alleati nei confronti di tutti coloro che vennero imprigionati ed uccisi nei campi di concentramento durante il regime di Hitler. Non soltanto degli ebrei, ma anche prigionieri di guerra, persone diversamente abili, persone affette da disturbi mentali, persone con tendenze omosessuali. La constatazione di siffatte ingiustizie e di tali tragici eventi trasmette un profondo senso di amarezza di fronte alla crudeltà di quanto accaduto; e ad un tempo incoraggia a mantenere viva la memoria di quello che è stato ed obbliga alla ribellione contro tutte le forme di ingiustizia che nel mondo attuale ancora si perseguono.

Ricordare Auschwitz significa commemorare la *Shoah*, i forni crematori, la pianificazione di uno sterminio di massa in nome di una folle ideologia, della persecuzione di chiunque era considerato diverso per razza, religione, idee politiche, tendenze sessuali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sono trascorsi decenni dalla liberazione di Auschwitz, ma l'interesse nei confronti del più famigerato Lager nazista non accenna a diminuire. I motivi sono l'elevatissimo numero di vittime, il numero enorme dei deportati di tutte le popolazioni europee, gli efferati crimini e l'indiscriminato sfruttamento cui furono sottoposti i prigionieri. Auschwitz consiste in una barbarie civilizzata per la compresenza inestricabile, nel funzionamento del Lager, di perfetta efficienza burocratica e metodi moderni di sterminio accanto a procedure di eliminazione degne del più lontano medioevo barbarico. I motivi dell'attualità del Lager consistono proprio nel groviglio tra antico e moderno, tra razionalità produttivistica e barbarie ancestrale. Per questi motivi il Lager è ancora piaga aperta

La memoria e la storia sono le uniche forze che possono opporsi agli orrori e agli errori degli uomini per evitarne la ripetizione. La Shoah diviene così il paradigma storico della violazione dei diritti umani nella contemporaneità. Un uso corretto della memoria non deve limitarsi al ricordo del passato, quanto incitare ad agire nel presente per una giusta causa.

Questa memoria deve stimolare ad occuparci delle ingiustizie quotidiane perpetuate intorno a noi. Occuparsi di memoria storica del nazismo significa considerare i soprusi, le ingiustizie, la condizione di chi si trova nel bisogno, nell'indigenza, di chi vive le difficoltà e le ingiustizie sociali. Attualmente occuparsi di memoria storica del nazismo significa tutelare i diritti umani degli oppressi, dei diversi, degli emarginati, degli umili, dei più deboli di cui tutti siamo parte nel tessuto sociale.

Il problema delle circostanze storiche, materiali, tecniche, giuridiche e burocratiche in cui è avvenuto lo sterminio può attualmente considerarsi sufficientemente chiarito, mentre diversa è la situazione per quanto riguarda il significato etico e politico della Shoah e la comprensione umana di quanto avvenuto, ovvero, la sua attualità<sup>2</sup>.

Per questo motivo il giorno della memoria può essere uno degli strumenti adatti per fare memoria, dove spesso l'Olocausto è considerato un fatto privato, accaduto solo ad una categoria di persone ben delimitata, di qualcuno che era diverso da altri. Questo pensiero risulta preoccupante perché con il trascorrere del tempo potrebbe condurre all'oblio. L'Olocausto invece è un evento storico che ha coinvolto tutto e tutti ed è ineliminabile dalle coscienze e dalle attenzioni collettive e comunitarie.

L'Olocausto è un'azione terribilmente efficace che alcuni uomini hanno compiuto ai danni di altri uomini, nell'indifferenza e persino nella tacita approvazione. È necessario tenere ben presente la storia della Shoah per evitare che possa ripetersi, quale pericolo sempre incombente che non riguarda solo una categoria specifica di individui, sia essa religiosa, culturale, geografica e antropologica.

La giornata della memoria ricorda non solo lo sterminio del popolo

---

del nuovo millennio e simbolo degli orrori del Novecento, della guerra e dei genocidi.

<sup>2</sup> A volte viene meno un tentativo di comprensione globale, ma anche il senso e le ragioni del comportamento dei carnefici e delle vittime e spesso le loro parole continuano ad apparire come un enigma. In questa prospettiva, il Lager non si presenta solo come il campo della morte, ma come luogo di un esperimento ancora impensato, in cui i confini tra l'umano e l'inumano si cancellano.

<sup>3</sup> intera riflessione morale del nostro tempo, al cospetto del Lager, mostra la sua insufficienza, per lasciare apparire tra le rovine, il profilo incerto di una nuova esperienza etica come la testimonianza. La memoria storica è importante quanto la sua testimonianza, dove il passaggio dal fatto attuale e fattuale, con testimoni viventi, a fatto storico raccontato dai documenti risulta purtroppo un aspetto inevitabile.

ebraico, le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, degli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, ma anche coloro che, anche in schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio totale e, a rischio della propria vita, hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati.

In occasione del giorno della memoria si alternano ogni anno cerimonie, iniziative, incontri e momenti di narrazione e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto è accaduto, per mantenere viva la memoria di un tragico e oscuro periodo della storia del nostro paese e dell'Europa, affinché simili accadimenti non si ripetano nel corso degli eventi. La tragedia dello sterminio di milioni di ebrei fu accompagnata dall'annientamento di zingari, omosessuali, malati di mente, oppositori politici, religiosi, e minoranze che in qualche modo disturbavano la pura razza ariana.

Così la vita di milioni di persone si è conclusa in terribili sofferenze e nell'oblio, per cui occorre porre al centro dell'attenzione commemorativa e storiografica questo lato oscuro della storia, affinché la violenza dell'intolleranza, dell'ignoranza, dell'ignominia, nel buio della civiltà non si ripetano. La memoria storica si ripropone e acquista rinnovato rilievo e precipua attualità nella lotta pacifista e non violenta, per non dimenticare, per estendere i diritti di giustizia, libertà e uguaglianza a chi non ne gode, al fine di proteggere, tutelare ed emancipare le persone più deboli e permettere ad ogni essere umano di raggiungere il diritto ad una esistenza libera e dignitosa.

Episodi quali quelli ora descritti e più in generale ogni forma di avversione contro i "nuovi diversi" necessitano di una attenta riflessione in termini critico-costruttivi. Il monito è quello di aprirsi alle differenze, agli altri, alle loro esigenze, ai caratteri di cui ognuno è portatore ed alle difficoltà che ciascuno presenta. Una società "senza discriminazioni" dove l'altro sia considerato quale depositario di una ricchezza individuale, da condividere nella comunità sociale per una civiltà a misura di persona.

Questo l'obiettivo proposto! Tuttavia non sufficiente, sì che v'è necessità di affrontare questione relativa alle concrete modalità, volte contrastare fenomeni purtroppo a tutt'oggi esistenti e dilaganti - discriminatori, nel cui ambito si avverte una mortificazione "essenzialmente gratuita" della persona per qualsivoglia motivo, anche, non di rado, il più banale ed il più futile.

La problematica così ampia ed impossibile da trattare in modo compiuto ed esaustivo - poiché, evoca la tutela e la garanzia dei diritti umani<sup>3</sup>, *alias* dei

---

<sup>3</sup> Una bibliografia ragionata sull'argomento "diritti umani" non può che partire dai documenti in cui tali diritti sono stati solennemente proclamati. In questo senso l'argomento si lega strettamente con

diritti fondamentali dell'uomo, suggerisce, in questa sede, più d'uno spunto di riflessione<sup>4</sup>. A tale riguardo mi sembra significativo soffermarci su due aspetti

---

la storia del costituzionalismo europeo. Un buon punto di partenza è dato dall'esperienza inglese, con l'*Habeas corpus act* del 1679 e il *Bill of rights* del 1689, successivo alla gloriosa rivoluzione del 1688. Meritano poi di essere ricordati la *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti* del 1776 e i primi dieci emendamenti della stessa Costituzione USA (*Bill of rights*) del 1791. Se ci spostiamo sul continente europeo la nostra attenzione si deve innanzitutto concentrare sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789; deve essere poi presa in considerazione anche la Costituzione giacobina del 1793, per i primi accenni ai diritti sociali che essa contiene. Una prima effettiva proclamazione dei diritti sociali (dato che la Costituzione rivoluzionaria francese del '93 non entrò mai in vigore) si trova però solo nella *Costituzione di Weimar* del 1919. Infine, una pagina importante del costituzionalismo occidentale è data anche dalla nostra *Carta costituzionale*, di cui meritano di essere esaminati, per ciò che riguarda i diritti fondamentali, i principi fondamentali (artt. 1-12) e la prima parte dedicata ai «diritti e doveri dei cittadini» (artt. 13-54). Può essere tra l'altro utile, in questo quadro, un confronto con la parte relativa ai diritti fondamentali dello Statuto albertino (artt. 24-32). Inoltre, alla luce di progressi nel processo dell'integrazione europea, può essere utile dare uno sguardo al catalogo dei diritti contenuti nelle Costituzioni degli altri Stati dell'Unione europea (*Le Costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001). Dalla fine della seconda guerra mondiale i diritti umani hanno trovato solenne riconoscimento anche a livello internazionale e sovranazionale. In questa sede è opportuno ricordare la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948; la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, elaborata in seno al Consiglio d'Europa; l'*Atto finale di Helsinki* del 1975 e la *Carta di Parigi per una nuova Europa* del 1990, prodotti della Conferenza sulla cooperazione e la sicurezza in Europa, e, infine, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Ulteriore documentazione sulla proclamazione e la protezione a livello internazionale dei diritti fondamentali può essere ritrovata nel Vol. GIOVANNI CONSO, ANDREA SACCUCCI (a cura di), *Codice dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 2001.

<sup>4</sup> Il giurista PECES BARBA MARTINEZ, nella sua *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, ha parlato, con riferimento all'evoluzione dei diritti dell'uomo, di un processo di progressiva positivizzazione (riconoscimento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici); universalizzazione (estensione dei diritti a tutti i gruppi sociali); specificazione (proliferazione dei diritti rispetto alle diverse esigenze della vita sociale); internazionalizzazione (riconoscimento dei diritti da parte del diritto internazionale). Per quel che riguarda la positivizzazione dei diritti, la discussione si è sempre svolta intorno a un dilemma di fondo: i diritti dell'uomo esistono solo in quanto riconosciuti dagli ordinamenti giuridici (una posizione che può essere definita di positivismo giuridico) oppure, come sostengono le tesi giusnaturaliste, un nucleo originario di diritti si ricollega alla natura umana e quindi preesiste a ogni concreto ordinamento giuridico, che risulta anzi legittimo solo in quanto non contraddice il diritto di natura. Sul giusnaturalismo è utile vedere ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Comunità, Milano, 1980 e LEVIS STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Il Mulino, Genova, 1990. Una critica delle tesi giusnaturaliste, a sostegno della 'storicità' delle varie categorie di diritti, è invece presente in molte opere di Norberto Bobbio; tra queste si può qui ricordare *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990). Nel dibattito filosofico-politico, si è avuta una ripresa delle posizioni giusnaturaliste a partire dalla pubblicazione, nel 1971, di *A theory of justice* di JOHN RAWLS, Feltrinelli, Milano, 1999. Pochi anni dopo, nel 1977, RONALD DWORKIN, in *Taking the rights seriously*, ha sostenuto la positivizzazione dei principi di diritto naturale a opera dei cataloghi dei diritti contenuti nelle Costituzioni e attraverso l'operato delle Corti costituzionali (*I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982). L'universalizzazione e la specificazione dei diritti si collega invece alla classificazione operata dal sociologo inglese THOMAS HMPHREY MARSHALL in alcune celebri lezioni tenute nel 1949 a Cambridge (ora in *Cittadinanza e classe sociale*, UTET, Torino, 1976). Marshall parlò di tre tipi di diritti. "I diritti del primo tipo" sono quelli che attengono alla piena affermazione della libertà individuale (libertà di pensiero, libertà religiosa, libertà di

essenziali: la Carta costituzionale da un lato, ed il principio di legalità<sup>5</sup> dall'altro.

stampa, libertà di associazione); “i diritti del secondo tipo” sono i diritti politici (l’elettorato attivo e passivo, il diritto di partecipare all’esercizio del potere politico); “i diritti del terzo tipo” sono i diritti sociali, ovvero il diritto all’istruzione, all’assistenza sanitaria, all’assistenza sociale in caso di disoccupazione, diritti che presuppongono un’azione dello Stato per consentire a ogni cittadino di vivere la vita di un essere civile secondo gli standard prevalenti nella società. In questo quadro, esempi classici di riflessioni sui diritti del primo tipo si rinvengono in JOHN LOCKE, *IL SECONDO TRATTATO SUL GOVERNO*, Rizzoli, Milano, 1998, (opera del 1690) e JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Mondadori, Milano, 2002 (opera del 1859). La riflessione sui diritti politici richiama invece quella sul rapporto tra liberalismo e democrazia. A questo proposito, si può ricordare il celebre discorso di BENJAMIN CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Einaudi, Torino, 1991. Ma, in qualche modo, al tema si ricollega anche ISAAH BERLIN in *Two concepts of liberty* (in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989) con la descrizione della dicotomia tra “libertà da” (libertà negativa, intesa come non interferenza) e “libertà di” (libertà positiva, intesa come effettiva capacità di decisione, autonomia, autogoverno). Ma il tema più dibattuto e complesso è quello dello *status* dei diritti sociali. La concezione che le esigenze di protezione sociale potessero costituire sviluppo e potenziamento delle libertà individuali fu propria, tra fine Ottocento e inizi Novecento, del *new liberalism* inglese (basti pensare a LEONARD HOBHOUSE, *Liberalismo*, Sansoni, Firenze, 1973). In Italia, un ragionamento simile venne compiuto da CARLO ROSSELLI, *Socialismo liberale*, Einaudi, Torino, 1997. Ma per la definizione dei diritti sociali nell’ambito dei diritti di libertà è interessante anche la prefazione di Piero Calamandrei alla seconda edizione, del 1945, a *Diritti di libertà* di Francesco Ruffini (che, pubblicato per la prima volta dalle edizioni Gobetti nel 1926, aveva invece rappresentato l’estrema difesa delle fondamentali libertà di pensiero, di religione, di stampa e di associazione contro il nascente regime fascista); il saggio di Calamandrei è ora presente nella raccolta *La libertà dei moderni*, a cura di GAETANO PECORA, DUNOD, Milano, 1997). Nel già ricordato *L’età dei diritti*, Norberto Bobbio riprende, da un lato, la classificazione di Marshall, dall’altro, ne introduce però una diversa: dopo aver parlato dei diritti sociali come diritti di seconda generazione, individua una serie di nuovi diritti come “diritti di terza generazione”. Tra questi ricorda il diritto a un ambiente sano, i diritti dei consumatori, i diritti alla qualità della vita, alla *privacy*, il diritto allo sviluppo. E delinea, infine, dei “diritti di quarta generazione”, legati alla tutela dell’integrità del patrimonio genetico a fronte dei progressi della ricerca biologica. Si tratta di tematiche sviluppatasi a partire dagli anni Settanta: basti pensare allo sviluppo dei movimenti femministi, alle lotte sul divorzio, obiezione di coscienza, aborto. E nella stessa temperie culturale è nato in fondo, a partire dagli USA, anche il dibattito sul multiculturalismo: ci si è posti cioè l’interrogativo di quali diritti dovessero essere riconosciuti ai gruppi, alle comunità in quanto tali (basti pensare alle minoranze razziali e religiose), e quali rapporti vi fossero tra questi diritti e i diritti dell’individuo (si veda, a questo proposito, CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1993). Il tema si collega oggi anche al problema dell’universalità dei diritti umani, che può essere così riassunto: la protezione dei diritti fondamentali è tipica del solo mondo ‘occidentale’ e quindi estranea ad altre civiltà, che preferiscono dare la preferenza ad altri valori, oppure i diritti umani devono essere protetti e garantiti da tutti gli Stati membri della comunità internazionale? Ma, da un diverso punto di vista, sempre a partire dagli anni Settanta, ci si è interrogati sulle degenerazioni burocratiche dei moderni *Welfare State*, tornando a rivendicare, contro l’ingerenza statale, “i diritti del primo tipo” e auspicando uno “Stato minimo”: basti qui ricordare ROBERT NOZICK, *Anarchia, Stato, Utopia*, trad. it., Mondadori, Milano, 2000. Per quello che riguarda, infine, l’internazionalizzazione dei diritti umani, meritano di essere considerati, per una panoramica generale, di ANTONIO CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, e la voce sull’argomento dell’*Enciclopedia giuridica Treccani* redatta da Claudio Zanghì (vol. XI, 1989). Studi importanti sull’argomento sono poi quelli di PAOLO DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 1994, e *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani*, CEDAM, Padova, 1997.

<sup>5</sup> Principio di legalità riceve nella esperienza giuridica un significato ed una portata diversa secondo

## 2. La tutela della persona. Articolo 2 cost. quale clausola generale di ordine pubblico costituzionale

Con riguardo al primo profilo, giova ricordare che la drammatica esperienza del secondo conflitto mondiale ha indubbiamente dato una spinta forte, sì che il legislatore, non soltanto nazionale (mi riferisco non soltanto all'esperienza giuridica italiana<sup>6</sup>) è stato messo alle strette. In un sistema or-

---

che esprime il primato della legge come manifestazione della sovranità del popolo (significato forte) oppure si limita a nominare la subordinazione di tutti, a cominciare dalle autorità pubbliche, al diritto (da chiunque posto: in questo caso legge non vuol dire atto del parlamento ma genericamente atto normativo). Nel primo significato principio di legalità si distingue da Stato di diritto (o *rule of law*) e prevale come principio su quello evocato dall'altro; nel secondo significato diventa sinonimo o al più momento interno dello Stato di diritto. Diversa, anche se collegata, è la distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale. Per una bibliografia essenziale, ma di certo non esaustiva, v., ADELINA ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007), Giuffrè, Milano, 2008, p. 87 ss.; NICOLA BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; ROBERTO BIN, *Stato di diritto*, il Mulino, Bologna, 2004; LORENZA CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1966; ID., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; STEFANO COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1993; PIETRO COSTA - DANILO ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto - Storia, teoria, critica*, Giuffrè, Milano, 2002; PAUL CRAIG, *Formal and substantive conception of the rule of law*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 35 ss.; VEZIO CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, CEDAM, Padova, 1984; STEFANO FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XXIII; RICCARDO GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino, 1994; CARLO MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982; LIVIO PALADIN, *Le fonti del diritto*, CEDAM, Padova, 1996; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; ID., *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; ID., *Principio di legalità, Stato di diritto, Rule of law*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, I, p. 305 ss.; FILIPPO SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969; FEDERICO SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2001; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009; PAOLO STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto - Enc. giur. Sole 24 Ore*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 688 ss.; MASSIMO TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>6</sup> Volgendo un seppur sintetico sguardo al tema della codificazione in Italia è lapalissiano lo spirito del legislatore, volto per l'appunto a dare assoluto rilievo alle situazioni di carattere patrimoniale tralasciando del tutto (o quasi) quelle di natura esistenziale. Il codice del 1865, che può dirsi il codice dell'unità d'Italia, sulle orme del codice napoleonico, pone al centro dell'ordinamento la proprietà privata, in particolare la proprietà immobiliare terriera: alla persistenza e all'incremento di questa è prevalentemente ispirata la disciplina della famiglia e delle successioni per causa di morte, mentre i contratti sono regolati quali modi di acquisto della proprietà. La categoria dell'essere è subordinata a quella dell'avere (chi possiede è). Netta è la diffidenza verso le comunità intermedie, non v'è spazio per partiti sindacati, associazioni e società. E' un codice individualista poiché soltanto la proprietà individuale è presa in considerazione. Il codice del 1942, viceversa, pone al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, la necessità di organizzazione della produzione, la forma politica e giuridica dell'interventismo dello Stato sui rapporti economici. Si assiste ad un ribaltamento di prospettiva: non è più una situazione statica, la proprietà immobiliare ad essere al centro dell'ordinamento ma situazioni dinamiche quali lavoro e impresa. L'interesse del legislatore è quello di potenziare lo Stato, aumentare la produttività sino a fare del produttivismo la

dinamentale in cui la categoria dell'essere aveva per anni sovrastato quella dell'avere si è assistito nell'immediato dopo guerra ad una inversione di tendenza: la Carta costituzionale<sup>7</sup> sotto questo profilo testimonia non soltanto la consapevolezza, ma piuttosto la volontà di reagire ad uno stato di cose che aveva svilito la persona umana riducendola ad una sorta di "oggetto". Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale la categoria dell'essere prevale incondizionatamente su quella dell'avere e la persona diviene il "valore dei valori" dell'ordinamento. In particolare, l'art. 2 cost., il quale rappresenta il fulcro della tutela della persona umana, si pone quale "clausola generale di ordine pubblico costituzionale".

L'art. 2 cost., il quale "*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità*", è norma aperta ed il suo contenuto è atipico assumendo il ruolo di clausola generale di tutela. Essa prevede che l'uomo sia tutelato in tutte le manifestazioni essenziali al suo sviluppo, anche quando queste non siano state esplicitate e realizzate attraverso una legislazione di tipo regolamentare. La persona, in virtù della clausola generale, è tutelata anche nelle ipotesi non tipicamente previste. Discorrere di elasticità della tutela della personalità significa che

---

caratteristica precipua dell'ordinamento (sulla solidarietà produttivistica del periodo fascista, FRANCESCO LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 7 ss. e *passim*; ma, per osservazioni critiche, v. RAFFAELE CICALA, *Produttività, solidarietà e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 287 ss.). Abbandonata la strada del liberismo economico e delle costruzioni individualistiche, l'accento è posto sulla solidarietà economica e sull'interesse superiore della nazione, considerati i più sicuri parametri della meritevolezza di tutela giuridica degli istituti civilistici, particolarmente in tema di autonomia negoziale e di situazioni patrimoniali, e tra queste, principalmente la proprietà privata (v., particolarmente, FRANCESCO LUCARELLI, *La proprietà pianificata*, ESI, Napoli, 1974, ed *ivi* ampi riferimenti) e l'impresa (v., tra gli altri, FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 376 ss.; STEFANO SOTGIA, *Il diritto commerciale dell'ordinamento corporativo*, CEDAM, Padova, 1942, p. 16 ss.). Anche il diritto di famiglia ben si armonizza con l'organizzazione gerarchica e autoritaria (v., per tutti, ANTONIO CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 11 ss.; *Id.*, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 373 ss.) dello Stato corporativo e aconfittuale che nella Carta del lavoro trova la più coerente ed autentica espressione. La categoria dell'essere prevale ancora una volta sulla categoria dell'avere (per una prospettiva critica, v. PIETRO PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1979, p. 32; VITO RIZZO, *Alcune considerazioni in tema di cultura giuridica, produzione scientifica e insegnamento del diritto civile nell'Italia del '900*, in MARCO COMPORZI, S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, II, ESI, Napoli, 2005, p. 571.

<sup>7</sup> La Costituzione si presenta quale sintesi di una pluralità di ideologie, frutto dei fermenti culturali degli anni del dopoguerra: tra le principali si ricordino, il liberismo; il marxismo, nell'accezione positiva di lotta di classe; il personalismo ed il solidarismo, sia laico che cristiano, consapevoli, entrambi della necessità di grandi riforme di struttura idonee a realizzare un nuovo rapporto tra Stato e cittadino, rapporto che si caratterizzasse per il rispetto della persona umana e delle sue libertà. Il pluralismo ideologico che caratterizzò la costituzione, non equivale tuttavia ad un pluralismo senza limiti, né ad un qualunquismo: a tale proposito si ricordi la XII disposizione transitoria e finale della costituzione, la quale recita chiaramente il netto rifiuto delle concezioni fasciste.

non esiste un numero chiuso di ipotesi tutelate e che tutelato è il valore della persona senza limiti, salvo quelli posti nel suo interesse e in quelli di altre persone. L'elasticità diventa strumento per realizzare tutele atipiche, fondate sull'interesse all'esistenza e sul libero svolgimento della vita di relazione. La tutela della personalità si può considerare unitaria, non definita, senza limiti, elastica, adattabile quanto più possibile alle situazioni concrete ed alle condizioni culturali, ambientali nelle quali essa si realizza. Situazioni diverse e vane che rispondono ad atteggiamenti ed interessi specifici, le quali assumono una fisionomia nell'ambito di una ragione giustificatrice unitaria che le armonizza e considera sotto un unico profilo. A tale proposito va sottolineata la natura della norma costituzionale, la quale non è soltanto mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori. In termini diversi se è vero che la norma costituzionale può essere applicata indirettamente per il tramite della norma ordinaria, tuttavia non va "trascurato" che la stessa è norma di diritto sostanziale, non meramente interpretativa sì che, oltre che possibile, è fondamentale l'applicazione delle norme costituzionali in via diretta ai rapporti interpretati<sup>8</sup>.

### *3. Il principio di legalità: dalla "mera soggezione alla legge" alla "legalità costituzionale"*

Ciò impone, conseguentemente, una riflessione ulteriore sulla "spinosa" questione della legittimità e della legalità, quali termini fondamentali del lessico politico. Il "mito della legalità" svincolata da qualunque contenuto materiale ha potuto fungere da base per regimi dittatoriali; anche la legittimità schmittiana con la sua indeterminatezza può giustificare regimi altrettanto arbitrari<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> In contrario non sembra si possa opporre il secondo comma dell'art. 12 disp. prel. il quale relegherebbe i principi costituzionali a semplici e residuali strumenti di auto integrazione del sistema. Se la Costituzione fosse letta alla luce dell'art. 12, ricorrendo ad essa soltanto dopo aver esperito inutilmente l'interpretazione letterale e quella logica interna alle norme di rango ordinario e tutt'al più al procedimento analogico, si attribuirebbe all'art. 12 un ruolo costituzionale che non ha. D'altro canto se si volessero appiattare i principi costituzionali a criteri ermeneutici dei principi generali dello Stato utilizzandoli soltanto come rimedi residuali, l'art. 12 sarebbe manifestamente incostituzionale, perché impedirebbe di realizzare la corretta gerarchia delle fonti (sconosciuta al legislatore del 1942 per assenza di una Costituzione rigida. Così PIETRO PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 805.

<sup>9</sup> CARL SCHMITH, *La tirannia dei valori*, cit. p. 4 (in ideale collegamento ad un aperto nemico dello stato sociale: ERNST FORSTHOFF, *Lo stato moderno e la virtù*, in *Id.*, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1973, p. 11 ss.). La logica del valore si deforma non appena essa abbandona il campo ad essa adeguato dell'economia e della giustizia commutativa, e trasforma in valori



Il vero superamento delle difficoltà del principio di legalità consiste allora, non nel rimpiazzarlo con un principio ancora più indeterminato, ma nel porgli accanto un nuovo principio capace di controbilanciare il primo: il “principio di costituzionalità” che consente non soltanto di limitare le facoltà del legislatore ma di vincolarne anche le deliberazioni. La Costituzione fornisce la base per una legittimità non più semplicemente formale o plebiscitaria ma che, fondandosi su principi e ideali che sono il frutto della sedimentazione delle decisioni del potere costituente, garantisce all’ordine costituito un consenso non soltanto procedurale ma anche sostanziale<sup>10</sup>.

“Legalità” può, sinteticamente, significare “soggezione alla legge”, o anche “rispetto della legge”<sup>11</sup>. In questa accezione si è parlato, almeno sin dall’Ot-

---

e valorizza beni, interessi scopi ed ideali diversi da quelli economici. Il valore superiore giustifica allora pretese imprevedibili e valorizzazioni; l’attuazione diretta del valore distrugge l’attuazione giuridicamente sensata, che è possibile soltanto in ordinamenti concreti, sulla base di norme precise e di chiare decisioni (così CARL SCHMITH, cit., p. 9). Come si potranno produrre decisioni chiare quando manchi al popolo sovrano la possibilità di riferirsi ai fondamenti della propria razionalità non è chiaro: come decidere se si è privati dei parametri del giudizio (di valori)? questa insistenza sulla natura economica è ben lungi dal voler preservare un’area umanistica, non contaminata dalla mercificazione capitalistica; persegue al contrario un progetto intrinsecamente regressivo. Ciò che spaventa nel discorrere di valori è proprio ciò che ad essi viene assolutamente negato: la loro capacità di essere strumenti attraverso i quali divengono possibili discussione e decisioni razionali (e, pertanto, intrinsecamente democratiche, poiché l’argomentazione razionale non esclude nessuno). La natura pubblica dell’argomentazione per valori (ROBERT ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1998, p. 153 ss.) è negata e ridotta all’economico. Ma valori non mercantili non mercificano: essi consentono di discutere senza che alcuno possa sottrarsi alla discussione per convenienza. Pretendere, come invece Schmith, che i beni siano sottratti alla logica del valore significa soltanto questo: che alcune posizioni tradizionali non sono discutibili secondo il valore e che i processi di decisione non sono illuminati da discussione, ma soltanto irrazionalisticamente generati da entità disumane. Ecco che la apparente difesa dei valori non economici dal valore che sarebbe sempre economico è in realtà la difesa del più forte (che potrà arricchirsi) secondo la forza della ragione.

<sup>10</sup> Pur tra incertezze tecniche ed una totale asistematicità, non è possibile «fare a meno di applicare alla Costituzione, quasi quotidianamente, la razionalità propria dell’ “universo dei valori”, cioè la “ragionevolezza”. Quest’ultima, anzi, viene sentita come l’essenza stessa del giudizio di costituzionalità, vale a dire come l’effettiva metodologia di risoluzione delle possibili antinomie all’interno del sistema della “doppia legalità”». Si distingue la ragione dalla ragionevolezza: la prima rimanda ad una razionalità rispetto al fine, la seconda ad una razionalità rispetto ai valori. Lo Stato costituzionale, infatti, comporta un ordine di valori sostanziali (o materiali) superiori; questo a sua volta implica una doppia legalità, cioè una legalità legale, per così dire, ed una legalità costituzionale; tale diade comporta, infine, una risoluzione ed una mediazione che rispondono alla logica della ragionevolezza. Così, ANTONIO BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 655 ss. «La ragionevolezza non è una norma (né quindi un principio), ma un giudizio su di una norma particolare ricavata da norme generali: ragionevole o irragionevole è non il principio né il concorso di principi, ma la regola concreta applicata, individuata dall’interpretazione a séguito del bilanciamento. Ragionevole è la scelta di chi pone una regola adeguata, proporzionata, non discriminatoria, non contrastante con la giustizia; il controllo concerne sia il rapporto tra il fine perseguito dalla regola e i mezzi adoperati sia la congruenza tra il fine della regola e i valori che i principi applicabili tutelano»: testualmente, PIETRO PERLINGIERI e PASQUALE FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 24 s.

<sup>11</sup> “Legittimità” invece significa, piuttosto, conformità ad una legge, cioè corrispondenza di un atto

toconto, di “principio di legalità”: per esprimere, nel modello del cosiddetto “Stato di diritto”, non solo il primato del legislatore, ma addirittura una sorta di identificazione tra diritto e legge, o tra giuridico e legislativo. Positivismo giuridico, del resto, è stato inteso come positivismo legale: tutto il diritto nella legge, e cioè nella legge dello Stato, il vero “padrone del diritto”.

Nell'intendere la legalità nel senso di “mera soggezione alla legge”, ciò potrebbe avere quale conseguenza precipua che le leggi (configurate, in base ad alcune regole fondamentali, come “norme di riconoscimento”) costituiscano la “norma”, cioè, letteralmente, la “misura” primaria e in qualche modo indispensabile dei comportamenti dei diversi soggetti di un ordinamento. Secondo la logica predetta il diritto viene ad essere concepito quasi esclusivamente in termini volontaristici, perdendo di vista il giusto ordine delle cose, e ancor più dei valori.

Una volta distinto il potere costituente dal potere costituito, sarà chiara la differenza tra titolo del potere ed esercizio del potere. La forma democratica dello Stato sarà legittimata dalla volontà popolare, che ne è all'origine; mentre il governo, la cui legittimità è sempre derivata, dovrà conformare l'esercizio del potere alle norme fondamentali che gli sono state imposte. Scaturisce da qui l'ulteriore, fondamentale distinzione tra legalità e superle-

---

o di un comportamento specifici al modello astratto configurato da una norma di legge. L'accezione di legittimo nel senso di “consentito” o di “permesso” deriverebbe solo come conseguenza. Questo vocabolo esprime l'idea di un confronto o di una comparazione, e presuppone che operazioni di questo genere possano svolgersi sul piano esclusivamente formale, in certo modo sovrapponendo l'uno sull'altro i due termini implicati, di valore ovviamente diseguale, quasi a misurare la corrispondenza dei perimetri ed aspirando alla maggiore coincidenza, diciamo così, delle superfici lineari. “Conformità” indicherebbe, appunto, identità di forme, in senso geometrico e nella prospettiva mentale dell'esattezza. Il “merito”, cioè il contenuto o la sostanza delle cose, resta per definizione estraneo a tale vicenda. Con questo significato, si parla spesso di legittimità degli atti amministrativi, a proposito della congruità delle determinazioni delle pubbliche amministrazioni, concepite come atti di volontà, rispetto al modello legale (sulla base del tradizionale principio, secondo cui nel diritto amministrativo, o pubblico, è, di norma, tutto vietato tranne ciò che è espressamente permesso); o della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di legittimità (e cioè come controllo sulle modalità dell'esercizio dell'attività amministrativa) o della Corte di cassazione come giudice di legittimità, in quanto custode della “esatta osservanza della legge” e della sua uniforme interpretazione. E', peraltro, interessante l'uso dell'espressione “legittimo” in una materia che mi è più congeniale perché civilistica, cioè in riferimento alla famiglia o alla successione “legittima”, che ripropone o sovrappone il primato dello schema legale anche riguardo a strutture che per molti versi potremmo definire “naturali” (la nozione di famiglia quale “società naturale fondata sul matrimonio” è propria della stessa Costituzione). E nelle quali, certamente, la dimensione “sostanziale” delle relazioni – cioè degli affetti, dei legami, delle volontà, dei sentimenti – risulta intrinsecamente refrattaria ai perimetri, tanto più a quelli esclusivamente formali. Con l'espressione “liceità”, infine, si esprime generalmente l'idea dell'ammissibilità o della possibilità rispetto a regole o a principi di una giuridicità non necessariamente legislativa o addirittura, in senso stretto, secondo distinzioni tradizionali, di nessuna giuridicità: le regole morali, quelle cavalleresche, o quelle della semplice convenienza, o altro. Liceità, del resto, richiama “licenza”, come facoltà consentita.

galità, nucleo fondante di quel principio di legalità<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Il mondo europeo-continentale uscito dalla rivoluzione francese ha aspirato fondamentalmente, attraverso il trionfo della “*loi*”, alla certezza dei rapporti giuridici (il *rule of law* britannico è un'altra cosa). Certezza nel senso, almeno, di prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti, imputabili teoricamente a qualsiasi protagonista dell'esperienza giuridica, senza eccezioni né esclusioni. Il diritto “eguale” era, programmaticamente, anche questo: che si potesse pre-vedere, sapere prima, a cosa si va incontro. Dove la previsione, piuttosto che un pronostico, è una vera e propria prescrizione, con i verbi usati all'indicativo. La lotta contro l'arbitrio era stata, propriamente, una lotta contro il regime delle differenze: queste, infatti, per secoli, avevano generato, da un lato privilegi e dall'altro discriminazioni, finendo per rendere ingovernabile la complessità di quel sistema sociale. Si pensò che le garanzie dipendessero principalmente, se non esclusivamente, dalla dichiarazione dei diritti (la *Déclaration des droits*) o, per lo meno, che l'eliminazione dei soprusi dovesse necessariamente seguire la strada della legislazione: ciascuno avrebbe potuto trovare nella legge un baluardo utile per la garanzia dei propri diritti. Dunque, si pensò che i diritti dipendessero dalla legge; o, detto in altro modo, che la soggezione alla legge fosse il modo migliore per assicurare – nel senso di riconoscere, ma anche di costituire – i diritti: i diritti di ciascuno. In questi termini, l'aspirazione alla legalità è stata fatta coincidere, ideologicamente, con l'ideale della libertà, almeno attraverso l'idea che il legislatore debba identificarsi con un'assemblea parlamentare e che questa debba essere rappresentativa o, preferibilmente, elettiva. In ultima analisi, l'espressione di un libero voto, o la formazione di una volontà collettiva attraverso il libero confronto non delle “parti” come nel processo giudiziario, ma, nella procedura parlamentare, dei “partiti”, assicura formalmente il rispetto del principio secondo cui ciascuno, in quanto indirettamente coautore della legge, resti tuttavia “legittimamente” anche soggetto, e cioè assoggettato, alla sua impersonale volontà. Nell'ambito di siffatta impostazione si annodano alcune riconosciute aporie e qualche paradosso, materia di molte eleganti e sofisticate riflessioni: primieramente in connessione con l'idea della cosiddetta onnipotenza del legislatore. Se infatti si reputa non solo possibile, ma anche necessario, in termini di garanzia, che lo spazio della giuridicità, del diritto rilevante, segua la strada della legislazione, e se dunque il diritto della maggioranza deve risultare come il diritto di tutti, sarà poi dato parlare di libertà di ciascuno, riferendosi anche ai dissenzienti, alle minoranze, agli esclusi? Se, d'altra parte, i legislatori risulteranno titolari, per mandato, di una potestà sovrana formalmente illimitata, potremo considerare effettivamente conclusa l'esperienza del cosiddetto Stato assoluto, o dovremo pensare che il potere assoluto si sia soltanto spostato dal sovrano alle assemblee? Del resto, l'ideale rivoluzionario ha avuto in questi due secoli sviluppi pratici plurivalenti: un po' utopia, un po' anche tragedia. Il meccanismo del diritto legale, nella sua asserita neutralità o asetticità, o nel suo proclamato tecnicismo, così come ha potuto rassicurare, ha anche potuto opprimere. In definitiva, la sua impalcatura, sia pure entro certi limiti, resiste, per definizione, esaltando l'autonomia delle procedure, a prescindere dalle effettive utilità che produce, una volta che l'efficacia degli atti è stata concettualmente separata dalla loro validità. E la “certezza del diritto” (del diritto legale) appare per se stessa un valore, o un obiettivo, sia pure mitico: non solo nel senso che di fronte ad un'esigenza di tutela si penserà, in primo luogo, di adottare come rimedio una legge, ma anche nel senso che così sembrerà soddisfatto il bisogno di possibile garanzia. E' necessaria una precisazione: con l'espressione “principio di legalità” si indicano tre regole distinte, così sintetizzabili: è *invalido ogni atto dei pubblici poteri che sia in contrasto con la legge*; è *invalido ogni atto che dalla legge non sia espressamente autorizzato*; è *inefficiente – diciamo così – ogni legge che conferisca un potere senza compiutamente disciplinarlo*. Le prime due proposizioni individuano quel limite negativo all'azione dei pubblici poteri comunemente noto come “principio di legalità in senso formale”; inteso invece, con l'ultimo asserto, in senso sostanziale, il principio esprime la necessità che ogni atto dei pubblici poteri sia positivamente fondato sulla legge. E' stata giustamente rilevata la relazione proporzionale diretta tra la garanzia dei diritti dei cittadini e la misura in cui la legge disciplina l'attività dei poteri pubblici (la quale funge quindi da parametro per valutare l'operatività del principio di legalità): tale garanzia viene infatti a mancare quando la legge conferisce un potere senza disciplinarlo in alcun modo, è minima se la legge conferisce poteri discrezionali, è massima allorché la legge pone vincoli sostanziali al potere che conferisce predeterminando il contenuto degli atti.

Quando la legge si identifica con qualsiasi atto che promani dall'organo competente – nel rispetto delle procedure, ma a prescindere da ogni riferimento ad una scala di valori generalmente condivisi – prevale il concetto di legge formale, scissa da quella materiale; ed il principio di legalità si svuota di ogni contenuto di garanzia. Appare allora evidente come il grado di maggior tutela dei diritti fondamentali della persona, si realizzi in un sistema, in cui alla sovranità della legge (appunto in senso formale) si sostituisca la sovranità della Costituzione, intesa come norma superiore e fondante – sulla quale misurare la legge medesima –, che rende tutti i poteri funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali.

Una costituzione rigida assicura quel sistema di vincoli all'attività legislativa, in un contesto predeterminato dei meccanismi di produzione delle norme, che impedisce al potere legislativo, in quanto espressione di una maggioranza, di variare a proprio piacimento la latitudine dei poteri conferiti al governo ad essa omogeneo.

In sostanza, è il processo di mutazione della società moderna che costituisce la chiave ermeneutica necessaria ad un uso dei nostri strumenti decisori che assicuri l'effettività del risultato.

Lo schema del diritto positivo legale era ideologicamente coerente ad una società omogenea, declinata soltanto al singolare. Nella società pluralistica è tutto diverso: più complicato e difficile. La legalità, ma anche la legittimità, e perfino la liceità – in quello che viene chiamato “Stato costituzionale” – non sono, ovviamente, la stessa cosa di quelle concepite nel cosiddetto Stato di diritto. Pluralità, e pluralismo, significano moltitudini di uomini e di donne sulla stessa scena. Moltitudini distinte, organizzate, composte; ma anche moltitudini approssimative, generiche, indeterminate. Ciascuno di noi, oggi, ha numerose e differenti appartenenze, spesso conflittuali e comunque potenzialmente in contrasto: le famiglie (quella di origine e quelle che si costruiscono), gli amici, gli affetti, le scuole frequentate, le lingue che si parlano, il lavoro, il tempo cosiddetto libero, le radici, la città, le nazionalità ecc.

Lo Stato costituzionale dà spazio, per definizione, a interessi contrapposti, talora alternativi. Costruisce ipotesi di convivenza fondate sui contenuti, sulle capacità di mediazione, di reciproco ascolto, o anche di competizione, con equilibri strutturalmente instabili, ma perciò stesso più vicini alla realtà degli interessi implicati, necessariamente e vitalmente mutevoli. Non si accontenta di soluzioni date. Non riesce a dare configurazioni generali e neppure a concepirle come definitive: non già per incapacità, ma per l'impossibilità di soluzioni orientate univocamente.

Il diritto dello Stato costituzionale – o, forse si dovrebbe dire, il diritto “costituzionale” dello Stato pluralista – non può seguire il parametro della

legalità formale, perché la Costituzione, in quanto deposito di valori e di idealità, è il contrario di un sistema formale. Detto in altre parole, la “legalità” costituzionale è una nozione complessa, tendenzialmente insofferente rispetto allo schema logico della linearità e dunque, in definitiva, alla stessa concezione formale della legalità. Essa implica giudizi non già soltanto di “conformità”, ma più propriamente di “compatibilità” o di congruità rispetto ad una serie molto ampia di variabili, che attengono al piano degli interessi sostanziali. È in tal senso che l’ancoraggio a quel deposito di valori e idealità consente il recupero del principio di legalità al più alto livello dell’ordinamento. In questo sistema, che non è solo concettuale, i diritti non “dipendono” necessariamente dalle leggi e la soggezione alla legge, per gli stessi giudici, non significa soggezione al legislatore. È sufficiente, da un lato, ricordare che – secondo l’art. 2 della Costituzione – “*la Repubblica*” (non “lo Stato”) si limita a “*riconoscere*” e a “*garantire*” i “*diritti inviolabili dell’uomo*”, presupponendo che questi siano conoscibili *aliunde*.

Il discorso, lungi dalla reviviscenza di modelli quali il diritto naturale, l’auspicio è quello di riflettere e di tentare di configurare la legalità in termini di giustizia. Non tutto quello che risulta formalmente consentito, e dunque “legale” o anche “legittimo”, può, infatti, nell’esperienza giuridica attuale, configurarsi come costituzionalmente compatibile con l’assetto dei valori e degli interessi, e con gli stessi modi di sentire, radicati nella comunità, indisponibili da parte di qualsiasi legislatore<sup>13</sup>.

#### 4. *Tutela della persona nell’interpretazione sistematica e assiologia. L’importanza dell’“educazione” del giurista.*

Le considerazioni che precedono suggeriscono di abbracciare l’idea di una rivalutazione del “positivismo giuridico”, del c.d. positivismo etico, inteso quale dottrina che da un lato tende a riscoprire il principio di legalità, e dall’altro si caratterizza per una valutazione storico-relativa del fatto in relazione al precetto di legge, nel pieno rispetto della legalità costituzionale.

---

<sup>13</sup> La prospettiva costituzionale della “legalità” implica, nelle forme proprie – ma anche in forme improprie (nella “società aperta degli interpreti della Costituzione”, per ripetere l’espressione di Peter Haberle) – una sorta di sindacato sostanziale sull’esercizio del potere, anche quando pienamente discrezionale: sia che esso riguardi – tra gli innumerevoli possibili esempi – per i giudici nei processi penali l’uso della custodia cautelare o nei processi civili la prassi dei continui rinvii; sia che riguardi, per il potere esecutivo, lo strumento della decretazione d’urgenza o, in altro senso, della legislazione delegata; sia che riguardi lo stesso Parlamento, a proposito del cosiddetto “eccesso di potere legislativo”.

Il giurista positivista tende all'approfondimento della giurisprudenza degli interessi e il suo adeguamento a tutte le forme e tipi di interessi, da quelli individuali a quelli collettivi e di gruppo, da quelli determinati a quelli diffusi, da quelli patrimoniali a quelli morali ed esistenziali. La rivalutazione dell'interesse negli istituti e nelle situazioni soggettive costituisce la prospettiva piú naturale per rivedere criticamente l'eccessiva considerazione riservata al profilo strutturale – che nelle analisi spesso è il criterio classificatorio preferito – e per recuperare un metodo d'indagine rivolto a privilegiare l'interesse rispetto alla volontà, il profilo oggettivo e funzionale rispetto a quello soggettivo e descrittivo, la funzione socio-economica rispetto alla struttura.

L'impossibilità di porre sullo stesso piano gli interessi patrimoniali e quelli esistenziali, strettamente legati alla persona, e la constatazione della diversità delle relative problematiche, comporta che le situazioni esistenziali, piuttosto che in termini di interessi, si pongono all'attenzione del giurista in termini di valori caratterizzanti l'ordinamento. La rifondazione, in altri termini di un sistema che si fondi sulla legalità costituzionale, la quale, appunto appare, meglio di qualsiasi altra, idonea a realizzare la funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, riconoscendo a quest'ultimo, in attuazione di principi costituzionali, una indiscussa preminenza<sup>14</sup>.

Chiarito dunque che la concezione assiologia del diritto è l'unica strada che preserva la comunità dalla violenza, nondimeno appare fondamentale, nella prospettiva indicata, la configurazione del ruolo del giurista. Questi, infatti, nell'approcciarsi alle scienze giuridiche non può prescindere da una pluralità di inquietudini ed interrogati; in altri termini non occorre limitarsi ad applicare la norma al fatto sic et simpliciter in maniera automatica e matematica, diversamente occorre domandarsi *in primis* se nel campo del diritto esistano concetti e categorie indiscutibili in ossequio ad una logica dogmatica o se di-

---

<sup>14</sup> Si è discusso al riguardo della c.d. «depatrimonializzazione» del diritto civile: Con il termine di «depatrimonializzazione» s'individua una tendenza normativo-culturale; si sottolinea che nell'ordinamento si è operata una scelta tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa, del produttivismo prima e del consumismo poi come valori). Con ciò non si prospetta l'espulsione del contenuto patrimoniale nel sistema giuridico: il momento economico, quale aspetto della realtà sociale organizzata, è ineliminabile. La depatrimonializzazione esprime una valutazione qualitativa del momento economico e l'esigenza di trovare nella tutela della persona umana un aspetto idoneo non ad «umiliare» l'ispirazione economica, ma quanto meno ad attribuirle una giustificazione istituzionale di supporto al libero sviluppo della persona. Gli istituti patrimoniali non sono immutabili: ora travolti dalla loro incompatibilità con i principi di rango costituzionale ora esautorati o integrati dalla legislazione speciale e comunitaria; sempre tuttavia protesi ad adeguarsi ai nuovi «valori» nel passaggio da una giurisprudenza civile degli interessi patrimoniali ad una piú attenta ai valori esistenziali. Questi non sono piú relegabili aprioristicamente nel ruolo di limiti o di finalità esteriori non idonei ad incidere sulla funzione dell'istituto e quindi sulla sua natura. Così PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.

versamente sia più opportuno valutare le singole peculiarità del caso concreto e trovare poi in modo sistematico la soluzione nel sistema ordinamentale. O ancora, se sia perseguibile una analisi separata dall'inserimento del singolo istituto in un discorso globale e complessivo nell'intera realtà giuridica e sociale. La cultura giuridica è il risultato dell'attività interpretativa di tutti gli operatori del diritto. Non è sufficiente la conoscenza della legge e del singolo precetto, né l'interpretazione delle singole disposizioni, né una ricostruzione dei singoli concetti, degli istituti o del sistema. Piuttosto è invece auspicabile confrontare il sistema con il fatto, con la realtà sociale e con le questioni ed i problemi concreti. E per la conoscenza del fatto da regolare o anche da giudicare, nell'una o nell'altra ipotesi non si può prescindere da un incessante confronto del sistema normativo con la realtà sociale, la scienza e la prassi.

Il principio di legalità non si riduce al rispetto dei singoli precetti, bensì il coordinamento delle singole norme alla luce dell'intero ordinamento giuridico<sup>15</sup>. Da questo punto di vista, allora, l'interpretazione non potrà essere più letterale, bensì da un lato logico-sistematica (ossia la singola norma dovrà essere letta ed interpretata alla luce dell'ordinamento giuridico nella sua interezza e complessità, con rigore scientifico) e, dall'altro, teleologico-assiologica, ossia finalizzata all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei principi costituzionali. Ciò significa che tra più interpretazioni possibili, l'interprete dovrà privilegiare quella che meglio realizza i valori costituzionali<sup>16</sup>. L'interprete, nel momento in cui si accinge all'attività interpretativo-co-

<sup>15</sup> Sul principio di legalità penale GIOVANNI FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*. Constitutional Case Law in Criminal Matters, Including Principles and Democracy, in *Cass. Pen.*, 1, 2017, p.13 ss.; GIOVANNI MARIA FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale italiana*, su *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2014.

<sup>16</sup> giurisprudenza, sulla differenziazione tra legalità formale e sostanziale, si veda, tra gli altri, Corte Cost., 14 giugno 2007, n. 190, su *Foro it.*, 132, 5, 2009, p. 1358 ss.; Corte Cost., 6 febbraio 2009, n. 32, con nota di ANTONIA BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità. Brevi riflessioni a margine della sentenza 32/2009*, in *Le Regioni*, 2009; Corte Cost., 3 ottobre 2003, n. 307, con nota di QUIRINO CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, su *www.forumcostituzionale.it*; Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 115, su *www.ilsole24ore.com*; VINCENZO MARIA DONOFRIO, *Poteri testualmente adespoti e principi informatori del sistema amministrativo: il Consiglio di Stato ne celebra la potenziale ammissibilità*, nota a Cons. Stato, 20 marzo 2015, n. 1532, su *www.dirittoamministrativo.it*; FRANCESCO MAZZACUVA, *La Corte europea sul principio di legalità della pena*, nota a CEDU, 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta, e *La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di raddruch*, nota a CEDU, Grande Camera, 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina, entrambe su *www.penalecontemporaneo.it*;

<sup>16</sup> Da questo punto di vista l'interpretazione assiologica rappresenta il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale. Quale ruolo dunque attribuire all'articolo 12 delle Preleggi? Perlingieri ne propone addirittura l'abrogazione. Una interpretazione a gradi non è proponibile. Sembra poi assurdo collocare all'ultimo gradino, come invece propone l'art. 12, il ricorso ai principi generali

noscitiva, deve utilizzare tutti i criteri che ritenga opportuni (quello logico, quello letterale, quello teleologico ecc.) senza priorità logico-cronologiche di alcuna sorta; senza schemi precostituiti.

Occorre sempre e prima di ogni altra cosa fare riferimento ai principi costituzionali, più precisamente l'interpretazione delle norme va condotta alla luce dei principi e dei valori costituzionali dell'ordinamento giuridico; sì che sarà impensabile stabilire *a priori* se una norma è chiara oppure no: sarà l'interpretazione della norma medesima a rivelarne o no la chiarezza.

In ossequio alla prospettiva indicata l'interpretazione giuridica diviene attività critico-costruttiva, nel senso di attività vincolata, controllata nonché responsabile<sup>17</sup>: in altri termini, «se è vero che di una norma non può essere data una unica interpretazione (e cioè non si può dire *sic et simpliciter* che una interpretazione sia vera o falsa), è altresì vero che qualsiasi interpretazione deve essere sorretta da rigorose argomentazioni, scientificamente valide.

Le, seppur brevi, considerazioni svolte suggeriscono una riflessione sul diritto codificato e sull'esperienza delle codificazioni in generale. Si dovrebbe avere il coraggio di distaccarsi dalla (apparente) certezza di quella dimensione dogmatica e geometrica del diritto, per aprire le porte ad una dimensione maggiormente plastica del giuridico la quale seppur fitta di (apparenti) incertezze, ha in sé la potenzialità effettiva di elevare il grado della nostra civiltà.

---

dell'ordinamento giuridico. Secondo la dottrina tradizionale l'art. 12 nel rinviare ai principi generali dell'ordinamento giuridico vuole riferirli ai principi costituzionali (principio di uguaglianza, democraticità, di legalità, principio del solidarismo ecc.). Il Perlingieri, diversamente, ritiene che l'art. 12, nel fare appello ai principi generali, non vuole, né può intendere i principi costituzionali; e ciò per due ordini di motivi: a) il codice civile precede cronologicamente la Costituzione, il codice è infatti del 1942, mentre la costituzione è del 1948; dunque, il legislatore del '42 non poteva fare riferimento a principi che in quel tempo non era stati ancora emanati; b) la seconda ragione risiede nel sistema di rigidità delle fonti che caratterizza il vigente ordinamento: in altri termini si vuol dire che non sarebbe possibile fare riferimento ai principi costituzionali in ultimo grado, dato che la Costituzione si trova al primo gradino della gerarchia delle fonti del diritto; se così fosse l'art. 12 sarebbe incostituzionale. A tale riguardo si sottolinea che è più ragionevole ritenere che l'art. 12 non si riferisca ai principi costituzionali, bensì agli altri principi generali desumibili dalla legislazione ordinaria (es. principio di buona fede, principio dell'affidamento, principio di conservazione del contratto ecc.).

<sup>17</sup> L'interpretazione sarà attività vincolata (vincolata cioè alle scelte ed ai valori dell'ordinamento giuridico); attività controllata (ogni interpretazione deve essere corredata da una idonea motivazione); attività responsabile (poiché dolo e colpa grave nella decisione sono esenti da responsabilità da parte di chi li ha commessi; v. art. 55 c.p.c. e art. 54, comma 2, Cost.); attività creatrice, poiché esplicita storicamente i valori dell'ordinamento ed individua la normativa da applicare al caso concreto.



## La storia come forma di educazione intellettuale<sup>1</sup>

FRANCESCO PAOLO CASAVOLA

Non c'è epoca della storia del mondo, ma soprattutto di quel mondo cui apparteniamo e da cui discendiamo, che è il mondo euro-mediterraneo, che non si sia interrogata sul significato del tempo. Possiamo cogliere almeno due atteggiamenti di questa domanda: l'uno è annodato a ragioni della vita storica, e l'altro a quello della vita personale. Il primo nasce dalla considerazione che grandissima parte della realtà che cade sotto l'esperienza presente è un prodotto del passato. Gaio, l'unico giurista romano che ha fatto soltanto il professore, nel II sec. d.C. iniziava il suo corso spiegando agli studenti «*In omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certa cuiusque rei potissima pars principium est*» (Mi rendo conto che se si vuole davvero conoscere una cosa completamente, bisogna possederne tutte le parti, ma la massima parte è costituita dalla sua storia).

Su questo principio si fondano le società in cui non solo la memoria del passato, ma la forza normativa del passato guida la vita collettiva, e non a caso l'identità culturale del popolo romano ha attraversato 14 secoli, da Romolo a Giustiniano, e non a caso un conte francese, Lally-Tollendal, quando gli Stati generali, che erano stati convocati da Luigi XVI, si trasformarono in Assemblea costituente, rivendicò l'identità unica del popolo francese rispetto a tutti gli altri popoli europei per i suoi 14 secoli di statualità, dai Capetingi al XVIII secolo. È dunque la storia, che è *potissima pars*. Il secondo atteggiamento, invece, è legato al sentimento del tempo: un tempo che angoscia, perché passa logorando l'organismo individuale, lo conduce dalla giovinezza alla vecchiaia e poi alla morte, lasciando il turbamento di questa estrema domanda «Che sarà sotto il sole dopo di me?». Questa è la domanda assillante di uno dei testi più drammatici, del Quèlet: «Che sarà sotto il sole dopo di me?».

---

<sup>1</sup> Prolusione edita anche in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXI, 2015, pp. LXI-LXXII.

Tra questi poli estremi si muovono tanti e diversi fili di senso della storia, còlta ora dagli studi storici, ora dalle sensibilità individuali, ora dalla mentalità collettiva. Cristianizzato il mondo occidentale, la nuova religione pone la nascita del figlio di Dio come irruzione dell'eterno nel tempo, rendendola un inizio di storia nuova. Non c'è dubbio che il cristianesimo si pone come un'energia storica in grado di legare storia collettiva e vita personale, come per il passato non era mai stato così intensamente vissuto e razionalmente percepito. Tuttavia il senso della storia come forma di questa antropologia cristiano-europea si è andato sempre più rifugiando e riducendo nella filosofia della storia, nelle evoluzioni della storiografia, tanto da lasciar registrare una perdita della memoria collettiva che stiamo vivendo, un deprezzamento, se non talora un disprezzo del passato, come ostacolo alla modernità ed al progresso. Molto di questo declino della storia può dipendere da una storiografia adunata intorno a grandi eventi politici. La nascita di una diversa storia della società, ad esempio con i francesi, fondatori della scuola des Annales, ha riproposto la storicità del presente, nelle strutture del quotidiano, tutte da ridiscoprire nella lunga durata. Ma più che di storie distinte per oggetti e problemi occorre pensare a un'educazione alla comprensione storica diffusa in ogni settore della conoscenza, da quella sociale, giuridica, economica, artistica a quella biologica, scientifica e tecnica.

L'accentuazione data alla storia nel secolo che abbiamo alle spalle, nel '900, se viene intesa come per ora abbiamo soltanto potuto accennare, non escluderebbe spazio alle età precedenti, ma da quelle trarrebbe significato ed interesse per i tempi che viviamo e che vivremo in altro modo, senza avere consapevolezza di esse: «Ogni storia» è stato detto a Napoli da Benedetto Croce, e da questo punto di vista è anche qui che abbiamo la fortuna di un inconsapevole e diffuso storicismo «Ogni storia è storia contemporanea». Ma quella consentiva la contemporaneità allo studioso e allo scrittore di storia. La nostra vuole, invece, educare i contemporanei a vivere con più alta e civile coscienza il proprio tempo, senza esserne ignari o disamorati o con più amarezza esuli. L'educazione storica, dunque, non è soltanto educazione a una modalità della conoscenza, ma è anche al dovere di non lasciare il mondo così come lo abbiamo trovato, di renderlo cioè se possibile più umano.

È un dato di esperienza, che le generazioni che hanno raggiunto l'età adulta e matura hanno dedicato attenzione soprattutto ai coetanei, non solo nell'infanzia, nell'adolescenza e nella giovinezza, in cui la vita è ordinata secondo classi di età, nella scuola, nel lavoro, nel servizio militare, nei gruppi spontanei, nelle associazioni sportive, ma anche nell'età adulta, segnata

dal matrimonio, dalle carriere, dagli impegni sociali e politici, noi abbiamo guardato e guardiamo quelli che sono andati crescendo e ora vanno invecchiando con noi; è come se i maggiori e minori di età non riescano a suscitare interesse e curiosità altrettanto forti di quanto non ottengano coloro che ci sono stati compagni nella stessa parabola della vita. E qualcuno potrebbe suggerire che osservare i coetanei è più rassicurante, che non confrontarsi con i più anziani e i più giovani di noi; certo i grandi rispetto a noi bambini, così come i giovani rispetto a noi adulti, erano e sono in qualche misura più inquietanti, non compiutamente decifrabili. Paradossalmente l'affetto per i nostri genitori e per i nostri figli, tanto intenso da soffocarci di ansie e di commozione per non pochi anni della nostra vita, si riequilibra nella comprensione che essi sono destinati ad allontanarsi da noi, gli uni per lasciarci, gli altri per sopravanzarci. Resta invece per i coetanei, anche appena a conosciuti o addirittura estranei, il senso di un legame collettivo; ne seguiamo un mutamento nei volti, dalla freschezza della giovinezza alle rughe della senilità, proviamo soddisfazione e solidarietà per le loro affermazioni nella politica, nella letteratura, nelle scienze, nelle professioni, e penosa partecipazione alle loro sconfitte o sventure o malattie, ne contiamo la resistenza e la durata della vita.

Quel che invece accomuna i coetanei, se proviamo ad esplorare quote profonde dei sentimenti collettivi, è dapprima la percezione che ad essi è connessa la costruzione di un mondo rinnovato; e non c'è nulla di più forte, badate, per contrastare il rischio di solitudine proprio degli esseri umani, che la coscienza di avere un compito comune, e più tardi la *pietas* vicendevole per una partenza e un percorso comuni assegnati nel turno delle generazioni, quasi una sorta di fraternità gemellata, oltre le famiglie e i gruppi sociali, su una stessa linea del tempo.

Ma, chiediamoci, è sempre stato così? O non piuttosto questa, che abbiamo, sia pur molto sommariamente descritta, è una condizione storica, cioè non universale, né di ogni epoca, di una determinata generazione, in una società e in una cultura?

Possediamo oggi un'istoriografia che ci aiuta a comprendere che è un errore immaginare esistita in ogni tempo una forma delle relazioni umane che, invece, è solo nostra.

Nel medioevo europeo le età della vita sfuggivano all'osservazione; Philippe Ariès ricorda una miniatura dell'evangelario dell'imperatore di Germania Ottone III (XI sec. d.C.): dovendo rappresentare la scena evangelica di Gesù che esorta a lasciar venire i bambini da lui («*sūzite p̄mvulos venire ad me*»), Ariès raggruppa intorno a Gesù otto uomini, veri e propri, senza nulla di infantile, riprodotti soltanto in formato ridotto: solo la statura li

distingue dagli adulti<sup>2</sup>.

Alla fine di quello stesso secolo, in una vita di San Nicola, una miniatura presenta tre bambini, che il santo risuscita, ancora una volta come tre adulti di dimensioni ridotte: non sapeva né rappresentare i bambini. Tra il XII e il XIII secolo, in un salterio di San Luigi di Leida, il neonato Ismaele, figlio di Abramo e della schiava Agar, è dipinto con la muscolatura del petto e dell'addome come quella di un uomo adulto. Gli esempi possono moltiplicarsi; i bambini morivano presto e l'infanzia era un'età presto dimenticata. Il mondo era tutto adulto, eli quelli che sopravvivevano alle malattie e resistevano alle difficoltà materiali dell'esistenza.

Solo dal XVI secolo adulti e bambini saranno effigiati realisticamente e insieme, e solo dal XVII secolo il bambino avrà una ritrattistica a lui esclusiva, separato dai genitori e dalla famiglia. Perfino negli abiti il bambino non si distingueva dall'adulto; e solo dal '600 sembra venire in uso un abbigliamento infantile, che era poi una veste lunga, prima comune a tutti, e da cui gli adulti si erano liberati.

Quando gli adulti cominciarono ad accorgersi dell'infanzia nell'evoluzione della storia dei sentimenti, provarono ambigualmente ora tenerezza per quell'età indifesa, ora repulsione per quell'età irragionevole.

Nelle classi colte si sviluppa un impegno educativo degli adulti verso i bambini per la loro istruzione e per la formazione morale e religiosa; la tendenza fu di trattare il bambino per quello che sarebbe diventato come uomo.

Occorre avvicinarsi al XIX secolo e poi al '900, che si è concluso, per intendere il mondo proprio, poetico e prelogico dell'infanzia; la scoperta progressiva del bambino si accompagna ed è espressione del costituirsi della famiglia, da organismo prevalentemente economico a piccolo universo etico e sentimentale.

Nelle età precedenti la società e la socievolezza mescolavano tutte le età e tutti i ceti nelle relazioni di vicinato e di amicizia, non lasciando spazio all'intimità della famiglia; quando questa sorge, come sentimento e come valore, attorno alla coppia che si apparta e si dedica a una prole più ridotta nel numero, essa diventa una società chiusa, che si difende e rafforza, riducendo o soffocando i rapporti sociali.

L'esperienza della famiglia dei nostri padri e in gran parte ancora nostra è dunque recente, tutt'altro che immobile e remota; la famiglia preborghese e preindustriale era invece un luogo aperto nel duplice verso degli estranei che vi venivano ospitati, vicini e amici, e dei figli che se ne allontanavano.

---

<sup>2</sup> PHILIPPE ARIÈS, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Laterza, Bari, 1968, p. 33

Questo è un altro aspetto importante: la gioventù viene individuata come un'età distinta della vita, proprio per l'acquisto di una semi-dipendenza dalla famiglia paterna, andando a lavorare in una famiglia estranea o girando il mondo in gruppi di coetanei per imparare un mestiere o per studiare, prima di giungere al matrimonio, che è la soglia di ingresso nell'età adulta e nell'indipendenza.

Un autore di un saggio storico-sociologico sui giovani nei tre secoli dell'età moderna, che è Gillis, ha queste parole: «Infanzia e gioventù erano guardate da tutti come stadi subordinati della vita, che gradatamente conducevano, attraverso una dura prova, alla supremazia del giovane sposato, e difficilmente avrebbe potuto essere altrimenti in una società, dove la metà dei bambini nati vivi non riusciva a superare l'età dei vent'anni; la sensazione comunemente diffusa era quella di sopravvissuti, che guardavano con sollievo al loro passaggio attraverso quelle prime fasi pericolose e presentivano la vecchiaia come un'altra fase di dipendenza e di pena.

Come vedremo, la gerarchia di età, con infanzia, gioventù e vecchiaia poste a diversi gradi di dipendenza dal giovane adulto, costituisce in realtà una riproduzione abbastanza fedele del significato economico, sociale, politico della struttura di età della società preindustriale, secondo l'ottica di coloro che vi detenevano il potere sociale ed economico; essi prescrivevano dipendenza all'infanzia, semi-dipendenza alla gioventù, iso lata senilità ai vecchi, poiché tutto questo costituì per un lungo periodo l'unico modo per garantire la trasmissione di cultura, della proprietà e della capacità professionale da una generazione all'altra»<sup>3</sup>. La scoperta dell'adolescenza tra l'infanzia e la giovinezza è databile negli ultimi decenni dell'800, e l'era dell'adolescenza riempie la prima metà del '900.

La giovinezza a sua volta si prolunga, non solo per l'ingresso sempre più tardivo in una stabile collocazione all'interno del sistema produttivo (e i nostri giorni ce ne danno una testimonianza dolorosa) e per una crescita costante di corsi scolastici, universitari, post-universitari, di preparazione e specializzazione professionale, ma soprattutto per la proiezione oltre il matrimonio, a tutto il mondo adulto, di stili di vita giovanili, dall'abbigliamento ai divertimenti, al turismo, agli sport, alle maniere di socializzazione. La giovinezza da condizione mobile e di passaggio diventa un approdo permanente dell'esistenza più evoluta; da una tale trasformazione deriva la nostra attuale condizione di adulti più attenti a contemporanei e coetanei, che non a chi nella vita ci precede o ci segue; perpetuiamo cioè un atteggiamento

---

<sup>3</sup> JOHN RANDALL GILLIS, *I giovani e la storia*, Mondadori, Milano, 1981, p. 15.

proprio dell'età giovanile di compagnia e colloquio e scoperta del mondo insieme con i coetanei.

I giovani nel nostro secolo avevano superato la muraglia opposta dall'intimità della famiglia alla promiscuità e alla socievolezza esterna con i gruppi, le associazioni, i movimenti, le organizzazioni politiche e addirittura quelle paramilitari; l'emancipazione giovanile si è proiettata nel cielo alto dell'antipassatismo, del futurismo, del vitalismo, della celebrazione del mondo, delle macchine, della velocità e del conflitto (questo ha riempito soprattutto il '900).

Con la costruzione di un'ideologia della giovinezza, è nata una generazione che ha stemperato i contrasti tra padri e figli, ha risolto in termini di benessere, fisico ed economico, i nuclei morali dei faticosi doveri della filialità verso i genitori e della genitorialità verso i figli, garantendo a sé stessa maggiore e duratura libertà di continuità nel lavoro e nei rapporti sociali.

Ma non è proprio questo assetto sul fronte della coetaneità a renderci meno idonei a guardare oltre noi stessi? Conservare un'illusoria ed eterna giovinezza non è anche alimentare le motivazioni egoistiche dell'esistenza? Badare a sé stessi e alla propria generazione non rischia di diventare distacco dapprima emotivo e poi anche intellettuale e morale dalla generazione che ci ha procreato e da quella che abbiamo procreato?

Il problema ha già raggiunto punte di particolare acutezza: la riduzione delle nascite, l'emancipazione sessuale, il prolungamento dell'attività di lavoro, la metamorfosi dell'adulto giovane nella stazionarietà dell'anziano giovanile rivelano un crescente disinteresse per dare vita e spazio di vita a nuove creature e per ristabilire con esse un dialogo impegnativo ed aperto ad una trasmissione reciproca e critica di esperienze, di giudizi, di valori. Il costo di un tale ritaglio generazionale tra l'epoca dei nostri padri e quella dei nostri figli è sotto gli occhi di tutti: l'abbandono, anche dorato, dei più vecchi alla solitudine, l'estraneità, anche se non violentemente conflittuale, dalle generazioni successive, al mondo delle forme espressive, dell'educazione sentimentale, delle cose e delle idee.

Scriva Michael Mitterauer, uno studioso della storia sociale della gioventù: «Riguardo all'acuirsi del contrasto giovani adulti, si pone il problema se ciò porti ad una polarizzazione tra le generazioni; sarebbe senza dubbio illegittimo rispondere a questo interrogativo estrapolando i processi storici come si sono finora verificati; appare più proficuo chiedersi i motivi di questa evoluzione ed esaminare le possibilità del cambiamento.

Senza dubbio l'acuirsi della contrapposizione di atteggiamenti e valori tra giovani e adulti è connessa alla velocità del mutamento sociale: adattare il proprio comportamento a una situazione risulta più difficile agli adulti

che non ai giovani; ciò si spiega con la concezione tradizionale del ruolo adulto: l'adulto ha portato a compimento lo sviluppo della sua personalità, egli è concluso: nelle sue idee, nei suoi comportamenti, non devono intervenire mutamenti essenziali. Tenendo conto dell'accelerazione del processo di cambiamento sociale ci si chiede se questa concezione statica del ruolo adulto possa essere considerata ancora oggi valida.

Ad essa si potrebbe contrapporre una nuova concezione, quella della persona che apprende lungo tutto il corso della vita ed è pronta ad armonizzare lo sviluppo della propria personalità con i mutamenti che intervengono nel mondo circostante; senza dubbio l'apprendimento nella concezione tradizionale costituisce un elemento specifico del ruolo giovanile; con la nuova concezione sfumerebbero i confini tra giovani e adulti, ma nello stesso tempo si attenuerebbero anche i contrasti tra essi»<sup>4</sup>.

Ma l'apprendimento che riesca a saldare un colloquio formativo tra le generazioni e a costruire tra esse un ponte di comprensione, di tolleranza, di generoso altruismo non può continuare ad essere delegato totalmente all'impersonale struttura dell'istituzione scolastica: io credo che siate ben consapevoli che non solo da queste aule soltanto si può arrivare a questa modificazione del mondo. Torna qui l'ipotesi di Ivan Illich, autore di un libro diventato famoso, «Deschooling Society», cioè la società descolarizzata: l'ipotesi di Illich della descolarizzazione, anche se non nei termini radicali come quelli da lui impiegati, significa che, se tutti debbono per l'intero arco della vita imparare, tutti debbono in qualche misura ricercare, insegnare, trasmettere; una società in cui si apprende e si insegna ad ogni età, in ogni occasione, dovunque, è una società, questo è quello che conta, che si prende cura di ciascuno e di tutti, da cui si è sempre accolti e mai rifiutati, una società che ci è casa comune, famiglia affettuosa, quale che sia la generazione cui apparteniamo.

Guardare dunque oltre noi stessi è possibile, se esercitiamo la massima delle possibilità dell'essere umano, che è l'intelligenza. L'appello all'educazione e all'apprendimento permanente è la strada per passare dall'intelletto al cuore, a un rinnovato amore per l'uomo, fatto per trasmettere pensieri da una generazione all'altra, non per rottamazione o asfaltazione, non per chiudersi dentro questa illusione di una giovinezza eterna, che sfugge al colloquio umano da secolo a secolo e spegne la storia del mondo nella morte della propria individuale esistenza. Perciò volgiamo la nostra attenzione ai giovani.

In ogni tempo una generazione giovane si è contrapposta a quella dei

---

<sup>4</sup> MICHAEL MITTERAUER, *I giovani in Europa dal Medioevo a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1991, p. 301.

padri, ma nel nostro tempo una generazione giovane, quella a cui, per la mia lunga età, ho appartenuto, dagli anni '60 agli '80 del secolo scorso, si è estraniata dal mondo dei padri; questa è la condizione peculiare ed originale dei giovani nello scorcio del '900.

E perché questo è accaduto? Non certo per atti di volontà o per una strategia consapevole di isolamento dei giovani dagli adulti; anche questa contestazione (il termine con cui i giovani del '68 designarono il loro movimento) nasceva da un furore di ripulsa da ogni sistema trådito di valori etici come di assetti economico-sociali, come di regimi politici, più per incomprendione e distanza che per una chiara e matura e adulta lettura storica dell'esistente, che legittimasse prospettive non utopiche e caotiche di rivoluzione o di riforma.

L'estraneazione dei giovani dal più lungo tempo della prima metà del '900 è il risultato di un'accelerazione del progresso scientifico e tecnologico, che ha mutato radicalmente l'intero scenario della vita quotidiana a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Ancora negli anni della ricostruzione del secondo dopoguerra il paese era ben dentro il ciclo multimillenario di una civiltà agraria, con i tre quarti della popolazione nelle campagne e nei paesi, nelle piccole città di provincia; l'espansione rapida dei processi di industrializzazione ha indotto una concentrazione della popolazione nelle grandi e medie città, con uno svuotamento delle campagne e dei centri minori. Il mutamento delle sedi, dei modi di vita, dei valori di orientamento morale e sociale ha portato la gente ad uscire non solo dalle angustie di un'economia prevalentemente rurale per entrare nel benessere di una moderna economia industriale, ma a smemorarsi nel tempo breve e intenso della generale trasformazione del sistema economico, dei ritmi e delle forme della cultura materiale, ancora vissuti appena qualche anno prima.

Come è proprio di ogni sistema economico con dominanza dell'agricoltura, il livello medio dell'esistenza delle popolazioni era contrassegnato da stili di povertà e non di opulenza, anche nei ceti agiati: frugalità di vitto, di vestiario, di suppellettili, abitudini di risparmio, di lungo uso degli oggetti personali, di accurata manutenzione di strumenti, utensili e attrezzi, di macchine, assuefazione alla pratica fisica della locomozione, del lavoro, dei rigori del clima, paziente adattamento alla monotona routine delle faccende domestiche cui era vincolata tanta parte del destino femminile, accettazione dell'umiltà e scarsa remuneratività dei mestieri manuali, nei quali si collocava la più gran parte di speranze e di pane per un destino maschile, il tremore per il rischio mortale di malattie, che per l'igiene, la nutrizione, la profilassi carente o per i sussidi terapeutici inadeguati evolvevano verso la guarigione in contesti di ansiose aspettative, di miracoloso prodigio.



Nel giro di pochi anni si passò dalla penuria all'abbondanza, di cibi e di vestiario, al consumismo e allo spreco, esercitati su una gamma amplissima di offerte di prodotti industriali, il cui emporio emblematico divenne la rete dei grandi magazzini; i ritmi quotidiani furono impostati dalla diffusione di massa dell'automobile, del telefono, della radiotelevisione, degli ascensori; le lente e un tempo laboriose operazioni domestiche della cottura dei cibi, della pulizia delle stoviglie, del lavaggio delle biancherie, della nettezza degli ambienti sono state sveltite e sottratte alla fatica femminile da una linea crescente di elettrodomestici; l'istruzione aperta a tutti dalla scolarizzazione di massa, l'informazione capillare e continua dei mass media, la dilatazione del settore economico terziario, che produce servizi, hanno dirottato le aspettative e le realizzazioni della massima parte della popolazione attiva dal lavoro manuale, operaio o artigianale a quello impiegatizio; gli straordinari progressi della ricerca biomedica, soprattutto con la scoperta degli antibiotici, hanno posto un freno alla morbilità e mortalità estese e frequenti, inducendo una sicurezza della vitalità mai sperimentata nella storia umana; l'emancipazione femminile, l'eguaglianza nell'educazione e nel lavoro dei sessi, il nuovo assetto paritario della coppia coniugale genitoriale, l'eclisse dell'autoritaria figura del padre nella formazione della personalità dei figli; tutto ciò ha potentemente contribuito a far nascere e crescere una generazione giovane, staccata dalle esperienze e dal ricordo di un mondo troppo diverso, qual è quello vissuto dai padri. Quel mondo aveva un suo luogo germinale dei processi di umanizzazione della famiglia paterna, una famiglia non giustificata soltanto dalla funzione riproduttiva o da quella economica dell'accumulazione di mezzi di sussistenza, ma soprattutto eticamente dal compito di educare alle espressioni sentimentali e all'assimilazione dei doveri morali: nella famiglia si compivano le prime durature esperienze della convivenza ordinata, della priorità dei doveri sui diritti, della solidarietà tra gli esseri umani condotta fino al sacrificio, della ripugnanza spontanea e della riprovazione per comportamenti palesemente o subdolamente egoistici o parassitari; questa educazione familiare, fosse o no integrata dall'educazione religiosa, induceva un costume sociale di subordinazione della propria individuale soggettività alle esigenze della disciplina collettiva nel mondo del lavoro, delle istituzioni scolastiche e militari, fino a sacrificare pure ragionevoli e legittime aspirazioni di libertà e di autorealizzazione personale.

Questa coerente relazione di sviluppo tra l'educazione familiare e la vita sociale si è poi rovesciata, nella riduzione della famiglia a terminale di impulsi e suggestioni di modelli socioculturali elaborati da un numero crescente e diffuso di eterogenee agenzie sociali: scuola, editoria, spettacolo, sport, turismo, televisione, industria discografica, pubblicitaria, gruppi spontanei,

club, sindacati, lobbies, partiti, movimenti, chiese e sette religiose, centri di propaganda e di produzione di immaginario, che con intensità e finalità diverse sollecitano una crescita di soggettività individuale, verso valori assolutizzati di libertà personale, di affermazione e successo, di benessere fisico ed economico, di realizzazione ad ogni e qualsiasi costo di quell'ineffabile ed utopico desiderio che si usa evocare con la parola felicità, che come sapete ha una storia anch'essa lunga, dalle carte costituzionali della rivoluzione americana fino ai giorni nostri.

Tanta parte delle ragioni dell'interrotta comunicazione dei giovani adulti di oggi con il mondo dei padri sta nel non aver avuto esperienza, se non marginale ed episodica, dell'appagamento e della pacificazione interiore nel dovere compiuto, anziché nella rivendicazione rabbiosa di diritti e nella ricerca affannosa di gratificazioni; gli adolescenti e i giovani adulti di oggi non hanno alcun rapporto con l'esperienza tragica delle due guerre mondiali, che hanno devastato il paese nella prima metà del '900. Il pacifismo delle generazioni nuove, così generoso e confortante per una migliore sorte del mondo, se confrontato con la suggestione subita dai padri dinanzi alle mitologie della nazione armata, è tuttavia astratto nella mentalizzazione di pure visioni delle guerre, oggi altrove nel mondo combattute da altri, o nella visualizzazione del paventato eventuale sterminio nucleare; e del pari ignota è l'esperienza della privazione della libertà politica, del divieto di esprimere le proprie opinioni, il proprio giudizio sui governanti, di subire ogni iniziativa e ogni scelta, pur gravide di dannoso destino per la collettività, quali ad esempio furono le scelte di guerra, senza poter neppure parlarne a voce alta in un locale pubblico, per tacere delle discriminazioni e persecuzioni razziali, dei giuramenti di fedeltà a una causa di partito, imposti pena la perdita del lavoro; l'assuefazione all'attuale regime di libertà democratica, per chi non può ricordare i costi umani prima ancora che politici della dittatura, il ricorso disperato alla violenza e alla guerra civile della resistenza armata contro lo straniero invasore, presenta il rischio di lasciar cadere come secondaria o inattuale e superflua la vigilanza per l'ordinato esercizio della libertà, l'impegno per una vita politica protesa verso la quotidiana realizzazione del bene comune; e dopo la scalmana sessantottesca del '900, questo atteggiamento di disimpegno politico è ancora purtroppo assai diffuso tra i giovani. Lo prova la scarsa e deludente partecipazione agli organismi giovanili dei partiti, l'incapacità di rompere il quadro, vorrei dire anche visivamente sconcertante nella diffusione dei televideo, dei volti ogni anno più rugosi e grigi del potere gerontocratico nei partiti, nei sindacati, nelle istituzioni statali e sociali.

Anche tenendo conto delle oggettive e profonde modificazioni che ab-

biamo descritto, che hanno come separato le nuove generazioni dalle precedenti, è però vero che da queste e da quelle nulla si fa per interessere o ritessere un dialogo che ripristini almeno il filo della memoria storica; ci si è arresi alla distanza e alla diversità nelle cose e nella mentalità, per evitare una comunicazione faticosa, considerata pregiudizialmente come destinata a non produrre apprezzabili utili effetti pragmatici; si è condivisa con rassegnato quietismo la persuasione che il dialogo tra le generazioni sia una forma ingannevole di trasmissione autoritaria di valori ormai obsoleti ed astratti dalle loro coordinate ambientali e culturali scomparse.

Le generazioni mature e anziane hanno forse logorato e bruciato ogni loro residua energia nell'approdo alla civiltà del benessere e della tecnologia sofisticata, dopo aver percorso le più fresche stagioni della vita in prove severe per poter dedicare risorse intellettuali, sentimentali e morali alle generazioni procreate ed allevate in contesti tanto brutali.

Né il legame con il mondo di coloro dai quali nasciamo può istituirsi con mezzi libreschi o scolastici: la memoria storica si costituisce sulla curiosità per la vita dei padri e sul vivo colloquio esistenziale con loro, non immediatamente sui documenti, essendo la memoria storica non un mero conoscere, ma un rivivere e ripensare il passato nel confronto con il nostro presente, continuamente interpellato e nelle sue strutture oggettive e nel suo vissuto personale.

Ne consegue che l'assenza di questa *pietas erga parentes*, nel duplice pregnante significato di simpatia e di pena, di amore e di compassione per quella a noi sconosciuta vita dei padri, toglie spessore di apprezzamento comparativo alla nostra contemporaneità generazionale e spesso e sempre più diffusamente senso e prevedibilità del nostro futuro.

Ristabilire conoscenza e giudizio critico tra passato e presente per una più consapevole modellazione del nostro futuro è operazione che passa prima che per archivi, biblioteche, emeroteche, cineteche, musei e aule, o per spettacoli all'insegna del come eravamo, per una umana conversazione, non interrotta dal trascorrere dell'età e dal mutare degli status personali e delle situazioni ambientali, che deve correre tra padri e figli.

Non si può, non si deve sottostimare un fenomeno, la cui estensione non è quantificabile perché non è censito né censibile, qual è quello della vulnerabilità psicologica e morale degli adolescenti e dei giovani, che perdono in sindromi depressive lo slancio vitale e talora l'attaccamento alla sopravvivenza. Apatia e indifferenza, o ansioso timore di assumere una parte responsabile in relazioni interpersonali e ruoli sociali, sono la premessa di evasioni clamorose nella tossicodipendenza, o più nascoste nella claustrazione domestica, nel rifiuto scolastico e nell'inserimento della vita produttiva; quali che possano essere le diagnosi individuali, la moltiplicazione di questi casi non

può non rimandare a un malessere, oltre che biologico e psicologico, morale e storico di un'intera generazione.

Le mete che la collettività propone a una generazione isolata nella ricerca dei soli coetanei appaiono o troppe ardue per l'istanza di competizione che viene intrinseca, o prive di attrattive e di significato per richiamare una vocazione esistenziale. Così progressivamente si registra una svalutazione difensiva dell'impegno scolastico, poi di quello sportivo, poi di quello ludico, poi degli affetti e della stessa sessualità, la caduta di ogni ambizione, sogno e attesa: la vita si svuota, in funzioni meramente vegetative, che la sofferenza psicologica rende anch'esse inappetibili.

Alla radice di una così dolente crisi di non accettazione di sé stessi e di non adattamento alla realtà sociale è avvertibile l'assenza di un proficuo rapporto di intelligente colloquio con la generazione dei padri. Non capire diventa a torto o a ragione la frustrazione di non essere capiti e alla fine di non capirsi.

Il permissivismo dei padri e il mancato scontro conflittuale con un'auto-revole figura genitoriale, il mancato racconto e resoconto dell'esistenza degli adulti e del loro mondo è forse la causa collettiva e storica di giovani vite che si staccano dalla vita.

Eppure quanta novità positiva in bisogno e ricerca di autenticità, di autorealizzazione personale, di bene altruistico e disinteressato, di con creto amore e di effettiva giustizia nelle giovani generazioni, tanta come mai nella prima parte del secolo scorso. Anzi la vita raggruppata tra coetanei, non dispersa e nascosta tra le tante età del gruppo familiare, fa da amplificatore delle istanze e dei valori di cui è carica la condizione giovanile.

Prendere consapevolezza di tale originalità e diversità di convinzioni, di modelli, di proposte, di bisogni significa, ancora una volta, passare attraverso la storia e il cuore dei padri, per riconoscersi spesso migliori e più capaci di un più umano ed avanzato avvenire.

Comprendiamo allora da così grandi potenzialità di nuova umanizzazione della generazione giovane perché il Concilio Vaticano II abbia, l'8 dicembre del '65, voluto dedicare un messaggio ai giovani; comprendiamo meglio di quanto ci potesse accadere solo qualche anno fa, in presenza di una più dispiegata realtà della condizione giovanile odierna, la sollecitazione dei padri conciliari per i rischi di disperazione e di nichilismo tra i giovani: essi raccomandavano di raccogliere «il meglio dell'esempio e dell'insegnamento dei genitori e dei maestri».

E allora concludiamo anche noi, giovani e non più giovani, ripetendo l'esortazione dei padri conciliari, che è invocazione di una paternità non secondo la carne, dunque più alta e disinteressata di quella genitoriale: «Costruite nell'entusiasmo un mondo migliore di quello attuale».

## Ricordo di Luciano Musselli<sup>1</sup>

ORAZIO CONDORELLI

Luciano Musselli nacque a Casteggio il 2 agosto 1942. La sua vita familiare e accademica è intensamente legata alla città di Pavia: convittore nel prestigioso Collegio Ghislieri, nell'*Alma Ticinensis Universitas* si laureò in Giurisprudenza e svolse interamente la sua carriera accademica. I forti legami spirituali con i luoghi nati in lui si coniugavano con un'ampia apertura culturale, propria di una persona che sentiva di appartenere a una civiltà dotata di un patrimonio comune – germogliato da varie e intrecciate radici –, oggi sempre più pressantemente chiamato a confrontarsi con le spinte e le sollecitazioni derivanti dai processi di globalizzazione e dagli inarrestabili movimenti dei popoli<sup>2</sup>. Lo studio storico del diritto canonico – cioè di un diritto universale chiamato a incarnarsi nelle più diverse culture – contribuiva ad alimentare in Luciano Musselli prospettive di ricerca che non potevano essere soddisfatte entro i confini strettamente “nazionali”. Non è un caso che, nel contesto accademico italiano, Luciano Musselli sia stato uno dei primi studiosi a interessarsi alle questioni emergenti dalla presenza islamica

---

<sup>1</sup> Parole pronunciate in occasione del *Servitium memoriale pro defunctibus Iuris Canonici Medii Aevi Consociationis*, celebrato il 20 luglio 2016 nel corso del *Fifteenth International Congress of Medieval Canon Law*, Paris, 17-23 July 2016.

<sup>2</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Libertà religiosa, Islam e valori giuridici dell'Occidente*, in *Iustitia* 2008.3, pp. 267-272. Una selezione di scritti di Luciano Musselli è stata pubblicata a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI, MICHELE MADONNA, ALESSANDRO TIRA, CESARE EDOARDO VARALDA, *Società civile e società religiosa tra diritto e storia. Scritti scelti* (Pubblicazioni della Università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, nuova serie 159), Padova, Wolters Kluwer – CEDAM, 2016: ivi, entro un *Profilo bio-bibliografico di Luciano Musselli* scritto da ALESSANDRO TIRA, alle pp. XIII-XXIV vi è una *Bibliografia* che conta 162 titoli fino al *Manuale di diritto canonico* scritto insieme a MARIA D'ARIENZO, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, Torino, Giappichelli, 2016. Successivamente è apparsa la seconda edizione di *Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai Concordati alla problematica islamica*, a cura di MICHELE MADONNA, ALESSANDRO TIRA, CESARE EDOARDO VARALDA, Torino, Giappichelli, 2016.

in Europa e alla dimensione scientifica della comparazione.

Musselli volle coltivare tale vocazione, dopo la laurea italiana, proseguendo i suoi studi a Parigi e Heidelberg. I frutti di tale vocazione ebbero riconoscimento allorché università e istituti accademici di diverse città europee – fra le quali Parigi, dove oggi lo ricordiamo – lo vollero come docente.

Luciano Musselli è un rappresentante di quella tradizione accademica che suole essere definita scuola “laica” italiana del diritto canonico ed ecclesiastico. I suoi appartenenti coltivano sia il diritto canonico che il diritto ecclesiastico dello Stato e le relazioni tra ordinamenti politici e comunità religiose, ponendo alla base delle loro riflessioni i diritti di libertà nel quadro del riconoscimento della pluralità dei valori civili e religiosi. In Luciano Musselli questo vasto ambito di ricerche era caratterizzato non solo dalla consapevolezza della storicità del diritto, ma anche dall’interesse per la storia del diritto come autonoma disciplina di studio che conduce alla conoscenza del passato e al contempo illumina la comprensione del presente.

Fra i molti campi di indagine coltivati da Luciano Musselli – in uno dei quali, il diritto matrimoniale, egli ha dato contributi particolarmente apprezzati – si segnalano i rapporti tra Chiesa e comunità politica e il diritto penale canonico. Non mi sembra casuale che le sue competenze di storico lo abbiano indirizzato ad approfondire quei momenti di crisi e di cambiamento nei quali le forze della tradizione si incontrano o si scontrano con impulsi rinnovatori. Esempio, in questa direzione, la scelta di studiare la storia del processo di codificazione del 1917 con particolare riferimento alla codificazione del diritto penale<sup>3</sup>. Altrettanto significativo è il volume su *Chiesa e comunità politica*: tema di grande spessore storico, che Musselli volle indagare nella fase in cui la teoria tradizionale della *potestas indirecta in temporalibus* andava dissolvendosi e trasformandosi entro le nuove prospettive inaugurate dal Concilio Vaticano II con la costituzione *Gaudium et Spes*<sup>4</sup>.

Nell’ambito specifico degli studi storico-giuridici, una sua apprezzata monografia sul concetto di giudicato nelle fonti storiche del diritto canonico affronta un tema centrale nella tradizione dell’*utrumque ius*<sup>5</sup>. La prospettiva canonistica circa la *res iudicata* è qui studiata nelle sue peculiarità che manifestano l’intento di trovare il giusto equilibrio tra le esigenze di giustizia e

---

<sup>3</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Il contributo di Joseph Hollweck alla codificazione del diritto penale canonico*, in MARIA VISMARA MISSIROLI - LUCIANO MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, CEDAM, 1983.

<sup>4</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Chiesa cattolica e comunità politica. Dal declino della teoria della “potestas indirecta” alle nuove impostazioni della canonistica post-conciliare*, Padova, CEDAM, 1975.

<sup>5</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del diritto canonico. Dalle origini al XVII secolo*, Padova, CEDAM, 1972.

l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche.

Un altro interesse coltivato da Luciano Musselli era quello dell'intreccio tra responsabilità morale e responsabilità giuridica, campo nel quale ricordiamo i suoi studi sull'imputabilità nelle fonti patristiche dei secoli IV e V<sup>6</sup> e le sue ricerche sui libri penitenziali<sup>7</sup>.

Con sguardo capace di guardare le cose dall'alto, Luciano Musselli ha altresì offerto un disegno di sintesi del cammino delle istituzioni ecclesiali e della scienza canonica<sup>8</sup>, ha indagato le tendenze della storiografia canonistica<sup>9</sup>, ha posto in evidenza il ruolo del diritto canonico nella edificazione di un patrimonio di civiltà comune al mondo europeo, angloamericano e ispanoamericano<sup>10</sup>.

Infine non vorrei trascurare, perché ometterei un aspetto importante della sua personalità, la sua vena narrativa e poetica della quale danno testimonianza alcune raccolte di poesie e racconti.

Luciano Musselli è scomparso a settantatré anni il 3 settembre 2015. Quanti lo hanno conosciuto e frequentato lo ricordano come persona mite e riservata, sensibile e generosa, aperta al dialogo e rispettosa delle idee altrui. Gli amici e i colleghi conservano la sua memoria con affetto e gratitudine.

---

<sup>6</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Imputabilità e responsabilità penale nella patristica del IV e V secolo*, in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. I, Milano, Vita e Pensiero, 1984, pp. 127-136.

<sup>7</sup> LUCIANO MUSSELLI, *La responsabilità penale e morale nei penitenziali*, in *Scritti in memoria di Pietro Giamondi*, vol. II, t. 2, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 69-78; LUCIANO MUSSELLI - EMANUELA GRILLO, *Matrimonio, trasgressione e responsabilità nei penitenziali*, Padova, Cedam, 2007.

<sup>8</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia delle istituzioni ecclesiali*, Torino, Giappichelli, 1992, 2008<sup>2</sup>.

<sup>9</sup> LUCIANO MUSSELLI, *Per una storia del diritto canonico nel Novecento: problemi aperti ed itinerari di ricerca*, in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, a cura di ORAZIO CONDORELLI, Roma, Il Cigno, 2004, vol. IV, pp. 195-204; ID., *Ideologia e storia del diritto canonico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2002, pp. 559-582 e in *Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di MANLIO BELLOMO - ORAZIO CONDORELLI, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2006, pp. 43-60; ID., *Pour un dictionnaire des canonistes modernes*, in *Le droit ecclésiastique en Europe et à ses marges (XVIII-XX siècles)*, a cura di BRIGITTE BASDEVANT GAUDEMET e FRANÇOIS JANKOWIAK, Leuven, Peeters, 2009, pp. 116-119; ID., *Per una ricostruzione della storia del diritto canonico nel XX secolo*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 413-422; ID., *L'insegnamento del diritto canonico ed ecclesiastico dall'Unità d'Italia nelle università delle metropoli del Nord (Genova, Torino, Pavia, Milano, Padova e Trieste)*, in *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo l'Unità d'Italia*, a cura di Manlio MIELE, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 25-52.

<sup>10</sup> Nel volume collettaneo *Diritto canonico e comparazione*, a cura di RINALDO BERTOLINO - SANDRO GHERRO - LUCIANO MUSSELLI, Torino, Giappichelli, 1992.

# *L'Obiezione di coscienza: strumento di coabitazione non-violenta nella società pluralistica. Presupposti etico-teologici*

GIOVANNI ANGELO LODIGIANI

## 1. *Il concetto di obiezione di coscienza*<sup>1</sup>

Il concetto di “obiezione di coscienza” può essere considerato da diversi punti di vista e, non ultimo, può essere considerato come possibile mezzo di risoluzione dei conflitti che possono insorgere in una società pluralista di fronte all'intervento penale in settori eticamente sensibili<sup>2</sup>.

Si tratta, quindi, di un tema che si ricollega al più generale problema del ruolo del diritto – e del diritto penale, in particolare, – come strumento di regolamentazione delle relazioni sociali in un ordinamento laico.

La materia appare estremamente complessa e ricca di sfumature anche perché il fenomeno si manifesta in forme sempre nuove, tanto che, già da tempo c'è chi ritiene che si possa, a buon diritto, di una vera e propria *esplosione dell'obiezione di coscienza*<sup>3</sup>.

Che cosa si intende per obiezione di coscienza sotto il profilo giuridico? Si tratta di un'opposizione posta ad una norma particolare di un ordinamento giuridico, motivata dalla coerenza ai propri principi fondamentali relativi al modo di comprendere la vita e la relazione con le cose, ossia si tratta di un “ordine” della coscienza.

---

<sup>1</sup> Il termine si può scrivere in due modi come si evince dal vocabolario Treccani on-line cfr. [www.treccani.it/vocabolario](http://www.treccani.it/vocabolario): obiezione (o obbiezione) s. f. [dal lat. tardo *obiectio* -onis, der. di *obic re* «gettare innanzi» (comp. di *ob-* e *iacĕre* «gettare»), part. pass. *obiectus*]. – Argomento che si contrappone a un'opinione altrui, o che tende a provare la falsità o l'insufficienza di una tesi enunciata e sostenuta da altri.

<sup>2</sup> Parla dell'obiezione di coscienza come *tecnica della società pluralista*, alternativa a quella del compromesso, STEFANO RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n.1, 1993, p. 55 e p. 58.

<sup>3</sup> RAFAEL NAVARRO VALLS, JAVIER MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 9.



L'obiezione di coscienza, che nasce in un soggetto appartenente ad un gruppo, può verificarsi all'interno del gruppo stesso, sia esso piccolo, come il nucleo familiare, sia esso più esteso quale comunità professionale, sindacale, politica, nazionale e religiosa. Occorre necessariamente distinguere l'obiezione di coscienza, che si limita a rifiuti particolari, dalle reazioni più generali che rientrano nella cosiddetta "disobbedienza civile".

L'obiezione di coscienza, nella sua essenza, è una categoria etica espressa in una dichiarazione/testimonianza avente rilevanza efficace in quanto posta in essere come agire pratico<sup>4</sup>.

Proprio per evitare una facile strumentalizzazione di tale categoria, che la farebbe rimanere prigioniera di stati emotivi o di tensioni sociali momentanee, istruiamo brevemente il quadro etico-teologico al fine di consentire l'adeguata comprensione.

Questo consentirà di cogliere, in seguito, i fondamenti della tutela giuridica.

## 2. *Precedenza ontologica della categoria etica*

Per prima cosa occorre precisare il termine coscienza ed il suo spessore etico-teologico onde evitare fraintendimenti.

Non si tratta di limitarsi alla considerazione della cosiddetta "coscienza psicologica", intesa come consapevolezza o semplice presenza a se stessi, o alla sua "riduzione" biologica o neurologica, aspetti estremamente interessanti sotto il profilo cognitivo ma non esaustivi del "mistero" stesso della coscienza<sup>5</sup>, parliamo piuttosto di "coscienza morale"<sup>6</sup> intesa come l'unità del soggetto agente come unità di consapevolezza, libertà – non come arbitrio ma come impegno di se stessi – e responsabilità.

La coscienza morale è, quindi, l'ambito imprescindibile nel quale la persona, integralmente intesa, si apre ad accogliere l'oggettività morale<sup>7</sup> - o

---

<sup>4</sup> Es. obiezione di coscienza al servizio militare, all'interruzione volontaria di gravidanza, fiscale alle spese militari.

<sup>5</sup> Così si esprime JOHN R. SEARLE, *Il mistero della coscienza*, Raffaello Cortina, Milano, 1998 (originale: *The Mystery of Consciousness*, Nyrev Inc., 1997, USA-Canada). Searle sostiene che la coscienza ha una struttura molto complessa e non è possibile ridurre la sua comprensione ad uno o ad alcuni aspetti del conoscere umano seppur rilevanti.

<sup>6</sup> Cfr. SERGIO BASTIANEL, *Teologia morale fondamentale*, P.U.G., Roma, 1998, pp. 201-214; MAURIZIO CHIODI, *Teologia morale fondamentale*, Queriniana, Brescia, 2014, pp. 339-464; CATALDO ZUCCARO, *Teologia morale fondamentale*, Queriniana, Brescia, 2016, pp. 209-276.

<sup>7</sup> Cfr. CONCILIO ECUMENICO VATICANO II (1962-1965), *Gaudium et Spes* (GS), 16.

verità dell'agire da porre in essere - la quale si presenta come promessa esistenziale di bene da realizzare concretamente. Pertanto da una parte occorre richiamare il dovere-diritto di seguire la propria coscienza ma, al tempo stesso, bisogna inevitabilmente affermare che è la stessa coscienza a reclamare una costante ricerca della verità e dunque una formazione permanente<sup>8</sup>.

Il carattere imperativo e normativo della coscienza<sup>9</sup> la fa essere norma prossima della moralità personale<sup>10</sup> rimanendo, tuttavia, legata alla sua storicità con i possibili condizionamenti e la possibilità dell'errore, oltre che dell'arbitrio e del peccato, quest'ultimo per il credente.

La coscienza, quindi, non è un oracolo infallibile, anche perché rimanda alla qualità della propria particolare storia di esperienze, di limitazioni, di dipendenze, di acquisizioni e di prove. Prende forma altresì nella condivisione o meno del costume<sup>11</sup> ed in base ai condizionamenti subiti o criticati.

Vi è un cammino di formazione, di sviluppo, di educazione che non può essere improvvisato e che rimanda pure all'ambito sociale e politico.

Si tratta della persona che si incontra con l'incondizionatezza del bene il quale si offre nella relatività della storia, quindi con "valenza simbolica", quale rappresentazione reale, seppur parziale, della dinamica valoriale la quale, a sua volta, trascendente la storia stessa.

Essendo inseriti, inoltre, in un contesto civile e politico si è tenuti a seguire non solo la propria coscienza, ma si è tenuti ad "obbedire" anche al diritto positivo condiviso da una comunità statale.

I rapporti tra diritto e morale sono complessi e non è questa la sede per trattarli. Semplicemente notiamo che la categoria-istituto dell'obiezione di coscienza intende manifestare il superamento di un'opzione ingenua di "obbedienza" all'autorità politica. L'obiezione di coscienza ha origine dal conflitto tra la legge e la coscienza e si inverte nel riconoscimento-bilanciamento tra dovere giuridico e diritto del soggetto. Il soggetto rifiuta una determinata legge e non tutto l'ordinamento giuridico, in quanto ritiene che quella determinata legge sia una cattiva oggettivazione del diritto – come giustizia – da parte del potere legislativo stesso.

L'obiezione di coscienza, pertanto, rimanda alla corresponsabilità sociale-politica del singolo cittadino, il quale si assume il dovere, l'onere, non solo

---

<sup>8</sup> Cfr. CONCILIO ECUMENICO VATICANO II (1962-1965), *Dignitatis Humanae* (DH), 1-3.

<sup>9</sup> Proprio "in coscienza" si percepisce il bene e il male come appello ad agire o meno concretamente.

<sup>10</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Veritatis Splendor* (VS), 1993, 60.

<sup>11</sup> Cfr. I KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bompiani, Milano, 2003. Quello che può essere considerato il luogo comune del "così fan tutti", esprime, in quest'ambito, la deresponsabilizzazione della persona.

di obbedire alle leggi – per il loro valore etico-politico, e non solo per timore – ma anche quello di vagliarle svolgendo un ruolo attivo capace di vigilare sugli abusi e sulle sopraffazioni.

Mentre comunemente si “obbedisce” all’ordinamento giuridico, in alcuni casi, in modo palese ed inequivocabile, sostenendo l’erroneità di una determinata legge, si obietta.

Certamente possono sorgere abusi e prevaricazioni anche facendo appello alla propria coscienza<sup>12</sup>. Si tratta allora di elaborare criteri che evitino l’anarchia, come pure l’egoismo prevaricante dell’uno sui diritti certi dell’altro. Si tratta di elaborare criteri i quali siano in grado di tutelare la libertà e dignità della coscienza morale da autorità indebite che intendono soggiogarla più o meno sottilmente.

A differenza di altre trasgressioni – per lo più occulte ed aventi lo scopo esplicito di evitare la sanzione – l’obiezione di coscienza<sup>13</sup> reclama l’essere anzitutto “testimonianza”: vale a dire un atto simbolico che al di là della sua concreta efficienza, sappia esprimere i valori<sup>14</sup> a cui la persona stessa aderisce. Pertanto, talvolta, viene ricercato il massimo di pubblicità, proprio perché il valore di testimonianza, insito in tali atti “disubbidienti”, risulti il più possibile efficace e noto a tutti.

In ogni caso, l’obiettare nei confronti di una legge dello Stato comporta l’onere di giustificare la posizione assunta come pure di subire le eventuali conseguenze di tale decisione. È un aspetto della “tragicità dell’agire morale” che può immediatamente significare incomprensione, disprezzo, sanzione penale o amministrativa, almeno sino a quando l’ordinamento giuridico muti prevedendo – tollerando o tutelando – quella specifica obiezione di coscienza.

All’obiettore, in un certo qual modo, compete il dimostrare la non irrazionalità e la non arbitrarietà della linea assunta e infatti, spesso, manifesta la propria sollecitudine verso la comunità civile in quanto il suo obiettare non vuole essere una “sottrazione” ad un dovere civico, bensì un servizio alla comunità stessa<sup>15</sup>.

È proprio a motivo dell’accettazione dell’ordinamento giuridico nella sua genericità, in ragione dell’elevata considerazione che se ne ha di esso, e

---

<sup>12</sup> Cfr. CONCILIO ECUMENICO VATICANO II (1962-1965), *Dignitatis Humanae* (DH) 2 e 7. Nei due numeri citati il documento pone una vaga ma consapevole limitazione alla libertà di coscienza: *salvo esigenze dell’ordine pubblico*.

<sup>13</sup> Come, del resto, la disobbedienza civile e altre prassi di resistenza non-violenta.

<sup>14</sup> Intesi come verità del soggetto che pone l’obiezione di coscienza stessa.

<sup>15</sup> Es. il rifiuto del servizio militare con l’alternativa del servizio civile così come storicamente è avvenuto in Italia.

soprattutto per l'esigenza di giustizia, oltre che di validità e di legalità che si riconosce inscritta nel diritto medesimo, che si obietta una norma particolare e magari si promuove attivamente la sua modifica legislativa.

È questo il «potenziale profetico» insito nell'obiezione di coscienza: il «legare» l'ordinamento giuridico di fatto esistente alla domanda di giustizia sempre insita nei rapporti umani.

L'appello alla coscienza è riferimento alla ricerca della verità assumendosene il carico e l'avventura storica di una traduzione operativa.

Pertanto l'obiezione di coscienza non vuole ridursi né a semplice opinione, né a scelta ideologica<sup>16</sup>. L'obiezione di coscienza è giudizio di coscienza che intende agganciarsi alla verità, superando le consuetudini e le semplificazioni con cui tanti giustificano la propria prassi scaricando la responsabilità e il male su anonime strutture e su impersonali istituzioni.

### *3. Brevissimi cenni storici*

Il filosofo ateniese Socrate si potrebbe considerare tra i precursori dell'obiezione di coscienza per aver congiunto la coerenza alle proprie convinzioni con il rispetto delle leggi, benché si presenti piuttosto come un assertore della "libertà di coscienza" più che come specifico obiettore.

Non si può dimenticare, trattando del concetto di obiezione di coscienza, Antigone che si rifiuta di obbedire al tiranno Creonte, il quale proibiva la sepoltura del fratello, in nome delle leggi non scritte ("agrapha dogmata") della pietà e della giustizia.

Più tipico ed esplicito l'esempio degli Apostoli i quali, rimproverati dall'autorità del sinedrio, risposero: *Se sia giusto innanzi a Dio obbedire a voi più che a Lui [ovvero a Dio], giudicate voi stessi; noi non possiamo tacere quello che abbiamo visto e ascoltato*<sup>17</sup>.

La società organizzata, sia civile che religiosa, istintivamente si difende contro tali obiettori, che mettono in pericolo il sistema. La reazione cristiana cattolica fu favorita dal connubio tra il principio dogmatico di verità – ovvero il possesso della verità donata da Cristo con la rivelazione – e il principio giuridico romano: "stat pro ratione voluntas" (principis).

In tale clima è sorto l'assioma morale: "in dubio standum est pro superiore".

---

<sup>16</sup> Che potrebbe qualificarsi come una sorta di "eresia laica".

<sup>17</sup> Atti degli Apostoli 4, 20.

Il diritto canonico giunse a codificare l'obiezione di coscienza per il superiore, dispensandolo, in casi lasciati alla sua discrezione, dall' esporre le motivazioni in caso di sospensione da ufficio ecclesiastico *ex informata conscientia*<sup>18</sup>.

È stato nel clima protestante, caratterizzato dalla libertà di riflessione, che l'obiezione di coscienza fu rivalutata come espressione dello spirito cristiano.

Il Concilio Ecumenico Vaticano II registra le prime dichiarazioni ufficiali del Magistero cattolico in favore della libertà religiosa, con un decreto apposito<sup>19</sup>, dove, pure non usando il termine dell'obiezione di coscienza, si affermano i principi dai quali deriva tale diritto.

#### 4. Le difficoltà insite nel concetto

L'obiezione di coscienza non potrebbe essere erronea, o perfino menzognera, mascherando altri interessi non legittimi? Occorre evitare di porre la questione come presunto conflitto tra verità ed errore, sia perché ognuno presupporrebbe come propria la verità, sia perché sarebbe troppo facile concludere che l'errore non ha diritti.

Si tratta di conflitto tra due coscienze: quella personale del soggetto agente e quella, tendenzialmente, "collettiva" del Legislatore.

La coscienza, qualora fosse anche erronea, non può essere violentata. Non è la verità in sé in gioco bensì la coscienza personale la quale, in ultima analisi, è fonte di diritti e doveri per la persona stessa.

Data la possibilità che la coscienza sia male informata, o perfino falsa, susseguono dei doveri sia da parte di chi obietta come da parte del Legislatore per sottoporre l'obiezione stessa ad alcuni criteri di verifica.

Innanzitutto il soggetto deve essere cosciente che lui non gode dell'infallibilità, ovvero può essere, lui stesso, inconsciamente vittima di false motivazioni. È esperienza provata quanto sia difficile essere sinceri con se stessi quando si vive in stato di emotività, quando si difendono posizioni già pubblicamente dichiarate, quando si è coinvolti dalla pressione di gruppo. Da qui, il dovere di riflettere con maggior calma prima di reagire pubblicamente ed il coraggio di perseverare in questa verifica proprio perché il reclamo che ieri pareva legittimo, oggi potrebbe divenire meno opportuno.

---

<sup>18</sup> CJC 1917, Can. 2186.

<sup>19</sup> Il citato *Dignitatis Humanae* (DH).

Anche il Legislatore, pur difendendo la libertà di coscienza, deve evitare che gli abusi provochino una reazione contraria e che si contrabbandino per coscienza assurdi personalismi.

La concreta applicazione dell'obiezione di coscienza richiede, come nell'applicazione di ogni principio morale declinato come diritto, una sensibile valutazione globale delle circostanze concrete. Occorre essere preoccupati di salvaguardare sia il necessario rispetto del complesso normativo comunitario, sia il diritto-dovere della libertà di coscienza personale e delle diverse situazioni concrete. Ciò richiede l'esigenza di chiarire i limiti dell'obiezione di coscienza stessa.

### *5. I limiti*

Da parte dell'obiettante: oltre l'accennato dovere di una continuata verifica sulla validità concreta della propria obiezione, deve onestamente riconoscere che il diritto all'obiezione di coscienza ha un limite nell'uguale diritto di obiezione di coscienza altrui. Conseguisce che non può imporre né esecuzioni, né omissioni agli altri quando non siano condivise dalla loro coscienza. Sarebbe assurdo che per protestare contro presunte pressioni del Legislatore, si provochino altre pressioni del tutto illegittime, anche se le intenzioni di coloro che provocano quest'ultime possono apparire buone.

L'obiettante deve convincersi che, qualunque sia la sua posizione nella comunità nazionale, non può identificare la propria coscienza con l'identità della comunità nazionale stessa.

Anche il Legislatore, il quale ha contezza del sentire comunitario nazionale, deve chiarire i limiti per le eventuali obiezioni di coscienza, limiti che non siano dettati solamente dal desiderio del coordinamento funzionale delle diverse possibili operazioni richieste o dall'ordine pubblico.

Dovendo riconoscere che non poche esigenze possono essere ritenute necessarie da un determinato Legislatore e completamente nocive dal Legislatore susseguente, occorrerà avere il coraggio di lasciare "ampia libertà di opinione", la quale stimola la periodica revisione delle motivazioni, anche quando si dovrà invece limitare la "libertà esterna di comportamento".

Nei casi in cui il Legislatore ritenga di obbligare tutti su alcuni punti<sup>20</sup>,

---

<sup>20</sup> Si pensi, ad esempio in Italia, al servizio obbligatorio di leva istituito nello Stato Unitario Italiano con la nascita del Regno d'Italia e confermato, successivamente, con la nascita della Repubblica Italiana. Tale servizio fu operativo dal 1861 al 2004. L'obbligatorietà del servizio, peraltro prevista dalla Costituzione della Repubblica Italiana è, ormai, ordinariamente inattiva a partire dal 1° gennaio

ritenuti di valore sostanziale per la comunità nazionale stessa, non potrà comunque imporre un'esecuzione personale contro coscienza e dovrà adoperarsi per trovare una soluzione che non sia punitiva, o carente sotto il profilo del rispetto della dignità, verso chi pone in essere l'obiezione.

Maggiori perplessità si verificano per le obiezioni nelle comunità ecclesiali, dove è proprio la coscienza del singolo che viene impegnata, ma dove sussistono anche alcuni criteri di generale coordinamento pratico e dove la stessa riflessione teologica si attua come Chiesa in quanto accetta di maturarsi insieme, ossia in relazione comunitaria.

Per il credente cristiano cattolico, inoltre, si aggiunge il dovere di accogliere/accettare l'offerta della riflessione del Magistero come ausilio alla formazione della coscienza stessa. Sono aspetti che van tenuti presenti da chi intende, pure obiettando, rimanere compartecipe, con riconoscimento esterno, di una comunità ecclesiale.

## 6. *Dall'etica al diritto*

A fondamento del riconoscimento dei valori umani, e quindi dell'eticità dei valori stessi intesi come l'insieme degli elementi e delle qualità morali e intellettuali che sono generalmente considerati il fondamento positivo della vita umana e della società (ideali, principi morali, tradizioni, etc.), l'art. 2 della nostra Costituzione recita: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*<sup>21</sup>.

È bene sottolineare il ricorso al verbo «riconoscere» e non al verbo «concedere»: riconosce, quindi, valori previ che vengono declinati nelle espressioni del diritto positivo ma conservano, necessariamente, un più ampio orizzonte di riferimento che non si può limitare all'aspetto linguistico normativo in quanto quest'ultimo, come abbiamo appena affermato, è una sua declinazione per trasmettere i valori stessi alle generazioni future.

Il principio di uguaglianza, di libertà religiosa, di libertà di coscienza, di libertà politica, civile ed economica ed i connessi doveri di solidarietà sociale sono, nella loro essenza, «valori civili» e giustificano il ricorso alla libertà di obiezione di coscienza.

---

2005, come stabilito dalla Legge 23 agosto 2004, n. 226.

<sup>21</sup> Cfr. <http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>

Il diritto all'obiezione di coscienza è, inoltre, riconosciuto in importanti fonti sovranazionali:

la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la quale, nell'ambito delle cosiddette libertà costituzionali, all'art. 18 riconosce che *ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti*<sup>22</sup>.

La Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (CEDU)<sup>23</sup>; all'art. 9 si ribadisce il diritto di ogni persona alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

la Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 gennaio 1994 la quale recita che l'obiezione di coscienza è *un vero e proprio diritto soggettivo che deriva dai diritti dell'uomo e dalle libertà fondamentali*<sup>24</sup>.

Un esempio degno nota della declinazione etico-giuridica dell'obiezione di coscienza lo troviamo nella Sentenza n. 467/1991 della Corte Costituzionale Italiana. Nei *Considerato in diritto*, al numero 4, si afferma:

[...] *A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima [...]*<sup>25</sup>.

L'obiezione di coscienza è, quindi, un diritto fondamentale, costituzio-

<sup>22</sup> Cfr. [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/itn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf)

<sup>23</sup> Cfr. Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (CEDU)

<sup>24</sup> Cfr. <http://win.gioc.org/materiale/Documenti/NonViolenza/parlamento%20europeo%20su%20OdC.pdf>

<sup>25</sup> Cfr. <http://www.giurcost.org/decisioni/1991/0467s-91.html>



nalmente garantito e come tale va tutelato.

L'obiezione di coscienza non si configura, quindi, come un'inosseranza della legge o il disprezzo dei valori civili, bensì come una testimonianza coerente dei valori su cui si basa la civile convivenza.

Provando a declinare una possibile definizione, sotto il profilo giuridico, pensiamo si possa affermare che: l'obiezione di coscienza ha per contenuto l'indisponibilità di un soggetto riguardo all'eventuale coinvolgimento richiesto da una norma di diritto positivo, in quanto, tale coinvolgimento, offenderebbe un diritto il quale si palesa come rilevante sotto il profilo costituzionale.

*7. Per rilanciare più che per concludere. L'obiezione di coscienza: sfida etica permanente per una cultura di coabitazione non-violenta e riconciliata*

Lo scenario culturale, sociale, politico muta e si trasforma continuamente. Tuttavia nel patrimonio socio-politico l'obiezione di coscienza – come categoria etico-giuridica ma, soprattutto, come concetto – resta un elemento di primo piano anche nelle società contemporanee.

Cerchiamo di tracciare, per quanto sia possibile e con la consapevolezza di non essere esaustivi, le linee di un “significato permanente” dell'obiezione di coscienza:

Innanzitutto l'obiezione di coscienza indica il primato della persona sulle istituzioni e soprattutto sulla massa: si tratta di quel rispetto inalienabile, intangibile, che va assicurato ad ogni individuo perché non può essere forzato ad agire contro il dettame della propria coscienza. Sorgono, a questo punto, alcune questioni difficili: come evitare che l'appello alla propria coscienza diventi un abuso soggettivistico e improprio? La soluzione va continuamente studiata e ridefinita proprio per tutelare sia la libertà della persona sia il bene comune con le sue esigenze oggettive. L'obiezione di coscienza evidenzia che la democrazia non può restringersi a formalità di procedure ed a “neutrale”, inteso come avaloriale, esercizio di potere. Occorre chiedersi se la verità ed il bene comune siano sempre e solo dalla parte della maggioranza quantitativamente intesa.

L'obiezione di coscienza è impegno della propria vita a favore di altri: non è un evento celebrativo in cui la persona è narcisisticamente ripiegata su di sé, sulle proprie opinioni o sui propri interessi. Non è tanto una azione singola, che si conclude in un tempo determinato, ma è l'aspirazione ad un compimento esistenziale, cioè ad una vita spesa per il prossimo, per la giustizia e per la pace.

L'obiezione di coscienza si connota per una forte rilevanza simbolica: gli atti umani hanno, contemporaneamente, un significato produttivo ed un significato espressivo. Con essi s'intende esprimere la persona, nella sua integralità, e non un semplice fare qualcosa od omettere qualcos'altro. L'obietto di coscienza "autentico" non è mai una persona "contro" e sempre una persona "pro, "a favore": è attivo e fattivo sul valore che difende per tutta la comunità.

L'obiezione di coscienza è impegno di vigile attenzione nei confronti della storia: esprime l'esigenza di sottoporre continuamente i rapporti sociali e politici ad un giudizio etico. Superando il giuridismo o il legalismo con cui ci si sottomette acriticamente alle leggi, l'obiettore di coscienza segnala la "questione etica" insita nelle prassi sociali. Segnala la necessità di una vigilanza permanente, ininterrotta, perché le prassi mutano e si trasformano.

L'obiezione di coscienza è un gesto altamente politico. Dopo essere stato, soprattutto, un fenomeno etico-religioso, si manifesta come attiva cooperazione a plasmare ed a edificare la comunità civile su certi ed inequivocabili valori per i quali si è disposti a pagare di persona. Occorre chiedersi sempre cosa è diritto? Cosa si obietta?

L'obiezione di coscienza è un presidio ai totalitarismi che non riconoscono la persona ma massificano gli esseri umani reputandoli privi di dignità.

L'obiezione di coscienza è critica all'ideologia della violenza e dell'oppressione del debole: è critica permanente a certi concetti politico/militari/giuridici che di fatto consentono un allargamento delle azioni violente per obiettivi ambigui ed inaccettabili.

L'obiezione di coscienza è obbligatoria qualora una legge civile o una "presunta" autorità statale ordinino qualcosa di gravemente immorale e che la coscienza stessa – dopo un attento discernimento e nella ricerca di un giudizio oggettivo – reputa inaccettabile. Vi è il diritto-dovere di obiettare quando un ordinamento giuridico legittima prassi gravemente errate. Anche a prezzo di elevati costi personali si è moralmente obbligati a non ubbidire alle leggi cosiddette "ingiuste".

Da ultimo l'obiezione di coscienza ha rilevanza profetica. L'essere umano è in tensione tra la storia e l'oltre-storia<sup>26</sup>. Chi pone l'obiezione di coscienza cerca di anticipare una convivenza umana pacifica ed ordinata. Nella coscienza si formula un giudizio normativo per una testimonianza che sappia spezzare ogni forma di violenza, a prescindere dai risultati.

Questo giudizio, sia chiaro, non lo si può estendere come "obbligante"

---

<sup>26</sup> L'essere umano è proiettato verso un fine, un "telos", che va oltre la storia stessa. Si tratta della dimensione escatologica iscritta nell'esistenza.

per tutti proprio perché si forma nell'intimo della propria coscienza personale. Il valore profetico dell'obiezione di coscienza consiste proprio nella testimonianza coraggiosa, umile, del dono di sé, sempre aperta alla riconciliazione ed al perdono ma, nondimeno, costantemente vigile nel distinguere il bene dal male, la giustizia dall'ingiustizia.

**Diritto e religioni**

*PARTE II*



## Presentazione

Nel presente numero viene pubblicata di nuovo la massima della sentenza, già edita in questa *Rivista*, 2016, n. 2, p. 502 ss., per introdurre lo studio del Prof. Renato Rolli, *Operazioni elettorali e simboli religiosi*.

Inoltre, viene pubblicata la sentenza del Consiglio di Stato n. 1388 del 2017, che ribalta la sentenza del T.A.R. per l'Emilia-Romagna, sezione di Bologna, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, p. 608 ss.. Il T.A.R. aveva 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. Il Consiglio di Stato premette che per un elementare principio di non discriminazione, non può attribuirsi alla natura religiosa di un'attività una valenza negativa tale da renderla vietata o intollerabile unicamente perché espressione di una fede religiosa, mentre, se non avesse tale carattere, sarebbe ritenuta ammissibile e legittima. Pertanto, il Cd.S. ribalta la sentenza di primo grado, statuendo che gli edifici scolastici possono essere utilizzati fuori dell'orario del servizio scolastico per la realizzazione di un culto religioso – sempre che ne sia libera, volontaria e facoltativa la partecipazione – in quanto tale attività può essere intesa come realizzazione della funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile.

## **Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1067**

**Elezioni – Operazioni elettorali – Utilizzazione di simboli contenenti immagini religiose – Ricusazione del contrassegno contenente simboli religiosi – Necessario significato religioso univoco.**

**Elezioni – Operazioni elettorali – Utilizzazione di simboli contenenti immagini religiose – Ricusazione del contrassegno contenenti simboli religiosi – Interpretazione restrittiva della norma.**

*In materia elettorale, per la ricusazione dei contrassegni delle liste è necessaria la sussistenza di un significato religioso univoco tale da costituire un richiamo immediato e diretto per la popolazione che abbia a riferimento quel credo religioso(1).*

*E' preclusa una interpretazione estensiva dell'art. 30 del T.U. n. 570 del 1960, essendo essa una norma limitativa di un diritto di libertà costituzionalmente garantito, e non è quindi sufficiente una semplice somiglianza del simbolo con un'immagine o un soggetto di natura religiosa, essendo invece necessario che il simbolo rivesta un aspetto religioso univoco, diretto ed attuale per la popolazione (2).*

# Operazioni elettorali e simboli religiosi

RENATO ROLLI

## 1. *La querelle*

Con la sentenza che si annota il Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi su una serie di questioni di particolare interesse in tema di procedimento elettorale.

Più nello specifico, per quanto in questa sede interessa, la decisione si sofferma sul significato dei simboli - prescelti dalla lista in competizione - che reca al suo interno un'immagine religiosa alimentando, in tal modo, un singolare dibattito.

Orbene, la V Sezione si è pronunciata sul ricorso in appello, proposto avverso la sentenza dal T.A.R. Puglia - Sez. Staccata di Lecce, n. 3155/2014, resa tra le parti, concernente proclamazione degli eletti alla carica di sindaco e di consigliere comunale nelle elezioni amministrative del 25 maggio 2014.

I ricorrenti impugnavano, avanti al TAR Puglia, il verbale del 27 maggio 2014 per le elezioni amministrative del comune di Campi Salentina, la proclamazione degli eletti alla carica di sindaco e di consigliere comunale, nonché i verbali delle singole sezioni elettorali, con conseguente richiesta di modifica o annullamento delle suddette elezioni, alle quali avevano partecipato due liste.

Il TAR Puglia rigettava il ricorso e i motivi aggiunti.

Gli appellanti, impugnando la suddetta sentenza, deducono le censure di violazione degli artt. 47, 64 e 53, comma 1 n. 3 del d.P.R. 16 maggio 1960 n.570, di mancata salvaguardia dell'integrità delle operazioni di voto.

## 2. *La giurisprudenza conforme e difforme*

Con la prima censura gli appellanti deducono che in tre Sezioni elettorali non è stato specificato il numero delle schede inizialmente autenticate e successivamente non votate e tale carenza avrebbe comportato l'illegittimità delle operazioni di voto.

Il Collegio rigetta la doglianza,

<sup>1</sup> «in quanto, come sancito dall'art. 47, comma 4, del d.P.R. 570/1960, il Presidente

---

<sup>1</sup> Il Consiglio di Stato nella sentenza 5670 del 21 ottobre 2011 si è pronunciato in maniera conforme, affermando che ai fini della regolarità delle operazioni elettorali, è essenziale l'esistenza di un'esatta simmetria tra il numero delle schede scrutinate e rinvenute nei plichi e quello complessivo affidato



apre il pacco delle schede e ne distribuisce agli scrutatori un numero corrispondente a quello degli elettori iscritti nella Sezione; ma non prevede alcuna sanzione o invalidità nella fattispecie come quella in esame, in cui si è proceduto all'autenticazione di un numero di schede superiore al numero di elettori iscritti alla Sezione e non risulta indicato il numero di schede non votate»<sup>2</sup>.

La seconda doglianza riguarda l'omessa annotazione in taluni casi del numero della tessera elettorale presentata dall'elettore votante; infatti, non per tutti gli elettori risulta annotato il numero della tessera elettorale.

Tale censura è stata rigettata.

Quindi non ha carattere invalidante delle operazioni di voto, poiché dopo l'apertura della busta si è proceduto alla verifica dell'annotazione del numero dei votanti nella Sezione interessata.

Per ciascun elettore risultano annotati sia la sua identificazione che l'esercizio del diritto di voto<sup>3</sup>.

La terza censura concerne il plico contenente le schede valide ed il verbale delle operazioni dell'Ufficio elettorale della Sezione n. 7, pervenuto in Prefettura lacerato e rattoppato con del nastro adesivo da imballaggio e tali condizioni del plico sezionale farebbero venir meno la garanzia della sicurezza della conservazione delle schede e dei verbali.

Il giudice ha accertato che le schede validamente votate erano in numero corrispondente a quello riportato nel verbale delle operazioni di scrutinio<sup>4</sup>.

Con l'ultima doglianza, gli appellanti reiterano la richiesta dell'esclusione della Lista n. 1, in quanto il simbolo prescelto dalla medesima lista recherebbe al suo interno una specifica immagine religiosa con conseguente violazione dell'art. 33 del T.U. n. 570 del 1960<sup>5</sup>.

Il Consiglio di stato ha rigettato la censura<sup>6</sup>.

---

alla sezione elettorale. Sulla stessa scia, il Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza del 25 gennaio 2016, n. 245.

<sup>2</sup> In senso difforme si è pronunciato il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza n.5670 del 21 ottobre 2011, prevedendo che le operazioni elettorali vanno annullate se non vi è un'esatta simmetria tra numero delle schede scrutinate e rinvenute nei plichi e quello complessivamente affidato alla sezione. Nello stesso senso si sono pronunciati: Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza n. 8245 del 25 novembre del 2010; Consiglio di stato, sez. V, 27/06/2011, n. 3829.

<sup>3</sup> La mancata indicazione del numero di tessera elettorale è inidonea ad inficiare le operazioni di voto (Consiglio di stato, V, 5 maggio 2008, n. 1977). In senso difforme si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 452 del 16 ottobre 1981: «La mancata annotazione degli estremi di identificazione comporta la nullità delle operazioni».

<sup>4</sup> In senso difforme, il Consiglio di Stato con sentenza n. 6811 del 13 dicembre 2002, ha stabilito che la violazione degli adempimenti nella custodia delle schede e dei verbali non costituisce mera irregolarità, ma inficia la validità dello stesso risultato elettorale. Tale orientamento è stato confermato dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 1489 del 21 marzo 2003.

<sup>5</sup> Di contro, il TAR LECCE, sez. I, con sentenza del 22 dicembre 2014 n. 3155 ha affermato: «Laddove il simbolo rappresenti un riferimento culturale e civico tipico della comunità, non può farsi applicazione della disposizione richiamata. L'eliminazione o la modificazione del simbolo potrebbe rendere meno identificabile il movimento elettorale e pregiudicare l'esito delle elezioni». Allo stesso modo si è pronunciato il Consiglio di Stato nella sentenza n. 1366 del 2012.

<sup>6</sup> In senso conforme il TAR LOMBARDIA, sez. III, con la sentenza n. 1753 del 2016 ha affermato

Alla luce delle predette considerazioni, Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

### 3. Utilizzo di simboli religiosi nelle competizioni elettorali

La *querelle* sulla presenza di contrassegni religiosi in liste elettorali ha interessato larga parte della dottrina, soprattutto in seguito all'evoluzione normativa concernente il veto sui simboli: il riferimento è al deposito del contrassegno da utilizzare nella competizione e all'eventuale ricusazione dell'emblema.

Esaminando con attenzione i lavori Parlamentari, si apprende che non sarebbe vietato l'uso dei segni religiosi in sé ma soltanto l'utilizzo limitato al periodo elettorale e alla sua propaganda, mentre l'uso continuativo degli stessi, in generale, non dovrebbe creare discordie.

Di fatto, tutte le croci latine o greche che il Ministero dell'interno ha individuato, hanno portato alla ricusazione dei contrassegni che le contenevano.

Sono stati così ricusati i contrassegni di Lista Civica "*Milita Christi*", "*Consortio vitae*" e "R.S.I. Nuova Italia".

Altri segni, che non sono stati interpretati come soggetti religiosi sono stati, per così dire, 'tollerati'.

In letteratura, taluni<sup>7</sup>, focalizzano la propria attenzione su un fenomeno che dottrina e giurisprudenza conoscono da tempo: segnatamente le disposizioni normative scritte si occupano esclusivamente dei "contrassegni" nel corso del procedimento elettorale, mentre non intervengono affatto sull'uso degli emblemi in tutte le altre fasi della vita politica.

Più in generale, per contrassegno si considera l'emblema visto in funzione distintiva rispetto ai segni delle altre formazioni politiche, mentre il simbolo mantiene una funzione identitaria, portando in sé il patrimonio ideale del partito cui rimanda<sup>8</sup>.

Pertanto, se al simbolo sembra che si debba attribuire un senso restrittivo, con il termine contrassegno, invece, la legge finisce per indicare tutto ciò che è contenuto nella circonferenza che ogni Partito (dotato di lista in competizione) ha a disposizione

che in materia elettorale, per la ricusazione dei contrassegni delle liste è necessaria la sussistenza di un significato religioso univoco tale da costituire un richiamo immediato e diretto per la popolazione che abbia a riferimento quel credo religioso. Allo stesso modo la sentenza n. 1067 pronunciata dal Consiglio di Stato sez. V il 16 marzo 2016. Invero l'articolo 30 del d. P. R. n. 570 del 1960 costituisce una norma di un diritto di libertà costituzionalmente garantito; pertanto è preclusa una sua interpretazione estensiva e non è quindi sufficiente una semplice somiglianza del simbolo con un'immagine o un soggetto di natura religiosa. (Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2012 n.1366).

<sup>7</sup> GABRIELE MAESTRI (a cura di), *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei Partiti*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 20.

<sup>8</sup> Secondo la dottrina maggioritaria, è noto che il simbolo è idoneo a rimandare i destinatari a significati ulteriori e immediatamente fruibili. I simboli, pertanto, sono in grado di suscitare segnali decisamente più pregnanti delle semplici dichiarazioni verbali. Sull'attitudine dei simboli a veicolare messaggi identitari, si veda LORENZA GATTAMORTA, *Teorie del simbolo. Studio sulla sociologia fenomenologica*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 15; TZVETAN TORODOV, *Teoria del simbolo*, Garzanti, Milano, 1991, p. 18; EDOARDO DIENI, ALESSANDRO FERRARI, VINCENZO PACILLO, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 123; GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 26.

sulla scheda e sui manifesti per distinguersi e farsi riconoscere dagli elettori<sup>9</sup>.

Il simbolo vuole riassumere in sé un “mondo” di idee, convinzioni, proposte e progetti in cui iscritti e simpatizzanti possano identificarsi, divenendo in questo modo lo strumento privilegiato per comprendere tutto ciò che può essere legato ad un’organizzazione politica<sup>10</sup>.

Altri autori qualificano i simboli come “integrazione funzionale” ovvero la partecipazione dei consociati ai processi politici e sociali della comunità perché si formi un senso di identità collettiva, di comune appartenenza, facendo leva su certe pulsioni alla collaborazione e all’unione con i simili<sup>11</sup>.

I colori starebbero ad indicare precise formazioni politiche; assumono, pertanto, un significato essenziale qualificandosi come ingredienti importanti dei simboli politici<sup>12</sup>.

Inoltre esiste un filone di studi dedicato alle proposte *de iure condendo* sulla regolazione dei partiti politici, volte a completare l’attuazione dell’articolo 49 Costituzione: sono stati, pertanto, analizzati i progetti di legge che contemplavano anche norme legate ai contrassegni di ogni singola formazione<sup>13</sup>.

Da un punto di vista giuridico/normativo, gli emblemi hanno fatto ingresso nel sistema italiano cento anni fa come segni facoltativi che potevano essere stampati sulla “scheda di Stato”<sup>14</sup> per distinguere i vari candidati; diventano obbligatori solo a partire dal 1919<sup>15</sup>.

Soltanto in epoca repubblicana l’emanazione di norme precise ha consentito di ricostruire con esattezza il quadro normativo legato ai contrassegni per le elezioni politiche, europee, regionali e amministrative.

E’ ben noto che n Partito si identifica con il nome, la sigla ma soprattutto con il suo simbolo, però la legge dedica a quest’ultimo argomento solo alcune norme della disciplina elettorale.

Eppure, negli anni, varie formazioni politiche si sono più volte scontrate sovente per la titolarità di un contrassegno; ne hanno dibattuto anche con il Ministero dell’interno (o le altre autorità competenti) in merito all’uso di un emblema alle elezioni; il tutto mentre i segni distintivi dei Partiti sono diventati simili ai marchi<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 29.

<sup>10</sup> ELIAS CANETTI, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, 1981, p. 23.

<sup>11</sup> RUDOLF SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988. Allo stesso modo ha riflettuto PETER HÄBERLE, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 23.

<sup>12</sup> Per rendersi conto dell’importanza simbolica dei colori, è sufficiente richiamare gli studi approfonditi dello “storico del colore” per eccellenza, MICHEL PASTOUREAU, oppure di altri storici italiani. Tra i volumi pubblicati in italiano v. MICHEL PASTOUREAU, *L’uomo e il colore*, Firenze, Giunti, 1987; MICHEL PASTOUREAU– DOMINIQUE SIMONNET, *Il piccolo libro dei colori*, Milano, Ponte alle Grazie, 2006.

<sup>13</sup> GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 123.

<sup>14</sup> Per un’analisi puntuale di Scheda di stato v. GASPARE AMBROSINI, *Sistemi elettorali, sistema maggioritario, rappresentanza delle minoranze, sistema proporzionale*, Sansoni, Firenze, 1946, pp. 99-100.

<sup>15</sup> GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 127.

<sup>16</sup> GABRIELE MAESTRI, *Il contrassegno (politico-elettorale) tra diritto e mercato*, in *Nomos*, n. 2,

In anni più recenti è inutile negare che la natura di contrassegno dell'emblema politico sia prevalsa su quello di simbolo<sup>17</sup>.

Infatti, nei recenti contrassegni, è sempre più difficile rintracciare un vero simbolo, ossia un elemento figurativo di senso compiuto e tendenzialmente autonomo.

Inoltre, anche l'aspetto grafico è cambiato: è possibile notare la sostituzione di una prevalenza di contrassegni vuoti e del colore bianco intorno ai simboli con contrassegni pieni. Si va imitando ed evocando, in qualche modo, l'andamento grafico dei marchi commerciali<sup>18</sup>.

Ora, i criteri di valutazione dell'ammissibilità dei contrassegni appaiono sempre diversi<sup>19</sup>.

In primo luogo, è opportuno prendere in considerazione il criterio della novità per cui non è ammessa la presenza di contrassegni identici con quelli esistenti in precedenza e con quelli usati tradizionalmente da altri partiti.

In secondo luogo, viene il parametro della originalità che viene valutata in base alla non confondibilità e alla non illiceità: da un lato, la legge non deve essere violata, dall'altro, il pubblico non deve essere ingannato<sup>20</sup>.

A tal proposito, è necessario che vengano utilizzati dei simboli che non traggano in errore l'elettore, evitando, quindi, un'impostazione anti-decettiva.

Un'ipotesi di decettività è rappresentata dal divieto di presentazione dei contrassegni riproducenti immagini o soggetti religiosi<sup>21</sup>.

La disposizione fu introdotta nel 1956 per evitare che si speculasse su soggetti religiosi durante le elezioni facendo, nel contempo, credere agli elettori che una determinata lista fosse sotto la guida di quegli stessi soggetti<sup>22</sup>.

Verosimilmente, è accettato che determinati simboli, pur avendo alla radice un significato religioso, possano essere utilizzati in un contrassegno partitico qualora abbiano acquistato un significato ulteriore e diverso.

Difatti, pur tralasciando che vari contrassegni negli ultimi anni hanno inserito al loro interno una croce<sup>23</sup> prestando il fianco a dubbi sulla loro legittimità, non si può dimenticare che dagli atti parlamentari risulti chiaramente l'intenzione del

---

2012, intervento svolto in occasione del seminario italo-tedesco *Mezzi di comunicazione di massa: comunicazione politica e campagna elettorale nello stato costituzionale democratico*, Villa Vigoni (Co), 21-22 luglio 2011; v. anche FRANCESCO ANELLI, *Il «nome» del partito politico*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 848; VINCENZO MARTUSCELLI, *Sul diritto al nome dei partiti politici*, in *Arch. ric. giur.*, 1952, p. 1139.

<sup>17</sup> GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 130.

<sup>18</sup> ALESSANDRO DI CARO, *I colori della politica: un viaggio inconsueto nelle scienze sociali*, Edizioni Goliardiche, Trieste, 2002; GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 39; CARLO BRANZAGLIA, GIANNI SINNI (a cura di), *Partiti! Guida alla grafica politica della seconda Repubblica*, Tosca, Firenze, 1994, p. 13.

<sup>19</sup> D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 recante "*Testo Unico delle Leggi Elettorali*".

<sup>20</sup> Cfr. *ibidem*; per una analisi sul punto, ancora, v. GABRIELE MAESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 154.

<sup>21</sup> D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, art. 14 comma 5.

<sup>22</sup> GABRIELE MAESTRI, *Il contrassegno (politico-elettorale) tra diritto e mercato*, cit.

<sup>23</sup> L'esempio lampante è costituito dallo scudo crociato della Democrazia cristiana; per conoscere l'orientamento che nega natura di simbolo religioso allo scudo crociato, v. A.P. Camera dei Deputati, II legislatura – discussioni, seduta antimeridiana del 2 marzo 1956, n. 392, p. 23944 e TAR Emilia Romagna (Bologna), 6 giugno 1975, n. 272.

legislatore di non sanzionare l'uso *tout court* di soggetti religiosi, ma soltanto l'uso di essi da parte di una specifica formazione politica nell'imminenza delle competizioni elettorali, senza alcun utilizzo precedente nella propria attività.

#### 4. L'utilizzo dei simboli religiosi nei luoghi pubblici

Un indirizzo dottrinario, poi, distingue tra i cosiddetti “simboli del potere” e “simboli di coscienza”: proprio secondo tale distinzione un segno religioso (esposto in un luogo pubblico in virtù di una legge) rientra nella prima categoria di simboli<sup>24</sup>.

In questo caso è oggetto di discussione il principio di laicità dello Stato: pertanto si sostiene come occorrerà “verificare la legittimità dell'inclusione tra quelli rappresentativi della comunità nazionale di un simbolo che ha un'innegabile derivazione religiosa”<sup>25</sup>.

Invece, il simbolo posto sul corpo di un credente diventa simbolo di coscienza. In questo caso, sarà la libertà di coscienza a fornire il criterio di valutazione della liceità della manifestazione del segno stesso<sup>26</sup>.

La libertà religiosa, secondo la migliore dottrina costituzionalistica, dà luogo al problema dell'obiezione di coscienza, quando i dettami di una fede o di un principio morale contrastano con le norme positive<sup>27</sup>. Si sostiene che si tratta di un problema quasi paradossale in una democrazia “che non può vivere senza rispettare la coscienza dei cittadini ma neppure senza l'obbedienza alle sue leggi”. In buona sostanza “l'obiezione di coscienza pone il problema degli *obblighi alternativi*, dato che il sottrarsi all'osservanza di una norma per ragioni di coscienza non può comportare una violazione dell'eguaglianza nei confronti di chi non vi si sottrae”<sup>28</sup>.

Ed occorrerà, poi, valutare se la libertà individuale possa essere tutelata o, viceversa, limitata in presenza di controinteressati tali da ostacolarne l'applicazione.

Alcuni ritengono che esistano dei simboli “civili e pacifici”, non religiosi, che non rivelano l'esistenza di verità o credenze assolute tali da generare opposizioni rilevanti, bensì manifestano “un senso di appartenenza ad un comune mondo di valori”<sup>29</sup>.

Si tratta di segni che testimoniano l'esistenza di un sentire collettivo, che non generano conflitti in quanto costitutivi dell'identità pubblica di ogni soggetto: “rafforzamento della coesione sociale e di una forte identità collettiva” che solo i segni

---

<sup>24</sup> VINCENZO PACILLO, *Diritto, potere e simbolo religioso, nella tradizione giuridica occidentale*, in MARCO PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, Esi, Napoli, 2006, p. 193 ss.

<sup>25</sup> Cfr. EMANUELE LA ROSA, “Uso” ed “abuso” del simbolo religioso: profili di responsabilità penale, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, febbraio 2008, p. 5.

<sup>26</sup> Si veda ANTONELLA ARCOPINTO, *I simboli religiosi nel diritto vivente*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di) *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 182 e ss.

<sup>27</sup> Già ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, II edizione, Torino, 1967, *passim*.

<sup>28</sup> Così AUGUSTO CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2002, p. 432.

<sup>29</sup> Diffusamente, ALESSANDRO MORELLI, ANDREA PORCIELLO, *Verità, potere e simboli religiosi, Comunicazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su Problemi della Laicità agli inizi del secolo XXI*, Napoli, 2007, pp. 26-27.

religiosi riescono a fornire, attraverso la propria intrinseca e spiccata capacità di creare unioni e, al contempo, esclusioni.

Esiste una scuola di pensiero (inclusiva-accogliente) che rispecchia la cultura dei diritti umani: favorevole all'incontro, allo scambio, al dialogo tra culture e religioni differenti, legittima ogni simbologia religiosa.

Non emergono, in quest'orientamento insinuazioni di conflitti o opposizioni, bensì un'interpretazione della religione e degli atti di manifestazione di fede alla luce delle Carte Internazionali sui diritti umani<sup>30</sup>.

Lo Stato è laico perché non è indifferente alla questione religiosa in quanto le differenze non devono essere motivo di divisione, semmai spunto per il dialogo e l'intesa; da qui "emergono le distinzioni che arricchiscono e i contenuti che uniscono"<sup>31</sup>.

Il simbolo diviene espressione di un'identità culturale, tale da essere utilizzato come una sorta di riaffermazione delle proprie radici.

I dibattiti sollevati nei confronti dei simboli religiosi riguardano, in prevalenza, l'esibizione degli stessi negli spazi pubblici, poiché tale esposizione sembrerebbe causare "una compressione della libertà religiosa degli utenti il servizio e violerebbe il principio supremo di laicità dello Stato"<sup>32</sup>.

## 5. Brevi riflessioni conclusive

Secondo una prima lettura, in quanto diritto soggettivo pubblico e privato, la libertà religiosa sancita dall'articolo 19 Cost. non solo deve essere assicurata dallo Stato, ma anche dai medesimi consociati appartenenti alla comunità di riferimento.

Trattandosi, poi, di libertà positiva e libertà negativa, ci si chiede se sia opportuno, attraverso un'interpretazione analogica, applicare tale principio in materia di libertà di associazione, ma soprattutto di libertà nella scelta di un simbolo che possa al meglio rappresentare un programma politico al fine di ottenere un consenso da parte degli elettori.

Non si tratta semplicemente di c.d. effetto annuncio, che mira alla particolare enfasi nella presentazione di idee e progetti volti a soddisfare le esigenze della collettività.

Il problema si pone in termini di libertà, quale principio fondamentale garantito dalla Costituzione repubblicana all'individuo in quanto tale.

L'articolo 2 Cost. da intendersi quale clausola aperta<sup>33</sup> infatti, tutela i diritti inviolabili nelle formazioni sociali: tra questi le nuove forme ed i recenti contenuti della libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di stampa, la libertà di associarsi, sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Inevitabilmente non possono essere distinti dalla libertà di adottare un'immagine

---

<sup>30</sup> In tema, si cfr. ANTONELLA ARCOPINTO, *op. cit.*, p. 184.

<sup>31</sup> Ampiamente si veda CARLO CARDIA, *Il simbolo religioso e culturale, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2012, p. 6; MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del vento, Palermo, 2012, p. 220

<sup>32</sup> Ancora sul tema, ANTONIO FUCCILLO, *Ma la croce in aula è un conforto per tutti*, in *Dir. e giust.*, n. 10, 2006, p. 73.

<sup>33</sup> Illuminati le riflessioni di FRANCO MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995

o un contrassegno che sia pienamente rappresentativo di ideologie che possono essere condivisibili o meno.

Il problema, a nostro avviso, si pone in altri termini.

È condivisibile il pensiero di chi si chiede se la laicità dello Stato italiano possa semplicemente limitarsi a quanto sancito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 203 del 1989<sup>34</sup>.

In effetti il tutto ruota attorno a questa affermazione: “Per secoli noi abbiamo confuso i valori religiosi con i valori della società civile”<sup>35</sup>.

Invero, la nostra società si caratterizza per il pluralismo confessionale; è una società pluralista, multiculturale e multireligiosa.

La politica, in particolare, non può esistere senza il simbolismo attraverso cui si esprime.

La formazione libera della propria coscienza richiama sicuramente l'affermazione della propria identità che non esclude la possibilità di adoperare dei simboli, anche di carattere religioso, utilizzati non già per affermare un potere politico, ma per dar vita ad una specificità in cui sarebbe possibile riconoscersi<sup>36</sup>.

Secondo un'altra lettura è possibile affermare che se da un lato esiste un principio di libertà dei partiti politici di scelta del simbolo da utilizzare, dall'altro esistono principi costituzionali di tutela del confessionismo religioso.

È quindi necessario operare un bilanciamento tra principi.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano non è contemplato un principio di laicità espresso, ma si ricava, nel complesso, dall'analisi congiunta dell'articolo 3 della Costituzione, che garantisce l'eguaglianza e la pari dignità sociale dei consociati a prescindere dalla religione di ciascuno; dell'articolo 7, il quale prevede che Stato e Chiesa sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani; dell'articolo 8, ove si sancisce l'eguale libertà di tutte le Confessioni religiose davanti alla legge, e dell'articolo 19 secondo cui: “*Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto purché non si tratti di riti contrari al buon costume*”.

Molto significativa, a tal proposito, è la sentenza della Corte Costituzionale n. 203 del 1989, la quale considera la laicità “*uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta Costituzionale della Repubblica che implica garanzia per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*”

Obiettivo dello Stato è la garanzia per tutti gli individui della più ampia libertà religiosa, escludendo che la professione di un culto piuttosto che di un altro possa costituire, in alcun modo, un criterio discriminante nella sfera sociale dell'individuo.

La cultura laica deve basarsi sulla critica del dogma e, al tempo stesso, incentivare la libertà del singolo in tutti gli ambiti in cui esso si esprime<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Così MARIO TEDESCHI, *Intervento al Convegno “I simboli religiosi nei luoghi pubblici: uno, nessuno o centomila?”*, Ascoli Piceno, 14 giugno 2006, in *Diritto e religioni*, II, n. 2-2008.

<sup>35</sup> Ed ancora, MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, terza edizione, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>36</sup> VINCENZO PACILLO, *Diritto, potere e simbolo religioso, nella tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 193 ss.

<sup>37</sup> Molto opportunamente, MARIO TEDESCHI, nel *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010: afferma come “*La laicità è funzionale all'attuazione di uno Stato di diritto che deve garantire le aspettative di tutti i consociati e non può trattare in modo diversificato una parte di essi. L'idea di Stato*

Pertanto, in virtù del fatto che i cittadini si identificano con lo Stato, è opportuno che quest'ultimo mantenga una posizione di terzietà, non favorendo alcun orientamento religioso.

L'aspetto essenziale riguarda l'individuazione dei limiti volti ad impedire l'esercizio della *potestas indirecta* da parte delle Chiese e, in misura sicuramente minore, della *auctoritas indirecta* da parte dello Stato, ovvero la tutela, rispettivamente, del principio di non ingerenza ecclesiastica nelle vicende secolari e quello di non ingerenza statale negli affari spirituali.

In questo senso, l'aspetto forse maggiormente rilevante si individua nella corretta comprensione della formula costituzionale dell'indipendenza degli ordini tra sfera temporale e spirituale e, a ciò strettamente connessa, nella determinazione delle modalità con cui si deve realizzare l'eguale libertà tra le diverse Confessioni religiose; i necessari obblighi di equidistanza e imparzialità, se da un lato impongono che la religione non possa essere considerata in termini strumentali rispetto alle finalità dello Stato e viceversa, dall'altro vincolano l'ordinamento giuridico ad operare quei "legittimi interventi legislativi a protezione della libertà religiosa.

L'utilizzo di simboli che raffigurano immagini religiose potrebbe essere non rispondente a Costituzione, in quanto bisogna considerare i seguenti tre aspetti.

In primo luogo, il sistema costituzionale italiano è ispirato al '*principio multiculturalale*': il popolo contempla al suo interno una serie di gruppi minoritari i cui membri, essendo cittadini dello Stato, possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione.

Il multiculturalismo presuppone che all'interno del corpo sociale si affermi la consapevolezza della pari dignità delle espressioni culturali dei gruppi che convivono all'interno di una società democratica e del diritto che ogni individuo ha di formarsi secondo una cultura che riconosca come propria<sup>38</sup>.

In secondo luogo lo Stato, utilizzando un simbolo religioso viola quel principio che sancisce l'equidistanza e la non ingerenza rispetto agli affari della Chiesa e delle altre Confessioni.

In terzo luogo molti, in virtù del proprio credo religioso che va oltre qualsiasi altra forma di conoscenza, sono portati inevitabilmente a subire influenze dall'utilizzo di un simbolo recante l'immagine di una croce o di qualsivoglia emblema religioso.

In definitiva, i partiti restano sostanzialmente liberi di scegliere il contrassegno che reputano più confacente alle loro idee, ma entro certi limiti: ovvero nel rispetto delle norme di cui sopra, in quanto il simbolo oltre ad essere lecito, non deve ingannare gli elettori.

Il contrassegno delle schede elettorali, alla luce di quanto asserito, non deve assolutamente essere ingannevole, utilizzando immagini religiose, né tantomeno di dubbio significato così da acquisire consenso popolare, profittando della debolezza intellettuale di larga fascia della popolazione<sup>39</sup>.

---

*dovrebbe essere unica, esprimere una continuità e garantire l'identità e i diritti dei propri consociati".*

<sup>38</sup> Cfr., GIANCARLO ROLLA, *La libertà religiosa in un contesto multiculturalale*, in ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *Pluralismo Religioso e Libertà di Coscienza*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 80.

<sup>39</sup> D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, art. 14 commi 3, 3-bis, 3ter, 4, 5.



## Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 marzo 2017, n. 1388

### Utilizzo locali scolastici – Autorizzazione a compiere riti religiosi nei locali scolastici dopo le lezioni – Legittima.

*Non può attribuirsi alla natura religiosa di un'attività, una valenza negativa tale da renderla vietata o intollerabile unicamente perché espressione di una fede religiosa. Pertanto, è legittima la deliberazione con la quale il Consiglio di Istituto concede l'utilizzo dei locali scolastici ad alcuni parroci ai fini della celebrazione della benedizione pasquale cattolica in orario extra-scolastico. Ove, infatti, la celebrazione di riti religiosi avvenga al di fuori dell'orario istituzionale e alla sola presenza di chi liberamente vi acconsente, essa non può ritenersi violativa del principio costituzionale di laicità dello Stato. Ricorrendo i cennati presupposti, la stessa risulta piuttosto riconducibile nel perimetro applicativo della disciplina di cui all'art. 96, comma 4 del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, che punto prevede che gli edifici scolastici possano essere utilizzati fuori dell'orario del servizio scolastico per attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile.*

*Omissis (...)*

#### FATTO

In primo grado era stata impugnata la deliberazione n. 50/2015 in data 9 febbraio 2015, con cui il Consiglio d'Istituto dell'Istituto comprensivo n. 20 di (...) aveva concesso l'apertura dei suoi locali scolastici perché si svolgessero le benedizioni pasquali richieste dai parroci del territorio, raccomandando che queste fossero effettuate in orario extra-scolastico e che gli alunni venissero accompagnati dai familiari, o comunque da un adulto col compito di sorvegliarli.

I ricorrenti, "docenti e genitori dell'Istituto comprensivo n. 20, nonché ... soggetti giuridici che per finalità statutaria hanno a cuore la laicità e l'aconfessionalità della scuola pubblica", deducevano:

- violazione di legge, in particolare, degli artt. 2, 3, 7, 19 e 21 Cost; degli artt. 7 e 10 d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado); del D.P.R. 10 ottobre 1996, n. 567 (regolamento recante la disciplina delle iniziative complementari e delle attività integrative nelle istituzioni scolastiche) e dell'art. 9, L. 25 marzo 1985, n. 121; violazione della competenza del Consiglio di Circolo; art. 6, 2° c., lett. d) ed f) del DPR 31 maggio 1974, n. 416 (ora art. 7 e 10, D.lgs. 297/94); eccesso di potere per carenza totale di motivazione;

- eccesso di potere per illogicità, perplessità e contraddittorietà, assumendo 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. Pertanto il suo svolgimento esulerebbe dalle competenze dell'istituzione scolastica, alla quale competerebbero le sole attività suscettibili di far parte dell'offerta

formativa affidatale; 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 aconfessionalità, 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. 25/07/1998 n. 286, testo unico sull'immigrazione; art. 2 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) 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.).

Denunciavano, 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).

Lamentavano, poi, l'assenza di motivazione e l'illogicità e contraddittorietà, per l'incertezza delle modalità di attuazione della decisione quanto al locale scolastico interessato, al giorno e all'ora dell'evento, ed a sorveglianza degli alunni.

Successivamente, il Dirigente scolastico dell'Istituto cit. rilasciava la concessione di un locale scolastico ai parroci che l'avevano richiesto, e precisamente alle Parrocchie (...), perché si svolgessero benedizioni pasquali senza fini di lucro nelle giornate e nei luoghi indicati in apposita convenzione, ed il Consiglio di Istituto individuava le relative date ed i locali presso le tre strutture scolastiche coinvolte.

L'Istituto infine, in data 13 marzo 2015, sottoscriveva con i tre parroci le relative convenzioni. Queste ulteriori determinazioni erano impugnate con motivi aggiunti (violazione dell'art. 96, comma 4 e 6 del T.U. D.lgs. n. 297/94 cit., e dell'art. 50 del regolamento n. 44/2001).

Con la sentenza appellata il ricorso è stato accolto, essendosi affermato, sulla premessa del "principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato", e della "equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose", che "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".

Il primo Giudice ha tra l'altro affermato che "un'invalicabile linea di confine sia a tali fini costituita dalla circostanza che si tratti o meno di un atto di culto religioso", e che nel caso in esame, al contrario, sarebbe 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".

Infine, con riferimento alla disposizione di cui all'art. 1, comma 1°, del D.P.R. n. 567 del 1996, invocata dall'Amministrazione, il primo giudice ha affermato, in

relazione alle “iniziative complementari ... negli obiettivi formativi delle scuole” ed alle “iniziative integrative ... finalizzate ad offrire ai giovani occasioni extracurricolari per la crescita umana e civile e opportunità per un proficuo utilizzo del tempo libero”, 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”, aggiungendo che la scuola sarebbe sottratta alla celebrazione di riti religiosi, attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno e, quindi, estranei ad un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni. Né l’uso dei locali potrebbe ammettersi sulla base dell’art. 96, comma 4 del D.lgs. n. 297/1994 (“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”), poiché tale norma richiede, al successivo comma 6, che si tratti “... di attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile ...”, mentre i “riti religiosi”, che attengono alle “pratiche del credo confessionale di ciascun individuo e restano confinate nella sfera intima dei singoli”, non avrebbero “rilevanza culturale” nel senso di arricchimento del sapere dei cittadini, ciò che impedirebbe, sempre secondo il primo giudice, di ricondurre le attività di culto religioso tra le “iniziative complementari ed integrative dell’iter formativo degli studenti”, di cui all’art. 1, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 567/1996.

Il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, insieme con l’Istituto comprensivo n. 20 di (...), propone appello, ritenendo la sentenza censurabile per i seguenti diversi profili, così sintetizzabili.

La concessione in uso dei locali fuori dell’orario scolastico, per lo svolgimento di un atto di culto cui partecipare liberamente e facoltativamente, non sarebbe sufficiente a far venir meno la aconfessionalità della scuola, o a determinare conseguenze discriminatorie nei confronti di altre confessioni religiose, o tantomeno a determinare una lesione dei diritti di libertà di religione, ovvero di non credere in alcuna religione. Il diritto di libertà religiosa, quale aspetto della dignità umana di cui all’art. 2 Cost., fa sì che lo Stato sia tenuto a garantire il “diritto di tutti gli appartenenti alle diverse fedi o confessioni religiose di fruire delle eventuali facilitazioni disposte in via generale dalla disciplina comune ... perché ciascuno possa in concreto più agevolmente esercitare il culto della propria fede religiosa” (Corte Cost. n. 334/1996), tenendo conto che nulla potrebbe impedire che una concessione analoga possa essere accordata, ove richiesta, ad appartenenti ad altre confessioni religiose. Né va condiviso, secondo l’appellante, che la benedizione pasquale, quale vero e proprio rito religioso riservato alla sfera individuale dei consociati, non possa contribuire all’arricchimento del patrimonio culturale, civile e sociale della scuola e, quindi, non possa essere compreso tra le previsioni di cui all’art. 96, c. 4 e 6 del d.lgs. n. 297/1994 e art. 1, c. 1, D.P.R. n. 567/1996.

Gli originari ricorrenti si sono costituiti in questo grado di giudizio per resistere con una prima memoria riguardante la trattazione della domanda cautelare, accolta con il decreto presidenziale 7 marzo 2016 n.763 e rinviata al merito, e poi con una seconda memoria del 19 novembre 2016, depositata in vista dell’udienza del 20 dicembre successivo, allorché la causa, dopo la discussione, è stata trattenuta in decisione. Sostengono in sintesi che le benedizioni sono atti di culto, non aventi alcun contenuto culturale, che non potrebbero tenersi in istituti scolastici pubblici e tantomeno essere autorizzati dai competenti organi, in quanto estranee sia alla didattica che alle iniziative culturali fruitive da tutti gli alunni, non essendo oltretutto attività curriculari o extra curriculari o extra scolastiche o comunque di complemento all’offerta formativa della scuola, e pur tuttavia ritenute idonee ad orientare i giovani

all'adesione al cattolicesimo, con implicita violazione dell'imparzialità, laicità e aconfessionalità della scuola pubblica.

#### DIRITTO

1. È opportuno premettere che i provvedimenti impugnati sono stati adottati a seguito di apposite istanze, la prima delle quali era stata la lettera 27 dicembre 2014 di tre parroci rivolta al Dirigente scolastico e al Presidente del Consiglio di Istituto dell'Istituto comprensivo n. 20 di (...), per chiedere il benestare a celebrare la benedizione pasquale per gli alunni della scuola al termine delle lezioni di uno dei giorni precedenti le vacanze pasquali, radunando gli alunni che volessero parteciparvi in un conveniente locale (salone o palestra).

L'istanza era stata accolta a maggioranza dal Consiglio d'Istituto (verbale del 9 gennaio 2015), con alcune prescrizioni (le benedizioni sarebbero state limitate, all'interno delle scuole primarie, ad orario extra scolastico e alla sola presenza del personale docente, ATA ed amministrativo, senza la presenza dei bambini; all'interno delle scuole (...), ad orario extra scolastico, alla libera presenza anche dei ragazzi che intendessero parteciparvi, sotto la sorveglianza del docente di religione).

Nella successiva seduta del 9 febbraio 2015 era adottata deliberazione n. 50/2015 con la quale il consiglio d'Istituto deliberava a maggioranza, con 13 voti favorevoli, 1 astenuto e 2 contrari, di autorizzare l'apertura dei locali scolastici di tutti e tre i plessi dell'I.C. 20 per le benedizioni pasquali richieste dai parroci del territorio, a condizione che la benedizione pasquale fosse impartita in orario extra scolastico e gli alunni fossero accompagnati dai familiari, o comunque da un adulto in funzione di sorveglianza.

Dopo la presentazione di un primo ricorso al TAR e di un'istanza di autotutela, la dirigente scolastica, con propria determinazione prot. 1754 A/35 del 11 marzo 2015, concedeva un locale scolastico ai parroci che ne avevano fatto specifica richiesta, "per l'espletamento dell'attività di benedizione pasquale senza fini di lucro nelle giornate riportate in apposita convenzione".

Con la deliberazione n. 52/2015 del 12 marzo 2015 l'Amministrazione decideva di aprire i seguenti locali scolastici: (...). Dopo la stipula delle convenzioni, avvenuta il seguente 13 marzo, le benedizioni erano celebrate nelle date 20 e 21 marzo 2015, come del resto riportato dalla stampa dell'epoca (...).

Da quanto riferito dalle parti, risulta che i provvedimenti impugnati (autorizzazioni alla celebrazione delle benedizioni pasquali del marzo 2015) hanno avuto esecuzione, non essendo stati all'epoca sospesi, ma soltanto successivamente annullati con la sentenza appellata, poi sospesa in via cautelare con il decreto presidenziale 7 marzo 2016 n.763.

Nella successiva Pasqua del 2016, nel corso dell'anno scolastico 2015/2016, l'Istituto comprensivo 20 di (...) ha nuovamente posto la questione all'o.d.g. della riunione del Consiglio di Istituto del 22 marzo 2016, ma l'Amministrazione scolastica ha deliberato di non concedere i locali per lo svolgimento della benedizione.

Quanto sinora precisato, può chiarire che l'interesse processuale delle parti ad ottenere una pronuncia del Consiglio di Stato nella controversia ha ormai carattere soltanto morale, dato che l'eventuale annullamento ora per allora degli atti qui impugnati non potrebbe avere altro risultato, se non quello implicito di costituire anche un precedente, non essendo stata presentata alcuna altra domanda accessoria oltre quella di annullamento.

2. Com'è noto, la benedizione pasquale è un rito religioso, rivolto all'incontro

tra chi svolge il ministero pastorale e le famiglie o le altre comunità, nei luoghi in cui queste risiedono, caratterizzato dalla brevità e dalla semplicità, senza necessità di particolari preparativi.

Il fine di tale rito, per chi ne condivide l'intimo significato e ne accetta la pratica, è anche quello di ricordare la presenza di Dio nei luoghi dove si vive o si lavora, sottolineandone la stretta correlazione con le persone che a tale titolo li frequentano.

Non avrebbe senso infatti la benedizione dei soli locali, senza la presenza degli appartenenti alle relative comunità di credenti, non potendo tale vicenda risolversi in una pratica di superstizione.

Tale rito dunque, per chi intende praticarlo, ha senso in quanto celebrato in un luogo determinato, mentre non avrebbe senso (o, comunque, il medesimo senso) se celebrato altrove; e ciò spiega il motivo per cui possa chiedersi che esso si svolga nelle scuole, alla presenza di chi vi acconsente e fuori dall'orario scolastico, senza che ciò possa minimamente ledere, neppure indirettamente, il pensiero o il sentimento, religioso o no, di chiunque altro che, pur appartenente alla medesima comunità, non condivida quel medesimo pensiero e che dunque, non partecipando all'evento, non possa in alcun senso sentirsi leso da esso.

Deve quindi concludersi che la "benedizione pasquale" nelle scuole non possa in alcun modo incidere sullo svolgimento della didattica e della vita scolastica in generale. E ciò non diversamente dalle diverse attività "parascolastiche" che, oltretutto, possono essere programmate o autorizzate dagli organi di autonomia delle singole scuole anche senza una formale delibera.

3. È appena il caso di rilevare che non può logicamente attribuirsi al rito delle benedizioni pasquali, con le limitazioni stabilite nelle prescrizioni annesse ai provvedimenti impugnati, un trattamento deteriore rispetto ad altre diverse attività "parascolastiche" non aventi alcun nesso con la religione, soprattutto ove si tenga conto della volontarietà e della facoltatività della partecipazione nella prima ipotesi, ma anche che nell'ordinamento non è rinvenibile alcun divieto di autorizzare lo svolgimento nell'edificio scolastico, ovviamente fuori dell'orario di lezione e con la più completa libertà di parteciparvi o meno, di attività (ivi inclusi gli atti di culto) di tipo religioso.

Ed ancora, c'è da chiedersi come sia possibile che un (minimo) impiego di tempo sottratto alle ordinarie attività scolastiche, sia del tutto legittimo o tollerabile se rivolto a consentire la partecipazione degli studenti ad attività "parascolastiche" diverse da quella di cui trattasi, ad esempio di natura culturale o sportiva, o anche semplicemente ricreativa, mentre si trasformi, invece, in un non consentito dispendio di tempo se relativo ad un evento di natura religiosa, oltretutto rigorosamente al di fuori dell'orario scolastico.

Va aggiunto che, per un elementare principio di non discriminazione, non può attribuirsi alla natura religiosa di un'attività, una valenza negativa tale da renderla vietata o intollerabile unicamente perché espressione di una fede religiosa, mentre, se non avesse tale carattere, sarebbe ritenuta ammissibile e legittima.

Del resto, la stessa Costituzione, all'art. 20, nello stabilire che «il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative (...) per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività», pone un divieto di un trattamento deteriore, sotto ogni aspetto, delle manifestazioni religiose in quanto tali.

Ovviamente, la partecipazione ad una qualsiasi manifestazione o rito religiosi (sia nella scuola che in altre sedi) non può che essere facoltativa e libera, non potendo non godere, solo perché tale, di minori spazi di libertà e di minore rispetto di quelli che

sono riconosciuti a manifestazioni di altro genere, nonché tollerante nei confronti di chi esprime sentimenti e fedi diverse, ovvero di chi non esprime o manifesta alcuna fede.

Negli atti impugnati i parametri ora indicati sono tutti rigorosamente rispettati, essendo garantita la libertà di partecipare all'evento in orario non scolastico, senz'alcuna forma di contrapposizione con altri credo religiosi o con qualsivoglia diversa ideologia.

4. Resta da verificare se i provvedimenti impugnati siano espressione di una determinata potestà, riconducibile ad una categoria rispondente al normale principio di tipicità degli atti amministrativi.

Al riguardo può richiamarsi l'art. 96, quarto comma, del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, secondo cui gli edifici scolastici 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.

Tra tali finalità può comprendersi quella rivolta alla realizzazione di un culto religioso, sempre che ne sia libera, volontaria e facoltativa la partecipazione, e ciò avvenga, come richiesto, al di fuori dell'orario del servizio scolastico e previa delibera dell'organo competente, ai sensi del precedente art. 10 del D.Lgs. del 1994, n. 297 cit., ivi indicato nel Consiglio di Circolo o di Istituto.

Ed è appena il caso di ricordare che, nella prassi oggi invalsa, le competenze di tali organi scolastici sono intese in senso non certamente restrittivo, bensì estensivo o comunque elastico e flessibile, quanto alla tipologia ed alla natura delle attività "parascolastiche", "extrascolastiche", o comunque "complementari", che gli stessi organi possono liberamente ed autonomamente programmare o autorizzare.

Del resto, il D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 (regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59), all'art. 4, relativo all'autonomia didattica, dispone: «Le istituzioni scolastiche, nel rispetto della libertà di insegnamento, della libertà di scelta educativa delle famiglie e delle finalità generali del sistema (...) concretizzano gli obiettivi nazionali in percorsi formativi funzionali alla realizzazione del diritto ad apprendere e alla crescita educativa di tutti gli alunni, riconoscono e valorizzano le diversità, promuovono le potenzialità di ciascuno adottando tutte le iniziative utili al raggiungimento del successo formativo», intendendosi in tal modo evidentemente ampliare la sfera dell'autonomia di tali organi, ed ammettendo esplicitamente, con l'espressione «riconoscono e valorizzano le diversità», tutte quelle iniziative che si rivolgano, piuttosto che alla generalità unitariamente intesa degli studenti, soltanto a determinati gruppi di essi, individuati per avere specifici interessi od appartenenze, per esempio di carattere etico, religioso o culturale, in un clima di reciproca comprensione, conoscenza, accettazione e rispetto, oggi tanto più decisivo in relazione al fenomeno sempre più rilevante dell'immigrazione e della conseguente necessità di integrazione.

Per i profili sin qui esaminati, dunque, i provvedimenti impugnati appaiono legittimi, non risultando fondati non soltanto i motivi attinenti alle denunciate violazioni di legge, ma anche i motivi di ricorso riferiti all'incompetenza, al difetto di motivazione ed all'eccesso di potere.

(...)

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sesta Sezione, accoglie l'appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, rigetta il ricorso di primo grado

(...)

## Presentazione

Nella parte della legislazione il presente numero pubblica un *Motu proprio* del Regnante Pontefice Francesco che trasferisce dalla Congregazione per il Clero al Pontificio Consiglio per la nuova evangelizzazione la competenza in materia di gestione dei Santuari. Il motivo è espresso in Premessa al provvedimento: “Per sua stessa natura ... il Santuario è un luogo dove la proclamazione della Parola di Dio, la celebrazione dei Sacramenti ... e le testimonianze della Carità esprimono il grande impegno della Chiesa per l’Evangelizzazione”. Mutano i luoghi dell’evangelizzazione, ecco perché la Chiesa deve mostrarsi sempre fedele alla tradizione, ma capace di adattarsi alle circostanze di tempo e di luogo che la storia modifica costantemente.

La scelta di pubblicare anche un atto di una chiesa particolare, quale il decreto dell’Arcivescovo di Monreale, in Sicilia, che costituisce indubbiamente un’eccezione per la Rivista, è conseguenza dell’importanza simbolica della materia trattata. Il divieto per chiunque faccia parte, aderisca o comunque abbia rapporti di connivenza con la mafia di fare da padrino al battesimo e/o alla cresima costituisce un atto importante. Esso, infatti, segna una presa di distanza rispetto ai fenomeni criminali, cui va dato il giusto risalto. Per una volta ancora, si afferma l’irriducibile alterità tra fede cristiana e fenomeno mafioso.

Nella parte giurisprudenziale, la Rivista pubblica una interessante sentenza *coram* Sciacca della Rota romana in tema di timore.

# Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco *Sanctuarium in Ecclesia*

## con la quale si trasferiscono le competenze sui Santuari al Pontificio Consiglio per la Promozione della Nuova Evangelizzazione

1. Il Santuario possiede nella Chiesa una «grande valenza simbolica»<sup>1</sup> e farsi pellegrini è una genuina professione di fede. Attraverso la contemplazione dell'immagine sacra, infatti, si attesta la speranza di sentire più forte la vicinanza di Dio che apre il cuore alla fiducia di essere ascoltati ed esauditi nei desideri più profondi<sup>2</sup>. La pietà popolare, che è una «autentica espressione dell'azione missionaria spontanea del Popolo di Dio»<sup>3</sup>, trova nel Santuario un luogo privilegiato dove poter esprimere la bella tradizione di preghiera, di devozione e di affidamento alla misericordia di Dio inculturati nella vita di ogni popolo.

Fin dai primi secoli, infatti, si pensò al pellegrinaggio anzitutto verso i luoghi dove Gesù Cristo aveva vissuto, annunciato il mistero dell'amore del Padre e, soprattutto, dove si trovava un segno tangibile della sua risurrezione: la tomba vuota. I pellegrini, successivamente, si misero in cammino verso i luoghi dove, secondo le diverse tradizioni, si trovavano le tombe degli Apostoli. Nel corso dei secoli, infine, il pellegrinaggio si estese anche a quei luoghi, diventati ormai la maggioranza, dove la pietà popolare ha toccato con mano la misteriosa presenza della Madre di Dio, dei Santi e dei Beati<sup>4</sup>.

2. I Santuari permangono fino ai nostri giorni in ogni parte del mondo come segno peculiare della fede semplice e umile dei credenti, che trovano in questi luoghi sacri la dimensione basilare della loro esistenza credente. Qui sperimentano in modo profondo la vicinanza di Dio, la tenerezza della Vergine Maria e la compagnia dei Santi: un'esperienza di vera spiritualità che non può essere svalutata, pena il mortificare l'azione dello Spirito Santo e la vita di grazia. Molti Santuari sono stati a tal punto percepiti come parte della vita delle persone, delle famiglie e delle comunità da aver plasmato l'identità di intere generazioni, fino ad incidere sulla storia di alcune nazioni.

Il grande afflusso di pellegrini, la preghiera umile e semplice del popolo di Dio alternata alle celebrazioni liturgiche, il compiersi di tante grazie che molti credenti attestano di aver ricevuto e la bellezza naturale di questi luoghi permettono di verificare come i Santuari, nella varietà delle loro forme, esprimono un'opportunità insostituibile per l'evangelizzazione nel nostro tempo.

---

<sup>1</sup> Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, *Direttorio su pietà popolare e liturgia. Principi e orientamenti*(2002), 263.

<sup>2</sup> Cfr V Conferenza Generale dell'Episcopato Latino-americano e dei Caraibi, *Documento di Aparecida*, 29 giugno 2007, 259.

<sup>3</sup> Esort. ap. *Evangelii gaudium*, 122.

<sup>4</sup> Cfr Pontificio Consiglio della pastorale per i Migranti e gli Itineranti, *Il pellegrinaggio nel grande Giubileo del 2000*(25 aprile 1998), 12-17.



3. Questi luoghi, nonostante la crisi di fede che investe il mondo contemporaneo, vengono ancora percepiti come spazi sacri verso cui andare pellegrini per trovare un momento di sosta, di silenzio e di contemplazione nella vita spesso frenetica dei nostri giorni. Un desiderio nascosto fa sorgere in molti la nostalgia di Dio; e i Santuari possono essere un vero rifugio per riscoprire sé stessi e ritrovare la necessaria forza per la propria conversione. Nel Santuario, infine, i fedeli possono ricevere un sostegno per il loro cammino ordinario nella parrocchia e nella comunità cristiana. Questa osmosi tra il pellegrinaggio al Santuario e la vita di tutti i giorni è un valido aiuto per la pastorale, perché le consente di ravvivare l'impegno di evangelizzazione mediante una testimonianza più convinta. Pertanto, camminare verso il Santuario e partecipare alla spiritualità che questi luoghi esprimono sono già un atto di evangelizzazione, che merita di essere valorizzato per il suo intenso valore pastorale<sup>5</sup>.

4. Per sua stessa natura, dunque, il Santuario è un luogo sacro dove la proclamazione della Parola di Dio, la celebrazione dei Sacramenti, in particolare della Riconciliazione e dell'Eucaristia, e la testimonianza della carità esprimono il grande impegno della Chiesa per l'evangelizzazione; e perciò si caratterizza come genuino luogo di evangelizzazione, dove dal primo annuncio fino alla celebrazione dei sacri misteri si rende manifesta la potente azione con cui opera la misericordia di Dio nella vita delle persone.

Attraverso la spiritualità propria di ogni Santuario, i pellegrini sono condotti con la "pedagogia di evangelizzazione"<sup>6</sup> ad un impegno sempre più responsabile sia nella loro formazione cristiana, sia nella necessaria testimonianza di carità che ne scaturisce. Il Santuario, inoltre, contribuisce non poco all'impegno catechetico della comunità cristiana;<sup>7</sup> trasmettendo, infatti, in modo coerente ai tempi il messaggio che ha dato inizio alla sua fondazione, arricchisce la vita dei credenti, offrendo loro le ragioni per un impegno nella fede (cfr 1 Ts 1,3) più maturo e consapevole. Nel Santuario, infine, si spalancano le porte ai malati, alle persone disabili e, soprattutto, ai poveri, agli emarginati, ai rifugiati e migranti.

5. Alla luce di queste considerazioni risulta chiaro che i Santuari sono chiamati a svolgere un ruolo nella nuova evangelizzazione della società di oggi e che la Chiesa è chiamata a valorizzare pastoralmente le mozioni del cuore che si esprimono attraverso le peregrinazioni ai Santuari e ai luoghi di devozione.

Perciò, volendo favorire lo sviluppo della pastorale che viene svolta nei Santuari della Chiesa, ho deciso di trasferire al Pontificio Consiglio per la Promozione della Nuova Evangelizzazione le competenze che, in virtù dell'art. 97, 1° della Cost. ap. *Pastor Bonus*, erano finora attribuite alla Congregazione per il Clero e anche quelle previste nell'art. 151 della medesima Costituzione riguardo ai viaggi per motivi di pietà, senza pregiudizio, però, dei compiti delle legittime Autorità ecclesiastiche e di quelli che, in virtù di leggi speciali, spettano ad altri organismi nei confronti di determinati Santuari.

Di conseguenza, stabilisco che in avvenire sarà compito del Pontificio Consiglio per la Promozione della Nuova Evangelizzazione:

---

<sup>5</sup> Cfr Esort. ap. *Evangelii gaudium*, 124.126.

<sup>6</sup> Paolo VI, Esort. ap. *Evangelii nuntiandi*, 48.

<sup>7</sup> Cfr Pontificio Consiglio della pastorale per i Migranti e gli Itineranti, *Il Santuario, memoria, presenza e profezia del Dio vivente* (8 maggio 1999), 10.

- a) l'erezione di Santuari internazionali e l'approvazione dei rispettivi statuti, a norma dei cann. 1232-1233 CIC;
- b) lo studio e l'attuazione di provvedimenti che favoriscano il ruolo evangelizzatore dei Santuari e la coltivazione in essi della religiosità popolare;
- c) la promozione di una pastorale organica dei Santuari come centri propulsori della nuova evangelizzazione;
- d) la promozione di incontri nazionali e internazionali per favorire un'opera comune di rinnovamento della pastorale della pietà popolare e del pellegrinaggio verso luoghi di devozione;
- e) la promozione della specifica formazione degli operatori dei Santuari e dei luoghi di pietà e devozione;
- f) la vigilanza affinché venga offerta ai pellegrini, nei luoghi di percorrenza, una coerente e sostenuta assistenza spirituale ed ecclesiale che permetta il maggiore frutto personale di queste esperienze;
- g) la valorizzazione culturale e artistica dei Santuari secondo la *via pulchritudinis* quale modalità peculiare dell'evangelizzazione della Chiesa.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera apostolica in forma di *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 mediante la pubblicazione sul quotidiano *L'Osservatore Romano*, entrando in vigore quindici giorni dopo la promulgazione, e quindi inserito negli *Acta Apostolicae Sedis*.

*Dato nella Città del Vaticano l'11 febbraio 2017, Memoria liturgica di Nostra Signora di Lourdes, anno IV di pontificato.*

**Francesco**

## Arcidiocesi di Monreale

### Decreto

E' usanza antichissima della Chiesa dare al battezzando un padrino o una madrina, il cui compito, grave e delicato, è assisterlo, se adulto, nell'iniziazione cristiana, e presentarlo al battesimo con i genitori, se bambino, e parimenti cooperare affinché conduca una vita cristiana conforme al battesimo.

Anche il cresimando, per quanto possibile, è previsto che sia assistito da un padrino, il cui compito è provvedere che si comporti come vero testimone di Cristo e adempia fedelmente gli obblighi inerenti allo stesso sacramento.

Il can. 874 del Codice di diritto canonico prevede che per essere ammesso all'incarico di padrino vi sia una condotta di vita conforme alla fede e all'incarico che si assume. Tutti coloro che, in qualsiasi modo deliberatamente, fanno parte della mafia o ad essa aderiscono o pongano atti di connivenza con essa, debbono sapere di essere e di vivere in insanabile opposizione al Vangelo di Gesù Cristo e, per conseguenza, alla sua Chiesa.

Pertanto, visti i cann. 8723, 874, 892 e 893 C.I.C.;  
sentito il Consiglio presbiterale;

#### DECRETO

che non possono essere ammessi all'incarico di padrino di battesimo e di cresima coloro che si sono resi colpevoli di reati disonorevoli o che con il loro comportamento provocano scandalo; coloro che appartengono ad associazioni di stampo mafioso o ad associazioni più o meno segrete contrarie ai valori evangelici ed hanno avuto sentenza di condanna per delitti non colposi passata in giudicato.

Dato a Monreale il 15 marzo 2017

Michele Pennisi  
Arcivescovo

## Rotae Romanae Tribunal – Triveneti seu Veronensis – Nullitatis Matrimonii – 9 gennaio 2009 – coram Sciacca

### Matrimonio – Nullità del matrimonio – Consenso – Libertà del – Timore

#### FACTI ADUMBRATIO

(*Omissis*) 1. - De quo controvertitur matrimonium - et quidem in praesentiarum in secundo iudicii gradu, cum sub die 11 iunii 2005 prolata est a Tribunale Reg. Triveneto affirmativa sententia ob vim et metum viro actori incussum atque ex can. 1682 § 2 Nostro Decreto diei 20 apr. 2007 remissa est causa ad ordinarium alterius gradus examen - celebratum est, viri matre instante, die 25 sept. 1982 Veronensi in paroeciali ecclesia B. M. Auxiliatrici dicata, inter F., vigesimum sextum annum suae aetatis agentem, et 'O.', quattuor annis minorem natu, perlongam post sponsaliciam conversationem, libenter inceptam, quam produxerant partes in iuvenili aetate ambo constitutae, conventa immo adhuc adolescente.

2. - Ast, si diu perduravit sponsaliciam (8 fere annos), celerrima fuit e contra coniugalis convictus conclusio, quae vix quindecim elapsis mensibus ab inito sacro foedere evenit, per viri discessum, anno vero 1983 volvente.

Sub die 26 nov. 1987 'civile' sic dictum divortium sequutum est.

3. - Esto obiter, notatu dignum quod vir, iam anno 1996, obtentaverat obtinere nullitatis matrimonii declarationem ex capite de quo in can. 1095, 2 et 3, quoad seipsum actorem, sed frustra, cum die 11 febr. 1999, aditum Tribunal pro valido statuisset vinculo.

4. - Libello oblato die 27 maii 2002, denuo ipsemet vir ministerium ecclesiastici Iudicis expostulavit nullitate accusans suum matrimonium et quidem ex can. 1103, circa nempe vim et metum sibimet incussum, cuius contentum – uti sane pernotum - substantialiter congruit cum can. 1087, veteris Codicis sub cuius imperio contractae fuere nuptiae.

5. - Primi gradus Tribunal, Regionale videlicet Trivenetum, instructione causae rite expleta, supra memorata sententia, placitis favit viri actoris, qui, plene fidens in Apostolici Tribunalis tuta iustitia, per saltum, uti dicitur, ad Romanam Rotam legitimam interposuit appellationem: exinde Nobis, ad normam can. 1682 § 2 peragendum fuit

6. - Suppleta istructione ad nonnullas diluendas difficultates per auditionem actoris et unius testis, dubio die 31 maii 2007 D. Ponentis concordato, videlicet "an constet de nullitate matrimonii in casu ob vim et metum actori incussum", Nobis hodie respondendum est.

#### IN IURE

7. - In casu proposito, quod ad meritum spectat, agitur de metu, et quidem de metu reverentiali, de quo in can. 1103, cuius doctrina et iurisprudencia est exploratissima: dein heic satis erit nonnulla dumtaxat essentialia recolligere in puncto iuris lineamenta.

Sciens etenim Ecclesia quanti faciendum sit vinculum amoris in matrimonio et quomodo nullus detur amor sine libertate, cupiens voluntatem nubendi, cum respi-

ciat contractum qui gravissima secumfert onera, quique perpetuum gignit vinculum, expertem esse debere a coactione nullum statuit esse matrimonium absque libertate consensus initum.

8. - Metus - quem ex classica definitione scimus esse mentis trepidationem ob instantem vel futurum periculum - dirimens verificatur quoties ornetur gravitate atque extrinsecitate, necnon detur (ac probetur) nexus causalitatis inter metum incussum et nuptias, ineundas prouti medium necessarium, idest coactum, ad se liberandum a illo gravi 'ab extrinseco, etiam haud consulto' incusso timore.

Aliis verbis in metu quem vocitant "communem" malum, saltem relative, grave esse debet, quale fertur a iurgiis, verberis, minis, verberum, eiectionis, exheredationis, infamiae, necis, et ita porro; in metu autem "reverentialem" satis sit ut reverentiae aliquid accedat aliud, ad voluntatem expugnandam, seu preces, instantiae, suasiones repetitae et importunae, indignatio, quae duratura fore praevideatur, vel animus metum incutientis firmiter determinatus ad id obtinendum.

9. - Ex hisce liquet quod metus gravitas metiri debet nedum obiectiva sub specie, quoad nempe comminati mali obiectum, ast sedulo aestimanda sunt sive in doles, ingenium, condicio ect.tum metum agentis tum metum patientis, necnon genus relationis quae inter eosdem currit atque eos astringit: indignatio parentis, eiusdem minae, repetitae preces, instantiae et ita porro, sane alium producere valent effectum in filios attenda eorum indole, ingenio, psychica constitutione, utrum trepida ac fragili, ad obsequium prona alteriusque delectamentum an agatur de subiecto, metum patiente, a firma, constanti, immo proterva insolentique indole.

Paucis, videnda erit persedule qualitas personarum, ut concludi possit sive utrum metus habuerit locum sive de communi an reverentialem actum sit.

Aliis verbis, adsunt sive homines faciles, variis ex causis, ad animi motum atque ad oboedientiam ac reverentiam proclives, sive homines rudioris ac pervicacioris ingenii qui pressiones, esto parentum, minas, precesque importunas parvipendere immo deridere minime haesitant.

10. - Elementum subiectivum, igitur, essenziale est in ponderando hoc genus metus seu reverentialis: qui metus, re quidem vera, dari potest et prouti gravis verificari etsi absit comminatio praecisi mali, vel mali obiective gravis, datis autem peculiaribus ingenio et moribus metum patientis, qui diuturnis precibus, instantiis, pulsionibus minime resistere valet.

## IN FACTO

11. - Uti iam scripsimus in Nostro Rotali Decreto diei 20 apr. 2007, quo causa ad ordinarium alterius gradus examen remissa est, primi gradus sententia tenet virum contraxisse, invitum, propter matris vehementem impulsionem ad ineundas nuptias sine ulla mora quavis dilatione remota, potissimum attento, enimvero, quod vir erga matrem arctissimo vinculo propensionis ac submissionis prorsus astringebatur, sive ob ipsius viri trepidantem animum debilemque voluntatem, sive ob matris imperiosum ingenium.

12. - "E' fondamentale stabilire - edixere RR. Giudices Tribunalis Triveneti - il nesso causale fra le pressioni materne e la decisione coniugale...La sua (actoris) fragilità psicologica, il rapporto di soggezione con la madre, le effettive e pesanti pressioni di quest'ultima risultano determinanti nella scelta matrimoniale ... In sintesi - pergit appellata sententia - al Collegio giudicante risulta provato sia lo stato di dipendenza dell'attore dalla madre; sia la contrarietà dello stesso attore al matrimonio; sia l'azione coattiva della madre per spingere il figlio a non interrompere i preparativi per le

nozze; sia infine la relazione causale tra azione coattiva e decisione matrimoniale”.

13. - Ad rem, continuo memorari praestat quod vir – uti recolimus in factis specie - iam accusaverat vinculi nullitatem ob propriam incapacitatem consensualem, quae, si in praecedenti iudicio non satis probata fuit, attamen palam significatur quidam gradus psychicae debilitatis - licet gravitatem non attingens nec veram anomaliam denotans – viri proni ac proclivis ab abdicandum voluntati alterius, matris in casu.

“I miei genitori - scripserat vir in libello die 27 maii 2002 porrecto – di principi severi e rigidi, pretendevano dai figli rispetto ed obbedienza assoluta. Era mio padre che dettava le regole e mia madre si adoperava perché fossero sistematicamente rispettate...per loro era inccepibile avviare un rapporto sentimentale senza ufficializzarlo come fidanzamento e concluderlo poi con il matrimonio. In particolare, nel mio caso – prosequitur actor – era assolutamente doveroso sposare O. alla quale, soprattutto mia madre si era molto affezionata anche grazie ai suoi brillanti risultati scolastici (aliter ac vir, ad rem exiguus) e professionali che la rendevano ai suoi occhi particolarmente meritevole. Dopo lo slancio iniziale, però, i miei sentimenti si erano affievoliti... (Quamobrem) a nozze già organizzate, la grave malattia di cui era affetta la madre di O., sembrò comportare la necessità di un rinvio che a me offriva l’occasione per sospendere lo sposalizio che, a quel punto, non volevo più celebrare... Ma quando mia madre conobbe tale decisione, apriti cielo! Ella cominciò a porre in essere una incessante sequela di insistenze, pressioni, argomentazioni, vincendo tutte le mie debolissime resistenze e, alla fine, come del resto avevo sempre fatto, mi adattai a seguire la sua volontà”.

14. - Etenim actor, sua ex parte, se tenet ‘insicuro, di pochissima fiduca in me stesso. Purtroppo mi appoggiai quasi esclusivamente ai suggerimenti della mamma... In genere sono stato sempre indeciso... mi sono lasciato guidare dalla madre e dal fratello maggiore”.

15. - Mater ipsa, metum incutiens, admittit:

“confesso che io ho fatto di tutto, fino ad umiliarmi, perché non si attuasse il rinvio di cui avevano parlato...mi sono opposta con forza al rinvio... ero assolutamente convinta che questo matrimonio si doveva fare, e per questo ho fatto pressioni sia su F., sia su O. perché questo matrimonio si facesse e si facesse subito”.

16. - “Riconosco che soprattutto da parte di sua madre vi era un atteggiamento estremamente protettivo, secondo me in maniera eccessiva, fino a pilotarlo nelle sue scelte e a lasciargli ben poco spazio nel determinarsi in maniera autonoma”, deponit Maria, viri matertera ( cui concinunt testes Susanna et Aloisius)... Appena la madre di F. seppe di questa intenzione (postergandi nempe matrimonium aegritudinis causa matris conventae) cioè di rinviare la data delle nozze, si dette da fare su tutti i fronti e in maniera particolarmente insistente perché ciò non si verificasse. Voleva a tutti i costi che la data di nozze fosse mantenuta ... Mia sorella aveva paura ... che dal rinvio si passasse alla revoca delle nozze”.

17. - Quam, revera, actor tenet prouti propriam intentionem, sicuti ipsemet nedum ex suprarelato libello, sed tempore quidem non suspecto, pendente causa de incapacitate, perito ex off. candide confessus erat, uti perspicue adnotaverat appell. sententia:

“Non va sottovalutata la trascrizione del colloquio dell’attore con il perito d’ufficio (quando perciò evidentemente non era ancora stato previsto il capo attuale del timore): “A quel punto appreso della malattia della madre, O. propose di rimandare le nozze ed io, quasi felice, ero sul punto di accettare perché mi piaceva rinviarle; in cuor mio non mi sentivo di affrontare il passo e ritenevo vi fosse negli eventi che si succedevano, un segnale chiaro del destino che mi indicava che dovevo lasciar

perdere. Non avevamo però fatto i conti con mia madre”.

18. - Non parvi ponderis - ad hoc, scil. ad probandam fragilem viri indolem quae ferax novale obtulit maternis impulsionebus pro nuptiis sine ambagibus celebrandis – sunt, procul dubio, attento quod exaratae fuerunt tempore non suspecto, cum pendebat praefata causa circa viri praetensam incapacitatem consensualem, relationes peritales, una ex parte exarata a d.re J.P. G., ex. off. altera, dr.is P. G. M..

Asserit Peritus G.:

“Il sig. F. ha presentato nella coppia maggiori elementi di fragilità personale, originati da un sentimento di inferiorità molto precoce, alimentato da dinamiche familiari, vissute sempre in chiave lesiva nei suoi riguardi... ha mantenuto una profonda insicurezza interiore... ritengo che al momento delle nozze vi fosse nel sig. F. un grave vissuto nevrotico con intensi sentimenti di inferiorità, sfiducia nelle proprie capacità ed immaturità affettiva...”.

Quibus assertis congruit, ipsis fere verbis, relatio ex off. dr.is P. G. M., ubi inter alia legitur:

“La madre del periziando condizionò ogni scelta del soggetto, gli impedì il raggiungimento del senso di responsabilità e di autonomia di uomo adulto, conseguentemente il figlio si rimetteva costantemente alle sue decisioni e si appoggiava quasi totalmente a lei... Ritengo che al momento delle nozze vi fosse nel sig. T. un grave vissuto nevrotico di immaturità affettiva.

19. - “Questa valutazione diagnostica - adnotavere RR. Judices Trib. Triveneti in appellata affirmativa sententia - quantunque non necessariamente porti alla conclusione di incapacità consensuale, deve essere comunque tenuta nel debito conto in riferimento ad un elemento qualificante del procedimento in atto, cioè la tipologia del rapporto fra madre e figlio, un rapporto condizionante al di là del consueto e reso possibile sia dalla vulnerabilità del figlio che dalla personalità della madre, la quale appare come una persona decisa, dalla volontà forte, una donna capace di esercitare un forte ascendente sul figlio”.

In hisce habemus quae satis ostendere valent voluntatem actoris imparem fuisse resistendi voluntati matris, siquidem heic non est sermo de omnimoda consensuali incapacitate quae, iam accusata, negativam rettulit sententiam, sed de vulnerato consensu, ob reverentialem metum.

20. - Circumstantiae ipsae thesi actoris haud obstare viderentur, et cum primis subitanea finis coniugalis convictus a viro effecta, necnon pressiones ex parte matris viri pro coniugali convictu proseguendo.

21. - Credibilitas viri plene a primi gradus Judicibus agnoscitur, siquidem - muliere ipsamet fatente - vir noluit dare expetenti mulieri conspicuam pecuniae summam: “Quando ho saputo che F. aveva intenzione di iniziare una nuova causa di nullità dopo l’esito negativo della prima – responderat mulier conventa Judici interroganti, quodammodo experiens, tali modo, semetipsam iustificare – ovviamente ho avuto una reazione di disappunto per ciò che io ritenevo una perdita di tempo. Ed è stato proprio per mettere in evidenza che ritenevo una perdita di tempo questa nuova causa, con nuove udienze e convocazioni, che gli ho detto che, se lui mi dovesse risarcire tutto il tempo che ho perso come professionista, dovrebbe darmi almeno 20 milioni”. Ita mulier.

Quam ob rem, optimo quidem iure, Appellati Judices adfirmaverunt:

“Il fatto che F. rifiuti ogni compromesso in questo senso nonostante il suo vivo desiderio della nullità, depone invece per sincerità di quest’ultimo”.

22. - PP. Domini, attamen, censuerunt oculos sedulo vertendos esse ad peculia-

rem diluendam difficultatem circa nempe non satis manifestam aversionem viri in mulierem aut in nuptias ipsas, uti videtur apparere ex depositionibus testis N.: “F. manifestava maggiormente di essere innamorato di O.”; vel ex quibusdam ipsius actoris verbis, hac illac prolatis: “...le volevo bene... mi rendevo conto che questa (zelotypia) denotava il mio profondo legame per lei”.

23. - Quam ob rem ad quamlibet dubitationem fugandam ac moralem certitudinem, in tanti negotii rem, adipiscendam, causam ad alterius gradus remiserunt examen, ut per profundiorum investigationem in nova instructione perficiendam, plena veritatis processualis splendescere posset lux.

24. - Et quidem vir actor, iterum auditus, sibimet constans firmo mansit sermone: “Mi viene letta la mia deposizione: la confermo. Inizialmente i miei sentimenti nei confronti di O. erano forti: mi piaceva soprattutto fisicamente. Nel corso del fidanzamento cominciarono a darmi fastidio alcuni suoi atteggiamenti; ciò era dovuto in parte alla mia gelosia, in parte perché notavo che O. tendeva a pavoneggiarsi quando qualcun altro le faceva degli apprezzamenti. Anche l’abbigliamento divenne talvolta motivo di contrasto. In questo ammetto che ero totalmente succube delle indicazioni di mia madre, non solo rivolte al mio modo di vestire, ma anche a quello di O. P.e. insistesse con me fino allo stremo perché O. si lasciasse crescere i capelli lunghi. Ciò creava disappunto perché O. non sempre accettava le disposizioni di mia madre ed io mi trovavo così fra due fuochi”.

25. - Vir, igitur, in sua enarratione, nectum operavit discrimen inter verum amorem, qui nuptialem aversionem respuit et praevalens physicum invitamentum, quod pertinet ad consummandas libidines cum socia atque prorsus potest plene coexistere cum aversione, sive in nuptias ipsas sive in sociam prorsus libidinis.

26. - De aversione deposuerat, inter alios, testis S., ex quibus adseverationibus erui potest et viri quaedam mulierositas, quae aversionem in conventam ulterius probat: “Sia dalle sue confidenze sia dai suoi atteggiamenti era chiaro che F. non era innamorato di O.... un segno chiaro che il rapporto di F. con O. non era intenso è dato dal fatto che lui non disdegnava di coltivare contemporaneamente altre relazioni. Io stessa sono stata per un certo periodo, mi pare circa due mesi, in relazione affettiva con lui, precisamente verso la fine del 1981”.

27. - “Nel corso del fidanzamento – prosequitur actor in suo vadimonio coram Rota – emerse anche una differenza di carattere. Mentre io ero affettuoso e mi aspettavo che anche O. lo fosse con me, e che cambiasse in questo senso. Anzi le cose peggiorarono quando fu assunta a lavorare in banca. Lei infatti era totalmente presa dal lavoro e dalle novità, ed io mi sentivo trascurato. A volte si spingeva anche a fare confronti tra la sua bravura e la mia capacità di emergere... Mi sentii non solo trascurato ma anche svalutato”.

28. - Hisce positis nihil mirum si – uti pergit vir in vadimonio praesentis iudicii gradus – “i miei sentimenti nei riguardi di O. erano radicalmente mutati, rispetto all’inizio del fidanzamento. Anche relazioni con altre ragazze mi avevano fatto prendere coscienza che lei non era la persona che volevo sposare. Nello stesso tempo non avevo il coraggio, né allora c’era la possibilità, di affrontare direttamente mia madre. Mia madre infatti aveva già deciso che mi sarei sposato con O. Temevo reazioni spropositate da parte sua. Preciso che già mi era capitato di subire un “lavaggio del cervello” perché una volta, al mare, le avevo confidato di essermi innamorato di un’altra ragazza e di voler lasciare definitivamente O., ma mia madre fu irremovibile. L’unica arma che riuscii ancora ad usare fu quella di inventare scuse per rimandare il più possibile la data del matrimonio. Presi per esempio la scusa dell’appartamento che



mi era stato proposto dai miei, dicendo che non era adatto. Io non volevo sposarla; il problema semmai era farlo capire a mia madre e ad O.”

29. - Quoad vehementiam atque asperrimam matris indolem - quae tantum potuit in virum, quem a relatione peritali, non suspetco tempore peractam, scimus pronum, a fluxo ingenio, debilem et matri valde adstrictum, nefarium eloquentissimumque exstat exemplum, in eo quod, adserente viro minime contradicto: “mia madre arrivò al punto di far abortire la fidanzata di mio fratello”.

30. - Nova coram Rota audita est testis nempe Nives, quae plene confirmat debilem viri characterem, qui imperiosae matri facile agenti praebebat provinciam, et viri aversionem in mulierem:

“Ho conosciuto circa nel 1990 il sig. F. ... era un ragazzo molto buono, in quanto tale era succube della madre, che era una madre-padrone, nel senso che secondo me era lei a gestire tutta la famiglia. F. in ogni sua scelta teneva sempre presente il parere della madre, e si prodigava a non dispiacerla. Anche quando F. litigava con lei, comunque ritornava sulle sue posizioni e la ascoltava. Lui a volte brontolava, ma di fatto la teneva come punto fisso. F. era succube della madre; il padre era presente, ma meno influente... F. aveva un carattere buono, sostanzialmente normale. Era certamente insicuro, come me si apriva... Segni d'affetto tra loro, nonostante li frequentassi spesso, non ne ho mai visto... non si spingevano più di un semplice abbraccio... col trascorrere del fidanzamento si notava che era sempre più freddo nei suoi confronti”.

Ex toto igitur complexu causae, aversione ex parte viri actoris in mulierem probata, necnon eiusdem actoris credibilitate, censuerunt PP.DD. de invitis nuptis certo constare.

31. - Hisce omnibus tum in iure tum in facto sedulo perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentens et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, declaramus, decernimus ac definitive sentiantiamus, proposito dubio respondententes:

AFFIRMATIVE, SEU CONSTARE DE NULLITATE MATRIMONII, IN CASU, OB VIM ET METUM VIRO ACTORI INCUSSUM. (*OMISSIS*)

## Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e Legislazione Civile di questo numero della Rivista, dopo un interessante contributo in merito alla pubblicazione del D.Lgs. 19 gennaio 2017 n. 5, sull'adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76, riporta un'ampia raccolta giurisprudenziale.

Con la sentenza n. 3315 dell'8 febbraio 2017 della Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, viene stabilito che il requisito della convivenza ultratriennale dei coniugi, può e deve essere smentito solo da una "prova contraria" "a carico" di chi agisce per la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, una volta che sia incontestata la fissazione di una comune residenza anagrafica dei coniugi e la volontà di instaurare un rapporto coniugale affettivo.

Di pari interesse, risulta essere la sentenza n. 5250 del 1° marzo 2017 della Corte di Cassazione, anche in questo caso della Prima Sezione Civile che stabilisce il principio secondo cui non è da ritenersi contraria all'ordine pubblico internazionale la rettifica in Italia, in conformità al corrispondente atto straniero già validamente rettificato, dell'atto di nascita di un minore registrato come figlio originariamente solo di una persona italiana e, successivamente, anche di un'altra, avente la stessa nazionalità, che, pur non avendo con lo stesso alcun rapporto biologico, aveva con la prima contratto matrimonio all'estero.

Interessante e di grande attualità, la sentenza del 20 aprile 2017 del Tribunale Civile di Milano in cui si afferma che la previsione di cartelli con la scritta "per ragioni di sicurezza è vietato l'ingresso a volto coperto", accompagnati da tre immagini con persone con casco, passamontagna e burqa, ciascuno barrato da una crocetta, affissi in attuazione di una disposizione regionale, non determinano alcuna discriminazione diretta o indiretta, in quanto si tratta di un divieto legato in modo necessario e proporzionato ad esigenze di sicurezza.

La sentenza 1 giugno 2017 del Tribunale Civile di Roma - Terza Sezione Lavoro, afferma che, purché non si riscontri una vera e propria attività di spettacolo, è escluso l'obbligo contributivo in caso di manifestazioni organizzate a fini socioeducativi svolte da associazioni religiose riconosciute dalle confessioni con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese, nonché da associazioni di volontariato di cui alla legge n. 266/91, da associazioni di promozione sociale di cui alla legge n. 383/2000.

La sezione si arricchisce con una nota del Dott. Paolo Di Marzio alla sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 della Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, che ha stabilito che un bambino può essere giuridicamente figlio di due madri. È stata inoltre pubblicata una nota della dott.ssa Noemi Carmen Cafaro in tema di trascrizione del matrimonio ebraico a margine del decreto 22 febbraio 2016 del Tribunale di Milano, già edito nel n. 1-2016 di questa Rivista.

La sezione si conclude con il testo dell'Interpellanza parlamentare del 28 febbraio 2017, n. 2-01685, a firma dell'on. Renato Brunetta, presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, nonché al Ministro della Giustizia, inerente i possibili riflessi della riforma del processo matrimoniale canonico sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche, con particolare riferimento alla prassi, adottata dal Tribunale della Rota Romana, di

nominare *ex officio* gli avvocati delle parti. Il testo dell'interpellanza parlamentare, integrato con il resoconto della discussione che si è svolta presso la Camera dei Deputati, è arricchito dal commento di Raffaele Santoro.

**D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 - Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76.**

**Unioni civili – Persone dello stesso sesso – Richiesta di costituzione dell'unione civile – Verifiche – Registrazione – Costituzione per delega – Iscrizione nel registro delle unioni civili – Annotazioni – Domanda di rettificazione di attribuzione di sesso**

Fonte: GU n. 22 del 27.01.2017.

Art. 1

*Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396*

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, comma 3, secondo periodo, dopo le parole: «n. 91,» la parola: «e» è soppressa e dopo le parole: «per la celebrazione del matrimonio» sono inserite le seguenti: «e per la costituzione delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76»;

b) all'articolo 6, comma 1, dopo le parole: «il coniuge,» sono inserite le seguenti: «la persona a lui unita civilmente,»;

c) all'articolo 10, comma 1, dopo le parole: «i matrimoni» sono inserite le seguenti: «, le unioni civili»;

d) all'articolo 12, comma 2, primo periodo, dopo la parola: «matrimonio» sono inserite le seguenti: «, unione civile»;

e) all'articolo 16 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Matrimoni celebrati e unioni civili costituite all'estero»;

2) al comma 1, il primo periodo è sostituito dal seguente: «Il matrimonio e l'unione civile all'estero, quando gli sposi o le parti dell'unione civile sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero, possono essere celebrati o costituiti innanzi all'autorità diplomatica o consolare competente, oppure innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo.»;

f) all'articolo 17, secondo periodo, dopo le parole: «di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o dell'unione civile» e dopo le parole: «se gli sposi» sono inserite le seguenti: «o le parti dell'unione civile»;

g) all'articolo 19, comma 2, dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite

le seguenti: «e delle unioni civili costituite»;

h) all'articolo 26, comma 1, secondo periodo, dopo le parole: «l'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o dell'unione civile»;

i) all'articolo 49, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) la lettera f) è sostituita dalla seguente: «f) gli atti di matrimonio e le sentenze dalle quali risulta l'esistenza del matrimonio, gli atti di costituzione dell'unione civile, iscritta anche ai sensi dell'articolo 70-octies, comma 5, e le sentenze dalle quali risulta l'esistenza dell'unione civile;»;

2) alla lettera g) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e quelle che pronunciano la nullità o lo scioglimento dell'unione civile»;

3) alla lettera g-bis) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole:

«e quelli conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile»;

4) alla lettera g-ter) dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «e quelli di scioglimento dell'unione civile»;

l) dopo l'articolo 62 le parole: «Capo IV Della registrazione relativa agli atti di matrimonio» sono sostituite dalle seguenti:

«Capo IV Della registrazione relativa agli atti di matrimonio e di unione civile»;

m) all'articolo 63 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 1:

a) alla lettera a) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite davanti a lui e quelle di cui all'articolo 70-octies, comma 5»;

b) alla lettera b) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite fuori dalla casa comunale a norma dell'articolo 70-novies»;

c) alla lettera c) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, e le unioni civili costituite in imminente pericolo di vita di una delle parti a norma dell'articolo 70-decies»;

d) alla lettera d) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, e le unioni civili costituite per delega a norma dell'articolo 70-quater»;

e) alla lettera f) dopo la parola: «matrimoni» sono inserite le seguenti: «e di costituzione delle unioni civili»;

f) dopo la lettera g-ter) sono aggiunte le seguenti:

«g-quater) gli accordi di scioglimento dell'unione civile ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di scioglimento;

g-quinquies) la manifestazione congiunta di volontà di scioglimento dell'unione civile, a norma dell'articolo 1, comma 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76, ovvero la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile di una sola parte a norma della predetta disposizione, previamente comunicata all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea;

g-sexies) la dichiarazione con la quale le parti, dopo la costituzione dell'unione civile, dichiarano di voler assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi o di anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso.»;

2) al comma 2:

a) alla lettera b) dopo le parole: «codice civile,» sono inserite le seguenti: «e delle unioni civili costituite per delega ai sensi dell'articolo 70-quater,» e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o delle parti dell'unione civile»;

b) dopo la lettera b) è inserita la seguente:

«b-bis) gli atti di costituzione di unione civile avvenuti in un comune scelto dalle parti, trasmessi all'ufficiale dello stato civile dei comuni di residenza delle parti;»;

c) alla lettera c) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e le unioni civili costituite all'estero»;

d) dopo la lettera c) è inserita la seguente: «c-bis) gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero;»;

e) alla lettera d) dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o le unioni civili costituite»;

f) alla lettera e) dopo le parole: «degli sposi» sono inserite le seguenti: «e gli atti e i processi verbali di costituzione delle unioni civili avvenute in caso di imminente pericolo di vita di una delle parti dell'unione civile»;

g) alla lettera f) sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o dell'unione civile»;

h) dopo la lettera g) è inserita la seguente:

«g-bis) le sentenze e gli altri atti con cui si pronuncia all'estero la nullità, lo scioglimento di unioni civili ovvero si rettifica in qualsiasi modo un atto dell'unione civile già iscritto o trascritto negli archivi di cui all'articolo 10;»;

i) dopo la lettera h-bis) è aggiunta la seguente:

«h-ter) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato, conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile, nonché di modifica delle condizioni dello scioglimento.»;

n) all'articolo 65 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 1, dopo le parole: «o aereo,» sono inserite le seguenti: «o se l'unione civile è costituita nell'imminente pericolo di vita di una delle parti, durante un viaggio marittimo o aereo,»;

2) al comma 2, dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o alla costituzione di unioni civili» e dopo le parole:

«degli sposi» sono inserite le seguenti: «o delle parti dell'unione civile,»;

o) all'articolo 66 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) dopo il comma 1 è inserito il seguente:

«1-bis. Nella ipotesi in cui la parte dell'unione civile non conosce la lingua italiana nonché in quelle in cui è sorda, muta, o comunque impedita a comunicare, l'ufficiale dello stato civile costituisce l'unione civile o con l'ausilio di un interprete o avvalendosi di mezzi idonei per rivolgere alla parte le domande, riceverne le risposte e darle comunicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 1, commi 11 e 12, della legge 20 maggio 2016, n. 76, e della dichiarazione di costituzione dell'unione civile tra le parti.»;

2) al comma 2 le parole: «di cui al comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «di cui ai commi 1 e 1-bis» e sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e per la costituzione dell'unione civile»;

p) all'articolo 67 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) alla rubrica dopo le parole: «matrimonio celebrato» sono inserite le seguenti: «e unione civile costituita»;

2) al comma 1 dopo le parole: «codice civile» sono inserite le seguenti: «o dall'articolo 70-quater» e dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «o per la costituzione dell'unione civile»;

q) all'articolo 68 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 1 dopo le parole: «il matrimonio» sono inserite le seguenti: «o costituito l'unione civile» e dopo le parole: «degli sposi» sono inserite le seguenti: «e

delle parti dell'unione civile»;

2) al comma 2 dopo la parola: «celebrato» sono inserite le seguenti: «o l'unione civile costituita» e dopo le parole: «dell'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «o di costituzione dell'unione civile»;

3) al comma 3, lettera b), dopo le parole: «all'estero» sono inserite le seguenti: «o della costituzione dell'unione civile avvenuta all'estero» e dopo le parole: «lo scioglimento» sono inserite le seguenti: «di un matrimonio o di una unione civile»;

r) all'articolo 69 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1 è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «i-bis) della costituzione dell'unione civile iscritta ai sensi dell'articolo 70-octies, comma 5.»;

b) dopo il comma 1 è inserito il seguente:

«1-bis. Negli atti di costituzione dell'unione civile si fa annotazione:

a) delle convenzioni patrimoniali, delle relative modificazioni, delle sentenze di omologazione di cui all'articolo 163 del codice civile, delle sentenze di separazione giudiziale dei beni di cui all'articolo 193 del codice civile, e della scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali operata in base alle vigenti norme di diritto internazionale privato;

b) della dichiarazione contenente la manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione civile resa ai sensi dell'articolo 1, comma 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76;

c) delle sentenze, anche straniere, di scioglimento dell'unione civile; di quelle che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia straniera di nullità o di scioglimento dell'unione civile;

d) degli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati, conclusi tra le parti al fine di raggiungere una soluzione consensuale di scioglimento dell'unione civile;

e) degli accordi di scioglimento dell'unione civile ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;

f) delle sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di costituzione dell'unione civile;

g) delle sentenze dichiarative di assenza o di morte presunta di una delle parti dell'unione civile e di quelle che dichiarano l'esistenza della parte di cui era stata dichiarata la morte presunta o ne accertano la morte;

h) dei provvedimenti che determinano il cambiamento o la modificazione del cognome o del nome o di entrambi e dei provvedimenti di revoca relativi ad una delle parti dell'unione civile;

i) dei provvedimenti di rettificazione.»;

s) all'articolo 70, comma 1, dopo le parole: «il matrimonio» sono inserite le seguenti: «e nel costituire l'unione civile»;

t) dopo l'articolo 70 è inserito il seguente titolo:

«Titolo VIII-bis

Della richiesta e della costituzione dell'unione civile

#### Art. 70-bis.

##### *Richiesta di costituzione dell'unione civile*

1. La richiesta di costituzione dell'unione civile è presentata all'ufficio dello stato civile del comune scelto dalle parti. Chi richiede la costituzione dell'unione civile deve dichiarare il nome e il cognome, la data e il luogo di nascita, la cittadinanza e il luogo di residenza delle parti dell'unione civile, nonché l'insussistenza delle cause

impeditive alla costituzione dell'unione di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 20 maggio 2016, n. 76.

2. L'ufficiale dello stato civile deve verificare l'esattezza della dichiarazione di cui al comma 1 e può acquisire d'ufficio eventuali documenti che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti alla costituzione dell'unione civile.

3. Ricevuta la richiesta di costituzione dell'unione civile, l'ufficiale dello stato civile redige processo verbale in cui indica l'identità delle persone comparse, la richiesta a lui fatta, le dichiarazioni delle parti o di chi le rappresenta, e lo sottoscrive unitamente ai richiedenti.

4. La richiesta di costituzione dell'unione civile può essere fatta anche all'ufficiale dello stato civile del comune di scelta delle parti da persona che ne ha avuto dalle stesse speciale incarico nei modi indicati dall'articolo 12, comma 7.

#### Art. 70-ter.

##### *Verifiche*

1. Le verifiche di cui all'articolo 70-bis, comma 2, devono essere effettuate entro trenta giorni dalla redazione del processo verbale.

Da tale data, o anche da data antecedente, se le verifiche sono completate prima e l'ufficiale dello stato civile ne ha dato obbligatoria comunicazione ai richiedenti, le parti possono presentarsi all'ufficiale dello stato civile per costituire l'unione civile.

2. Quando è accertata l'insussistenza dei presupposti o la sussistenza di un impedimento, l'ufficiale dello stato civile ne dà comunicazione alle parti e non procede alla costituzione dell'unione civile.

3. I documenti presentati o acquisiti sono registrati, dopo la costituzione dell'unione civile, negli archivi di cui all'articolo 10.

4. Quando la costituzione dell'unione civile non avviene nei centottanta giorni successivi al termine o alla comunicazione di cui al comma 1, la richiesta delle parti e le verifiche dell'ufficiale dello stato civile si considerano come non avvenute.

#### Art. 70-quater.

##### *Costituzione dell'unione civile per delega*

1. Quando vi è necessità o convenienza di costituire l'unione civile in un comune diverso da quello in cui è stata presentata la richiesta, l'ufficiale dello stato civile, completate le verifiche di cui all'articolo 70-bis, su istanza delle parti, delega per iscritto l'ufficiale dello stato civile del comune dalle stesse indicato.

#### Art. 70-quinquies.

##### *Impedimenti*

1. Quando a costituire l'unione civile osta un impedimento per il quale è stata concessa autorizzazione a termini delle disposizioni del codice civile, una delle parti dell'unione civile deve presentare copia del relativo provvedimento.

#### Art. 70-sexies.

##### *Casi particolari*

1. Quando una delle parti che chiede la costituzione dell'unione civile è un cittadino italiano residente all'estero, l'ufficiale dello stato civile al quale è fatta richiesta effettua le verifiche di cui all'articolo 70-bis, anche presso il competente ufficio consolare. Se invece la richiesta di costituzione dell'unione civile viene fatta all'autorità consolare, quest'ultima effettua le verifiche di cui all'articolo 70-bis tramite l'ufficiale



dello stato civile del comune di iscrizione anagrafica.

Art. 70-septies.

*Registrazioni*

1. I documenti che giustificano le enunciazioni contenute nel processo verbale di richiesta di costituzione dell'unione civile sono registrati, costituita l'unione civile, di seguito all'atto di costituzione dell'unione civile negli archivi di cui all'articolo 10.

Art. 70-octies.

*Costituzione dell'unione civile*

1. Trascorso il termine previsto dall'articolo 70-ter, comma 1, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla costituzione dell'unione civile.

2. Le parti, nel giorno prescelto, si presentano e rendono personalmente e congiuntamente, alla presenza di due testimoni, all'ufficiale dello stato civile del comune dove è stata presentata la richiesta, la dichiarazione di voler costituire unione civile.

3. Le parti possono dichiarare di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale dello stato civile. Possono inoltre dichiarare di scegliere il regime della separazione dei beni nei loro rapporti patrimoniali.

4. L'ufficiale dello stato civile, ricevuta la dichiarazione di cui al comma 2, fatta menzione del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, iscrive l'atto di costituzione dell'unione civile nel registro delle unioni civili.

Tale atto, dopo essere stato letto agli intervenuti, è sottoscritto dalle parti, dai testimoni e dall'ufficiale dello stato civile.

5. Nell'ipotesi di cui all'articolo 31, comma 4-bis, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, l'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, procede all'iscrizione dell'unione civile nel registro delle unioni civili con le eventuali annotazioni relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale.

Art. 70-novies.

*Costituzione dell'unione civile fuori della casa comunale*

1. Se una delle parti dell'unione civile, per infermità o per altro impedimento giustificato all'ufficio dello stato civile, è nell'impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'ufficiale si trasferisce col segretario nel luogo in cui si trova la parte impedita e, ivi, alla presenza di due testimoni, procede alla costituzione dell'unione civile.

Art. 70-decies.

*Costituzione dell'unione civile in imminente pericolo di vita*

1. Nel caso di imminente pericolo di vita di una delle parti, l'ufficiale di stato civile del luogo può procedere alla costituzione senza le verifiche di cui all'articolo 70-bis, comma 2, purché le parti prima giurino che non esistono tra loro impedimenti.

2. L'ufficiale dello stato civile dichiara nell'atto di costituzione dell'unione il modo con cui ha accertato l'imminente pericolo di vita e procede secondo le modalità di cui all'articolo 70-novies.

Art. 70-undecies.

*Opposizione del pubblico ministero*

1. L'ufficiale dello stato civile, se conosce che osta alla costituzione dell'unione civile un impedimento che non è stato dichiarato, deve immediatamente informare il procuratore della Repubblica, affinché questi possa proporre opposizione alla costituzione dell'unione civile.

2. L'atto di opposizione deve essere proposto con ricorso al presidente del tribunale del luogo dove è stata richiesta la costituzione dell'unione civile che fissa con decreto la comparizione delle parti davanti al collegio per una data compresa tra i tre e i dieci giorni da quella di presentazione del ricorso e dispone che ricorso e decreto siano comunicati al procuratore della Repubblica e siano notificati, a cura del ricorrente, entro il giorno precedente a quello fissato per la comparizione, alle parti dell'unione civile e all'ufficiale dello stato civile del comune nel quale deve essere costituita l'unione civile.

3. Il tribunale, sentite le parti ed acquisiti senza particolari formalità gli elementi del caso, decide con decreto motivato avente efficacia immediata, indipendentemente dall'eventuale reclamo.

4. Se l'opposizione è stata proposta da chi ne ha facoltà, per causa ammessa dalla legge, il presidente del tribunale può, con proprio decreto, ove ne sussista la opportunità, sospendere la costituzione dell'unione civile sino a che sia stata rimossa la opposizione.

Art. 70-duodecies.

*Termine per l'opposizione*

1. L'opposizione all'unione civile può essere sempre proposta prima della sua costituzione.

Art. 70-terdecies.

*Annotazione dell'opposizione*

1. Nel processo verbale di richiesta di costituzione della unione civile deve essere annotato l'atto di opposizione.

2. Nello stesso verbale si deve altresì annotare il decreto che rigetta od accoglie l'opposizione o il provvedimento di estinzione del giudizio.

Art. 70-quaterdecies.

*Contenuto dell'atto di costituzione dell'unione civile*

1. L'atto di costituzione dell'unione civile deve specificamente indicare:

a) il nome e il cognome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza e la residenza delle parti dell'unione civile; il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita e la residenza dei testimoni;

b) la data della richiesta di costituzione dell'unione civile, salvo il caso di cui all'articolo 70-decies;

c) il decreto di autorizzazione quando ricorre alcuno degli impedimenti di legge, salvo il caso di cui all'articolo 70-decies;

d) la menzione dell'avvenuta lettura del contenuto dei commi 11 e 12 dell'articolo 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76;

e) la dichiarazione delle parti di voler costituire l'unione civile;

f) il luogo della costituzione dell'unione civile nel caso di imminente pericolo di vita e di costituzione fuori della casa comunale ed il motivo del trasferimento

dell'ufficiale dello stato civile in detto luogo.

2. Quando contemporaneamente alla costituzione dell'unione civile le parti dichiarano di scegliere il cognome comune, a norma dell'articolo 1, comma 10, della legge 20 maggio 2016, n. 76, la dichiarazione è inserita nell'atto stesso di costituzione dell'unione civile. Ugualmente si provvede nel caso di scelta del regime di separazione dei beni o di scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali operata in base alle vigenti norme di diritto internazionale privato.

Art. 70-quinquiesdecies.  
*Certificazione dell'unione civile*

1. La certificazione dell'unione civile riporta i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del regime patrimoniale e della residenza, oltre ai dati anagrafici ed alla residenza dei testimoni.

2. Nei documenti e atti in cui è prevista l'indicazione dello stato civile, per le parti dell'unione civile sono riportate le seguenti formule: «unito civilmente» o «unita civilmente»»;

u) all'articolo 73, comma 1, primo periodo, dopo le parole:

«cognome del coniuge» sono inserite le seguenti: «o della parte a lui unita civilmente» e dopo le parole: «coniugato, vedovo o divorziato» sono inserite le seguenti: «unito civilmente o se l'unione civile si era in precedenza sciolta per una delle cause di cui all'articolo 1, commi da 22 a 26, della legge 20 maggio 2016, n. 76».

Art. 2

*Modifiche al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238*

1. Al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 14, primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente numero: «4-bis) di unioni civili»;

b) all'articolo 134:

1) al primo comma dopo le parole: «ai numeri 5, 6, 7 e 8,» sono inserite le seguenti: «e nell'articolo 134-bis, comma 3, alle lettere d), e) e f),» e dopo le parole: «fu celebrato» sono inserite le seguenti: «o l'unione civile costituita»;

2) al secondo comma dopo le parole: «del matrimonio» sono inserite le seguenti: «o della costituzione dell'unione civile»;

c) dopo l'articolo 134 è inserito il seguente capo:

«Capo VI-bis

*Registro delle unioni civili*

Art. 134-bis.

*Iscrizioni e trascrizioni nel registro delle unioni civili*

1. Nella parte prima del registro delle unioni civili, l'ufficiale dello stato civile iscrive gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute davanti a lui.

2. Nella parte seconda, composta di fogli in bianco, si iscrivono: a) gli atti di costituzione delle unioni civili fuori della casa comunale;

b) gli atti di costituzione delle unioni civili in caso di imminente pericolo di vita di una delle parti;

c) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenuti per delega;

d) gli atti di costituzione delle unioni civili ai quali, per la particolarità del caso, non si adattano i moduli stampati.

3. Nella stessa parte seconda si trascrivono:

- a) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenute all'estero e gli atti dei matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti all'estero;
- b) gli atti di costituzione delle unioni civili avvenuti davanti ad un altro ufficiale dello stato civile per delega;
- c) gli atti di costituzione delle unioni civili, già iscritti nel comune di costituzione, nel comune di residenza di una delle parti;
- d) le sentenze passate in giudicato dalle quali risulta l'esistenza dell'unione civile;
- e) le sentenze passate in giudicato con le quali si dichiara la nullità dell'unione civile ovvero si rettifica in qualsiasi modo un atto dell'unione civile già iscritto nei registri e quelle che rendono esecutive nella Repubblica sentenze straniere che pronunziano la nullità o lo scioglimento dell'unione civile;
- f) le sentenze passate in giudicato con le quali si ordina la trascrizione di un atto dell'unione civile altrove costituito.».

### Art. 3

*Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223*

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) all'articolo 4, comma 1, dopo le parole: «vincoli di matrimonio,» sono inserite le seguenti: «unione civile,»;
- b) all'articolo 12:
  - 1) al comma 1, le parole: «e le celebrazioni di matrimonio,» sono sostituite dalle seguenti: «, le celebrazioni di matrimonio e le costituzioni di unione civile,»;
  - 2) al comma 2, primo periodo, dopo le parole: «celebrazioni di matrimonio» sono inserite le seguenti: «e alle costituzioni di unione civile»;
- c) all'articolo 20:
  - 1) al comma 1, secondo periodo, dopo le parole: «il nome del coniuge» sono inserite le seguenti: «o della parte dell'unione civile»;
  - 2) dopo il comma 3 è inserito il seguente: «3-bis. Per le parti dell'unione civile le schede devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile.».

### Art. 4

*Modifiche al decreto del Ministro dell'interno 27 febbraio 2001*

1. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottarsi entro trenta giorni dalla pubblicazione del presente decreto, sono apportate al decreto del Ministro dell'interno 27 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20 marzo 2001, le necessarie modifiche di coordinamento con le disposizioni del presente decreto.

### Art. 5

*Modifiche al regio decreto 30 marzo 1942, n. 327*

1. Al codice della navigazione di cui al regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) all'articolo 204, alla rubrica dopo la parola: «Matrimonio» sono inserite le seguenti: «e unione civile» e al primo comma sono aggiunte, in fine le seguenti parole: «e alla costituzione dell'unione civile nel caso di cui all'articolo 65 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, e con le forme dell'articolo 70-decies del medesimo decreto.»;
- b) all'articolo 834, alla rubrica dopo la parola: «Matrimonio» sono inserite le seguenti: «e unione civile», al primo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole:

«e alla costituzione dell'unione civile nel caso di cui all'articolo 65 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, e con le forme dell'articolo 70-decies del medesimo decreto.» e al secondo comma dopo le parole: «L'atto di matrimonio» sono inserite le seguenti: «e di costituzione dell'unione civile»;

c) all'articolo 836, primo comma, dopo le parole: «degli atti di matrimonio» sono inserite le seguenti: «, degli atti di costituzione dell'unione civile».

#### Art. 6

*Modifiche al decreto legislativo 3 febbraio 2011, n. 71, recante ordinamento e funzioni degli uffici consolari, ai sensi dell'articolo 14, comma 18, della legge 28 novembre 2005, n. 246*

1. Al decreto legislativo 3 febbraio 2011, n. 71, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 12 è inserito il seguente:

«Art. 12-bis (Unione civile). - 1. Il capo dell'ufficio consolare riceve le dichiarazioni di cui all'articolo 1, commi 2 e 10, della legge 20 maggio 2016, n. 76, rese da cittadini italiani o da un cittadino e un non cittadino. Le dichiarazioni di costituzione di unione civile possono essere rifiutate alle condizioni di cui all'articolo 12, comma 2.»;

b) dopo l'articolo 15 è inserito il seguente:

«Art. 15-bis (Modalità di costituzione dell'unione civile). - 1. Le unioni civili sono costituite pubblicamente nella sede consolare.

Possono essere eccezionalmente costituite fuori della sede consolare per impedimento delle parti o per gravi motivi di sicurezza. Si osservano le disposizioni in tema di costituzione previste dalla normativa nazionale.

2. Se del caso, il capo dell'ufficio consolare, prima di ricevere le dichiarazioni delle parti, porta a loro conoscenza, alla presenza dei testimoni, la possibile inefficacia della loro unione civile nell'ordinamento locale.»;

c) all'articolo 17 è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«1-bis. Sui ricorsi, sulle opposizioni e sulle impugnazioni in materia di unioni civili richieste o costituite all'estero è competente a decidere il tribunale del luogo di ultima residenza in Italia dell'una o dell'altra parte, ovvero il tribunale nel cui circondario si trova il Comune di iscrizione anagrafica dell'una o dell'altra.»;

d) all'articolo 18, alla rubrica, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e di atti di unione civile» e al comma 1 dopo le parole: «matrimoni celebrati» sono inserite le seguenti: «o a unioni civili costituite»;

e) all'articolo 62, comma 1, dopo le parole: «i matrimoni» sono inserite le seguenti «, le unioni civili» e dopo la lettera b) è inserita la seguente: «b-bis) degli atti relativi a unioni civili»;

f) all'articolo 66, comma 1, lettera d), sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «anche nel caso di unione civile»;

g) all'allegato recante la tabella dei diritti consolari, Sezione II, Atti notarili:

1) all'articolo 11 le parole: «Convenzioni di matrimonio a carattere patrimoniale» sono sostituite dalle seguenti: «Convenzioni di matrimonio o di unione civile a carattere patrimoniale»;

2) all'articolo 19 dopo le parole: «in favore dell'altro» sono inserite le seguenti: «o di una parte dell'unione civile in favore dell'altra».

Art. 7

*Modifiche al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*

1. All'articolo 31 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. Fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale. Il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale.».

Art. 8

*Disposizioni di coordinamento con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 luglio 2016, n. 144*

1. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'ufficiale dello stato civile, con la procedura di correzione di cui all'articolo 98, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, annulla l'annotazione relativa alla scelta del cognome effettuata a norma dell'articolo 4, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 luglio 2016, n. 144.

Art. 9

*Invarianza finanziaria*

1. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti ivi previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile**  
**Sentenza 8 febbraio 2017, n. 3315**

**Chiesa Cattolica – Famiglia – Matrimonio canonico – Nullità – Sentenze ecclesiastiche – Efficacia civile – Prolungata convivenza**

*Il requisito della convivenza ultratriennale dei coniugi, dopo la celebrazione del matrimonio, che nella specie, ha costituito l'oggetto di specifica eccezione della parte ricorrente, può e deve essere smentito solo da una "prova contraria" "a carico" di chi agisce per la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, una volta che sia incontestata la fissazione di una comune residenza anagrafica dei coniugi e la volontà di instaurare un rapporto coniugale affettivo.*

Fonte: [www.olir.it](http://www.olir.it)

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Civile**  
**Sentenza 1 marzo 2017, n. 5250**

**Unioni civili — Coppie tra persone dello stesso sesso – Minori – Rettificazione – Atto di nascita – Ordine pubblico – Fecondazione assistita**

*Non è da ritenersi contraria all'ordine pubblico internazionale la rettifica, in Italia, in conformità al corrispondente atto straniero già validamente rettificato, dell'atto di nascita di un minore registrato come figlio originariamente solo di una persona italiana e, successivamente, anche di un'altra, avente la stessa nazionalità, che, pur non avendo con il minore alcun rapporto biologico, aveva con la prima contratto matrimonio all'estero.*

Fonte: [www.olir.it](http://www.olir.it)

## *Il figlio di due madri. Note a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*

PAOLO DI MARZIO

### *1. La vicenda umana e giudiziaria. Le decisioni di merito.*

Con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599<sup>1</sup>, la prima sezione della Cassazione ha deciso che un bambino può essere giuridicamente figlio di due madri. Prima di esaminare alcuni passaggi della decisione della Suprema Corte, sembra opportuno ricostruire, sia pure in sintesi, l'intera vicenda umana e giudiziaria del bambino e delle sue madri<sup>1</sup>.

Le signore R.V.M., di nazionalità spagnola, e L.M.B., cittadina italiana, hanno contratto matrimonio in Spagna il 20.6.2009. Dal certificato di nascita del minore risulta che sono entrambe madri di T.B.V., bambino che porta i cognomi di ambedue ed è nato a Barcellona il 21.2.2011.

La signora L.M.B. ha donato gli ovuli necessari per il concepimento del bambino mediante fecondazione eterologa, ed è pertanto madre genetica del piccolo, mentre la gravidanza è stata portata avanti fino alla nascita dalla signora R.V.M., madre partorienti; il minore è cittadino spagnolo.

Le signore hanno domandato congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita del bambino in Italia nel corso dell'anno 2013. L'ufficiale dello stato civile di Torino, raccolto il parere contrario della locale Procura della Repubblica, ha opposto il rifiuto a trascrivere l'atto, ritenendo ostative ragioni di ordine pubblico. Le signore hanno proposto reclamo in data 30.7.2013.

Agli inizi dell'anno 2014 R.V.M. e L.M.B. hanno divorziato consensualmente, sempre in Spagna, sulla base di un accordo sottoscritto il 21.10.2013, in cui si prevede l'affidamento congiunto del minore con condivisione tra le due donne delle responsabilità genitoriali.

Avverso il diniego di trascrizione opposto dall'Ufficiale dello stato civile, R.V.M. e L.M.B. hanno proposto reclamo ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000, che è stato respinto dal Tribunale di Torino con decreto del 21.10.2013, ritenendo

---

<sup>1</sup> La sentenza commentata è stata pubblicata nel n. 2/2016 di questa Rivista. Per più ampi ragguagli cfr., in CED Cass., la *Relazione* n. 18 del 3 febbraio 2016 (est. DI MARZIO P.) - preliminare alla pronuncia della Suprema Corte n. 19599 del 30 settembre 2016, ora in esame - redatta per l'Ufficio del Massimario della Cassazione, di cui la presente nota sintetizza, integra e sviluppa i contenuti a seguito della intervenuta decisione.



sussistere un ostacolo di ordine pubblico, perché nell'ordinamento italiano madre è (solo) colei che partorisce. Il Tribunale ha evidenziato che le domande originariamente proposte dalle due donne erano state: 1) l'accertamento del rapporto di filiazione intercorrente tra il minore e L.M.B., cittadina italiana; 2) l'accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato italiano dell'atto di nascita del bambino; 3) l'accertamento dei requisiti di legge per l'acquisto, da parte del minore, della cittadinanza italiana; 4) l'ordine, da impartirsi all'Ufficiale dello stato civile, di provvedere alla annotazione e trascrizione nei registri dell'anagrafe dell'atto di nascita del bambino.

Annotava il Tribunale che nell'atto di nascita del minore, allegato dalle parti in integrale, il minore risultava figlio della madre A, di cittadinanza spagnola, e della madre B, di cittadinanza italiana, mentre nel certificato di nascita «prodotto per estratto, la prima risulta essere il padre e la seconda la madre». Osservava, inoltre, che le domande volte ad ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione ed il riconoscimento della cittadinanza italiana al minore (comunque cittadino spagnolo) non potevano essere esaminate nella procedura attivata ai sensi dell'art. 96 del Dpr 396 del 2000, prevista per contestare, in sede di volontaria giurisdizione, il rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile dal compiere un atto di sua competenza. Unica domanda ammissibile nell'ambito del giudizio promosso era quindi quella volta all'«*accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento, nello Stato Italiano, dell'atto di nascita del minore ... domanda che deve essere riformulata come volta ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*».

Il Tribunale rilevava però che, al fine della trascrizione di atti di nascita formati all'estero, le disposizioni che regolano la materia sono gli artt. 17 (*Trasmissioni di atti*) e 19 (*Trascrizioni*) del Dpr n. 396 del 2000. La prima norma disciplina la trasmissione, curata dall'Autorità Consolare all'Ufficiale dello stato civile italiano, degli atti e provvedimenti relativi al cittadino italiano formati all'estero perché possa provvedersi alla trascrizione. La seconda disposizione regola invece gli atti dello stato civile redatti all'estero ed in relazione a cittadini stranieri, residenti però in Italia, che possono essere trascritti presso il Comune di residenza degli interessati nel nostro Paese. Osservava allora il giudice di prime cure che, nel caso in esame, il minore è un cittadino straniero e risiede all'estero, non risultano perciò integrate le condizioni perché gli atti che lo riguardano siano trascritti nei registri dell'anagrafe italiana.

Il Tribunale ha perciò concluso che non possa procedersi alla trascrizione dell'atto di nascita, formato all'estero, del minore T.B.V., ai sensi dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, per contrarietà all'ordine pubblico, inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta Costituzionale o comunque fondanti l'intero assetto ordinamentale, fra i quali le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie. In particolare osta alla trascrizione, nel caso di specie, il principio immanente nel nostro ordinamento secondo il quale la madre è solo colei che partorisce il bambino.

Le reclamanti hanno quindi proposto impugnazione domandando alla Corte d'Appello di Torino, previa revoca del decreto impugnato, di accertare e dichiarare esistente il rapporto di filiazione tra il minore e la signora L.M.B. ex art. 33, L. 218 del 1995<sup>2</sup>; di rilevare che sussistono i requisiti di legge per il riconoscimento nello

---

<sup>2</sup> In ordine a questa domanda, che pure sembra di rilievo essenziale, non pare possa rinvenirsi

Stato Italiano dell'atto di nascita del minore e del conseguente diritto di quest'ultimo ad acquisire la nazionalità italiana; di ordinare all'Ufficiale dello stato civile di Torino di provvedere alla trascrizione e/o annotazione nei Pubblici Registri dell'Anagrafe dell'atto di nascita del minore, con ogni consequenziale provvedimento di legge ritenuto opportuno per la miglior tutela di T.B.V.

Ha rilevato la Corte di merito che il minore è nato in Spagna e secondo il diritto spagnolo l'italiana L.M.B. è madre legittima, in applicazione del principio del *ius sanguinis*, tanto quanto la spagnola R.V.M. e le due donne sono indicate nel certificato di nascita - *Certification Literal* - del registro dello stato civile del Comune di Barcellona come "madre A" e "madre B", ed alla trascrizione del certificato di nascita del minore, ha ritenuto la Corte torinese, può procedersi ai sensi dell'art. 17 del Dpr n. 396 del 2000. Secondo la Corte d'Appello, dal disposto dell'art. 33 della L. n. 218 del 1995 discende, con evidenza, che la norma di diritto internazionale privato attribuisce ai provvedimenti accertativi (certificato di nascita) dello Stato estero ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione, con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre propri accertamenti sulla validità di un titolo che è valido per la legge nazionale di rinvio<sup>3</sup>. Secondo la Corte sabauda, l'assunto è confermato dal disposto di cui all'articolo 65 della legge n. 218 del 1995, il quale prevede che hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità, quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrarie all'*ordine pubblico* e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

Occorreva pertanto valutare se la trascrizione dell'atto di nascita del minore dovesse ritenersi non consentita per contrasto con l'ordine pubblico italiano.

I giudici dell'appello hanno ritenuto di aderire, al proposito, all'orientamento proposto dalla Suprema Corte secondo cui il concetto di ordine pubblico ai fini internazionale-privatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "*ordine pubblico internazionale*"<sup>4</sup>, da intendersi come «*complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su*

---

nella pronuncia della Corte piemontese una decisione espressa. In dispositivo, comunque, la Corte di merito scrive: "Accoglie il reclamo", ma poi specifica: "E per l'effetto ordina all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita (...)". Si è anticipato che la domanda era stata rigettata dal Tribunale di Torino, il quale aveva ritenuto la stessa non esaminabile nell'ambito di una procedura promossa ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000.

<sup>3</sup> La Corte sabauda ha richiamato, a sostegno dei propri argomenti, quanto deciso da Cass. sez. I, sent. 14.1.2003, n. 367, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2004, p. 262, e da Cass. sez. I, sent. 1.10.2003, n. 14545, pubblicata in *Fam. dir.*, 1/2005, p. 47, con nota di SIMONE MERELLO, *Il valore del certificato di nascita straniero al fine del ricongiungimento familiare*.

<sup>4</sup> La Corte di merito ha esplicitato quali sono i precedenti di legittimità cui intendeva far riferimento, ed ha indicato: Cass. sez. III, sent. 22.8.2013, n. 19405, edita in *Foro it.*, 2014, I, p. 2898, con nota di MARIA CASORIA, "Per aspera ad astra": *la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 139, con nota di MASSIMO MAZZOLA, *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio jura novit curia)*; Cass. sez. L, sent. 26.4.2013 n. 10070 (Ced Cass. *Rv.* 626439) che richiama Cass. sez. I, sent. 6.12.2002 n. 17349 (Ced Cass., *Rv.* 559033), pubblicata in *Foro pad.*, 2003, p. 62; nonché Cass. sez. L, sent. 23.2.2006 n. 4040, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 157.

*esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale».*

Questa premessa è risultata necessaria alla Corte di merito per affermare che nel caso di specie, nonostante l'emergere di numerose situazioni giuridicamente problematiche, operando anche riferimento alla necessità di valorizzare il superiore interesse del minore, il possibile contrasto con l'ordine pubblico interno doveva essere escluso. Questo doveva affermarsi sebbene in Italia il matrimonio omosessuale non riceva un riconoscimento legale, non si preveda la possibilità che un bambino abbia una madre - ulteriore e, comunque - diversa dalla partoriente, la inseminazione eterologa sia consentita solo a coppie infertili di sesso diverso e la maternità surrogata sia vietata, prevedendosi l'irrogazione di sanzione penale per i trasgressori.

Secondo i Giudici torinesi deve adeguatamente valorizzarsi il preminente interesse del minore che, ove il suo atto di nascita non fosse trascritto, non avrebbe in Italia un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche e ricreative. Inoltre il bambino si troverebbe costretto a vivere, nella società italiana, in una condizione di incertezza giuridica, e verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della madre genetica ma non partoriente.

In conseguenza di queste valutazioni la Corte d'Appello, con decreto depositato il 4.12.2014, ha accolto il reclamo ed ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita del minore, figlio di due madri.

## *2. Il ricorso per Cassazione proposto dal Procuratore generale della Corte d'Appello di Torino*

Avverso il decreto emesso dalla Corte territoriale di Torino ha proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale di Torino.

Il ricorrente ha osservato che il «tema centrale della questione» consiste nel verificare se la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di due madri comporti la *violazione dell'ordine pubblico* italiano, ostandovi in tal caso il limite previsto dagli articoli: n. 18 del Dpr n. 396 del 2000, e n. 65 della legge n. 218 del 1995.

La Corte d'Appello di Torino, ha ricordato l'impugnante, aveva richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte laddove afferma che in materia di ordine pubblico, ai fini internazional-privatistici, il concetto rilevante è quello di *ordine pubblico internazionale*, da intendersi come il complesso di principi fondamentali caratterizzanti non solo l'ordinamento interno ma anche esterni, «purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale», fermo restando che ogni giudizio il quale abbia conseguenze su di un minore deve essere orientato al rispetto del suo superiore interesse. Ha osservato allora il ricorrente che la Corte di merito non aveva però ritenuto di operare riferimento anche alla recente pronuncia della prima sezione civile della Suprema Corte del 26 settembre 2014, n. 24001<sup>5</sup>. In questa decisione la Suprema Corte ha ribadito che l'ordine pubblico non si

---

<sup>5</sup> Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2014, 1, p. 3408 con nota di GEREMIA CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*,

identifica con qualsiasi norma imperativa, consistendo esso nei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico, mentre è invece inesatto affermare che l'ordine pubblico si identifichi con «i valori condivisi della comunità internazionale». L'ordine pubblico internazionale è il limite che l'ordinamento giuridico nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, e «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale», come sostenuto dai ricorrenti<sup>6</sup>, «ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». In quella decisione, pertanto, la Suprema Corte ha ritenuto che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità, protetto da sanzione penale, attiene all'ordine pubblico. Contro questa valutazione non può invocarsi la migliore tutela del superiore interesse del minore, perché l'interesse del minore è stato valutato a monte dal legislatore, che ha deciso di riconoscere la maternità a chi ha partorito il bambino, consentendo peraltro di attivare l'istituto dell'adozione per assicurare al minore anche un secondo genitore che non abbia con lui legami biologici.

Il Procuratore ricorrente ha quindi sostenuto che il principio secondo cui «la filiazione sia necessariamente discendenza da persone di sesso diverso» appare come «un principio fondamentale, e addirittura immanente perché discendente dal diritto naturale». Un simile principio non può essere messo in discussione, conseguendone il contrasto con l'ordine pubblico «delle discipline che consentono soluzioni antitetiche, quale quella spagnola che consente la formazione di un atto di nascita nel quale al minore sono attribuite due madri».

Il Procuratore Generale di Torino domandava pertanto l'annullamento del decreto di rigetto della domanda di trascrizione dell'atto di nascita, pronunciato dalla Corte d'Appello di Torino<sup>7</sup>, e la conferma del decreto di segno opposto pronunciato invece dal Tribunale di Torino in data 21.10.2013.

### *3. Il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno.*

Avverso il decreto della Corte d'Appello di Torino che ha disposto la trascrizione nei registri dell'anagrafe in Italia dell'atto di nascita del piccolo T.V.B., ha proposto impugnazione in Cassazione anche il Ministero dell'Interno.

Nel ricorso redatto quale difensore del Ministero, l'Avvocatura dello Stato ha innanzitutto contestato, ai sensi dell'art. 360, co. I, n. 3, C.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, nonché degli artt. 5 e 9 della legge n. 40 del 2004.

---

4/2015, p. 471, con nota di ANDREA RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235, con nota di CLAUDIA BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

<sup>6</sup> Questa concezione dell'ordine pubblico, invero, è stata talora proposta anche dalla Suprema Corte, cfr. Cass. sez. L., sent. 11.11.2000, n. 14462, edita in *Giust. civ.*, 2001, 1, p. 2719 ss., con nota di ANDREA PARDINI, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*.

<sup>7</sup> Per aver «violato o falsamente applicate le richiamate disposizioni (art. 18, Dpr 396/2000, art. 269, terzo comma, c.c., art. 65, L. 218/1995)», ha ribadito il ricorrente.

Il ricorrente ha ricordato, a tal proposito, che l'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000 dispone: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico», ed ha sostenuto che la nozione di ordine pubblico (internazionale) posta a fondamento della propria decisione dalla Corte d'Appello di Torino nel decreto impugnato, la quale ha indotto i giudici piemontesi a disporre la trascrizione dell'atto di nascita del minore, non può essere accolta. La Corte di merito ha affermato, infatti, che l'ordine pubblico internazionale italiano sarebbe costituito dall'insieme di principi e valori che rappresentano un «patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale», ma questa impostazione non può condividersi. «L'accoglimento di un'interpretazione così estensiva della nozione di ordine pubblico ... finirebbe per vuotare di ogni significato la stessa norma con la quale quel limite è stato introdotto dal legislatore italiano, rendendola assolutamente inutile e superflua ... invero, lo scopo precipuo della norma con la quale il legislatore impedisce la trascrizione di atti esteri contrari all'ordine pubblico è quello di salvaguardare quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento al punto di essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale», scrive l'Avvocatura.

Il ricorrente ha sostenuto che pure la Suprema Corte ha talora proposto, in materia di diritto internazionale privato, definizioni dell'ordine pubblico assai estensive, e perciò non divisibili. Anche il Ministero ha quindi inteso richiamarsi, adesivamente, alla nozione di ordine pubblico dettata dalla Cassazione con sentenza n. 24001 del 2014, analizzando proprio un caso di maternità surrogata, ed ha ricordato che la Corte di legittimità ha affermato con chiarezza che «l'ordine pubblico internazionale ... è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna, dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»<sup>8</sup>. Pertanto, secondo il ricorrente, «l'esistenza, nel nostro ordinamento, di principi 'fondamentali' e 'irrinunciabili'», importa che gli stessi «appaiano 'superabili' soltanto» per effetto di «un diverso approccio legislativo interno e non scardinabili dall'esistenza, in altri Paesi, di discipline legislative rappresentative di principi diversi e contrari ... tra questi, un principio fondamentale è senza dubbio quello inerente la nozione di filiazione che il nostro ordinamento intende esclusivamente quale discendenza da persone di sesso diverso». Tanto si desume pure dalla legislazione in materia di fecondazione assistita, cui le resistenti hanno fatto ricorso nel caso in esame, la quale prevede, all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». In relazione a questo profilo, ha osservato il ricorrente, nulla è mutato a seguito della sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto in certi limiti ammissibile la pratica della fecondazione eterologa, da valutarsi pertanto impropriamente citata dai giudici della Corte di merito.

Del resto l'art. 12, comma 2, della stessa legge n. 40 del 2004, continua a prevedere l'irrogazione di sanzioni a carico di «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei componenti sia minorenni ovvero

---

<sup>8</sup> Come si legge in Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi».

Ancora decisivo, al fine di escludere la possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione tra L.M.B. ("madre italiana"), che ha donato gli ovuli<sup>9</sup>, ed il minore T.V.B., è poi il disposto di cui all'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, laddove prevede che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, *il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato* e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». Nel caso di specie, ha argomentato il ricorrente, avendo L.M.B. «donato gli ovuli ai fini del concepimento ... l'applicazione del citato articolo 9 precluderebbe la possibilità di riconoscere alla stessa alcun tipo di relazione giuridica parentale con il minore. In forza, dunque, della legislazione attualmente vigente nel nostro ordinamento e dell'intangibile principio ad essa sotteso concernente la nozione di filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso, non può negarsi la palese contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita, quale quello oggetto del presente giudizio, che riconosca ad un soggetto una duplice maternità».

In definitiva, secondo il Ministero dell'Interno, il provvedimento straniero che attribuisca ad un soggetto una duplice maternità si pone in contrasto a tal punto radicale con diversi principi del nostro ordine pubblico da non potersi riconoscere efficace nel diritto interno.

#### 4. *Gli istituti giuridici coinvolti.*

##### 4a. *La fecondazione eterologa.*

Sembra opportuno ricordare che, pacificamente, il bambino di cui le ricorrenti hanno domandato la trascrizione dell'atto di nascita è nato a seguito di fecondazione eterologa, praticata nell'ambito di una coppia omosessuale.

Si attua una tecnica di fecondazione eterologa quando il seme maschile o l'ovulo femminile utilizzati per il concepimento non appartengono ad uno dei componenti della coppia che intende avere un bambino, bensì ad un donatore esterno alla stessa.

Prima del divieto introdotto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), alla fecondazione eterologa si ricorreva senza ostacoli normativi anche in Italia. Nel 1997 la pratica era attuata in ben 75 centri privati<sup>10</sup>, che operavano nel rispetto delle direttive impartite con circolari ed ordinanze dal Ministero della sanità. In questo clima di sperimentazione del libero ricorso alle tecniche di fecondazione è poi intervenuta la ricordata legge n. 40 del 2004, che ha imposto il divieto assoluto di pratica della fecondazione eterologa.

Ha avuto così impulso in Italia il fenomeno del c.d. "turismo procreativo". In sostanza, anche<sup>11</sup> le coppie sterili o infertili di connazionali che avrebbero avuto diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma non erano in grado di conseguire un concepimento omologo, hanno cominciato a recarsi all'estero

---

<sup>9</sup> Ma non ha portato avanti la gestazione e tantomeno, naturalmente, ha partorito il bambino.

<sup>10</sup> Dati estratti dalla Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati del 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 416, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII Legislatura.

<sup>11</sup> Ma non solo, naturalmente.

per sottoporsi alla pratica della fecondazione eterologa.

Seguivano alcune pronunce contrastanti emesse dalle Corti europee. In particolare, la Sezione I della CEDU aveva affermato, nell'aprile del 2010, l'irragionevolezza del divieto assoluto di accesso alla fecondazione eterologa in Austria<sup>12</sup>, un Paese che, come l'Italia, comunque consentiva la pratica della procreazione medicalmente assistita. La Grande Camera della stessa Corte, cui era stato deferito il medesimo giudizio su cui aveva in precedenza pronunciato la Prima Sezione, ha deciso il 3 novembre 2011 in senso (sostanzialmente) opposto, affermando che il legislatore austriaco dell'epoca non aveva ecceduto il limite di discrezionalità che doveva essergli riconosciuto nel disciplinare la materia<sup>13</sup> evidenziando, tra l'altro, il rischio che la donazione di ovuli possa condurre allo sfruttamento ed alla umiliazione delle donne, con particolare riferimento a quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato<sup>14</sup>.

Quindi la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014<sup>15</sup>, ha sancito l'incostituzionalità del divieto assoluto di ricorso alla fecondazione eterologa nel nostro ordinamento. La Consulta ha rilevato che il divieto senza eccezioni della fecondazione eterologa si poneva in contrasto con il diritto all'autodeterminazione delle persone e delle coppie ed il diritto alla salute, anche psichica, degli aspiranti genitori. La Corte costituzionale ha quindi osservato che, indubbiamente, i diritti della coppia che intendeva accedere alla pratica della fecondazione assistita dovevano porsi in bilanciamento con i diritti del possibile frutto del concepimento, il

---

<sup>12</sup> *S.H. and Others c. Austria*, 1° aprile 2010 (C. 57813/00), edita in *Fam. dir.*, 2010, p. 977, con nota di UGO SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*.

<sup>13</sup> *S.H. and Others c. Austria, G.C.*, 3 novembre 2011 (C. 57813/00), pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2012, p. 224, con nota di CATERINA MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*. Per una sintetica ricostruzione della vicenda, cfr. LUCA VARRONE, *I "correttivi" alla l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ... cit.*, p. 19, anche per indicazioni bibliografiche.

<sup>14</sup> Sembra opportuno ricordare, in proposito, che la legge 19.2.2004, n. 40, dispone all'art. 6, comma 1, che "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni".

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 10.6.2014, n. 162, edita, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563, con nota di CHIARA TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa. La Corte costituzionale decide di decidere, in Europa e dir. priv.*, 3/2014, p. 1117, con nota di CARLO CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, ed in *Foro it.*, 2014, p. 2343, con nota di GEREMIA CASABURI, *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. In dottrina si è ritenuto necessario segnalare che, a seguito della pronuncia della Consulta, definita "coraggiosa", appare ora opportuno un intervento del legislatore, affinché disciplini almeno alcuni profili della fecondazione eterologa, quali "le modalità della raccolta dei gameti e del loro impiego a tal fine, nonché le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inosservanza delle regole, sapendo però che individuarle è quanto mai difficile per il peso decisivo che hanno in materia le situazioni di fatto acquisite e perché il ricorso alle misure penali appare il meno plausibile", MASSIMO BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 225. In attesa del legislatore, la Conferenza delle Regioni ha adottato il 4 settembre del 2014, un *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa*, il quale detta in sostanza delle linee guida per orientare gli utenti che intendono accedervi e gli operatori destinati a praticare la tecnica, testo che può leggersi, tra l'altro, sul sito *Regioni.it*. Per una sintesi delle principali previsioni del documento, cfr. MASSIMO MOSCARINI, *L'infertilità e le problematiche della PMA*, in *AIAF*, Rivista dell'associazione degli Avvocati per la famiglia e per i minori, 2/2015, p. 7 ss.

figlio, ed ha preso in considerazione, al proposito, i diritti all'identità genetica ed a conoscere il genitore biologico, nonché il rischio psicologico di vedersi attribuire una genitorialità non naturale. Ha osservato allora la Consulta che rischi analoghi si pongono anche in riferimento all'adozione, che non per questo è fatta oggetto di un divieto legislativo, dovendo anche tenersi presente che la pratica della fecondazione eterologa è finalizzata a favorire la vita, pertanto un valore positivo.

Il divieto di praticare la fecondazione eterologa è perciò venuto meno nel nostro Paese, per effetto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, ma solo in relazione alle coppie formate da persone maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi. La pratica della fecondazione eterologa nell'ambito di coppie di cui non sia accertata l'infertilità, ed anche di coppie di persone dello stesso sesso, in Italia continua pertanto ad essere vietata dalla legge senza eccezioni<sup>16</sup>, anche a prescindere dal possibile collegamento con la pratica, anch'essa vietata, della surrogazione di maternità.

#### 4b. *La surrogazione di maternità.*

In materia di trascrivibilità del certificato di nascita di un minore formato all'estero, quando ciò possa incontrare limiti di ordine pubblico, la prima sezione della Suprema Corte si è pronunciata di recente<sup>17</sup>, in un caso che ha avuto anche ampia eco mediatica.

Due cittadini italiani, coniugati con problemi di infertilità<sup>18</sup>, avevano ottenuto dalla locale Autorità dell'anagrafe un certificato di nascita in base al quale risultavano essere i genitori di un bambino nato in Ucraina.

Tornati in Italia erano stati assoggettati a procedimento penale per alterazione di stato, sospettandosi la non veridicità della loro dichiarazione di nascita relativa al bambino<sup>19</sup>.

Il P.M. della Procura della Repubblica presso il competente Tribunale per i minorenni aveva domandato e conseguito anche la pronuncia dello stato di adottabilità

---

<sup>16</sup> Infatti, in base al disposto di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, non modificata sul punto, il ricorso a qualsiasi tecnica di procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, "è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico". Inoltre, ai sensi dell'art. 5, norma anch'essa di applicazione generale, "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

<sup>17</sup> Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

<sup>18</sup> La donna aveva dovuto subire un intervento di isterectomia, e l'uomo risultava affetto da oligospermia.

<sup>19</sup> Il Tribunale di Cremona li ha giudicati colpevoli e condannati per questo reato, con pena sospesa, con sentenza del 9.12.2014. Per un'analisi dei reati che possono conseguire alle eventuali dichiarazioni non veritiere rese all'Ufficiale dello stato civile italiano da coloro che abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa ed alla surrogazione di maternità all'estero, indicati nelle fattispecie di cui agli artt. 495, secondo comma, e 567, secondo comma, del codice penale, cfr. LAURA FACCHINI, *La tormentata vicenda della procreazione medicalmente assistita eterologa: assolutismo legislativo e progressismo giurisprudenziale*, in *Ginst. pen.*, 2014, p. 303 ss.



del minore. Nel corso del giudizio i coniugi dichiaravano che il bambino era stato generato facendo ricorso alla maternità surrogata, in conformità con la legge ucraina che consente questa pratica. Il Tribunale accertava mediante consulenza tecnica che neppure il marito della coppia italiana era geneticamente padre del minore<sup>20</sup>.

Il Tribunale osservava che la pratica della maternità surrogata, così come la fecondazione eterologa, in Italia sono vietate dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Inoltre, anche la legge ucraina era stata violata perché in quel Paese è consentita la maternità surrogata, ma a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del bambino provenga dalla coppia committente<sup>21</sup>.

Il Tribunale ne desumeva che il bambino avrebbe potuto essere soltanto adottato dai coniugi italiani e che la denuncia di filiazione da loro effettuata era perciò avvenuta in frode alla disciplina dell'adozione. Anche la Corte d'Appello, adita in sede di impugnazione, affermava che sebbene il certificato di nascita ucraino del minore risultasse formalmente regolare<sup>22</sup>, non poteva ugualmente essere trascritto in Italia, ai sensi dell'art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) essendo contrario all'ordine pubblico, «*atteso che la l. n. 40 del 2004 vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità e la stessa fecondazione eterologa*». Ne conseguiva inevitabilmente l'accertamento della condizione di abbandono - e dunque lo stato di adottabilità - del bambino, ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, dato che il minore, nato in Ucraina, non era assistito in Italia né dai genitori né da altri parenti.

I coniugi proponevano allora ricorso anche per Cassazione, che si pronunciava con la ricordata sentenza n. 24001 del 2014, confermando la decisione adottata dai giudici di merito. La prima sezione della Suprema Corte coglieva l'occasione per chiarire che la nozione di ordine pubblico indicata dai ricorrenti, secondo cui esso consiste nei «*valori condivisi della comunità internazionale*», è (quanto meno)

---

<sup>20</sup> In dottrina si è cercato di sintetizzare la vicenda scrivendo che ricorreva un'ipotesi di “maternità surrogata eterologa transnazionale commerciale per *gestazione*, che aveva comportato il coinvolgimento di cinque diversi soggetti: la c.d. *coppia d'intenzione*, due donatori anonimi di gameti, ed una madre gestante, vale a dire colei che, dietro pagamento di un corrispettivo, aveva portato in grembo l'embrione, consentendone la nascita”, MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, articolo edito sulla rivista telematica *Genius*, 1/2015 p. 164, (i corsivi sono nel testo). Si osservi che l'A. evidenzia, tra l'altro, che nel caso in esame la disponibilità della madre gestante era stata acquisita mediante il pagamento di una somma di denaro. In altro passaggio si sottolinea che in questa ipotesi “ci troviamo in presenza di “tre madri potenziali”: una madre biologica (anonima), una madre di grembo (che rifiuta la maternità) e una madre intenzionale che, al contrario, la rivendica sulla base di un atto pubblico straniero”, *op. ult. cit.*, p. 167 s.

<sup>21</sup> Restando poi da valutare il rilievo da attribuire nel diritto interno all'affermazione di un giudice nazionale secondo cui un provvedimento amministrativo straniero risulta invalido in base alla legge nazionale estera che avrebbe dovuto rispettare. L'osservazione acquisterebbe però un significato molto più pregnante qualora si ritenesse che, in base alla norme del diritto internazionale privato, la legislazione nazionale applicabile non dovesse essere quella italiana bensì quella ucraina. Ha osservato in proposito MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore ... cit.*, p. 168, n. 25, che se “l'accertamento dello *status filiationis*” avesse dovuto essere effettuato ai sensi della legislazione vigente nello Stato di nascita del bambino, lo stesso “non avrebbe potuto essere riconosciuto, stante l'inesistenza del rapporto di filiazione ai sensi della legge ucraina”.

<sup>22</sup> Pertanto debitamente appostillato.

incompleta. L'ordine pubblico, invece, se è vero che certamente non si identifica con le «*semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico*», è anche vero che, nell'accezione di ordine pubblico internazionale, rappresenta il «*limite che l'ordinamento giuridico nazionale pone alla rilevanza di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna*», pertanto «*non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili*».

La Suprema Corte, operata la riassunta premessa, ha ricordato che «*l'ordinamento italiano - per il quale madre è colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.<sup>23</sup>) - contiene all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità ... il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico<sup>24</sup>, come suggerisce già la previsione della sanzione penale ... vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in contrasto*»<sup>25</sup>. Merita peraltro di essere anche ricordato che, come segnalato dalla dottrina, la coppia di coniugi in questione «aveva per tre volte avanzato domanda di adozione. Tali richieste erano state respinte per 'grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva'»<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Osserva PAOLO ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 197 ss., che quando il codice civile - il quale contiene la previsione di cui all'art. 269, terzo comma, secondo cui la madre del bambino è colei che lo partorisce - è stato emanato, l'ipotesi che la partoriente potesse limitarsi ad accogliere in grembo l'embrione formato dalla coppia committente non era neppure immaginabile, ed attribuire in un simile caso la maternità a colei che partorisce non è una misura di giustizia, bensì una misura di dissuasione della surrogazione.

<sup>24</sup> Prima dell'adozione della legge n. 40 del 2004, invero, non sembra si fosse affermato in giurisprudenza che la surrogazione di maternità fosse una pratica contraria all'ordine pubblico. La giurisprudenza di merito, anzi, nell'ambito di una procedura cautelare era giunta ad affermare che l'accordo tra due coniugi che avrebbero fornito ovociti e seme, un ginecologo che avrebbe provveduto al concepimento *in vitro* ed una donna consenziente, nel cui utero l'embrione sarebbe stato impiantato ed avrebbe condotto fino al termine la gravidanza, fosse un patto lecito ed anche meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., cfr. Trib. Roma ord. 17.2.2000, in *Dir. fam.*, I, 2000, p. 706, con nota critica di LORENZO D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*. L'autore pone il problema della possibile contrarietà della pratica con l'ordine pubblico ed invita a distinguere l'ipotesi in cui la donna estranea alla coppia committente provveda alla funzione di madre surrogata o vicaria, svolgendo pure il ruolo di generatrice e divenendo quindi anche la madre genetica del bambino, dal caso in cui ella assuma soltanto il ruolo di gestatrice, apparendo più corretta parlare, in questo caso, di madre incubatrice o portante.

<sup>25</sup> La Suprema Corte prosegue, sul punto, osservando che soltanto all'istituto dell'adozione «governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici».

<sup>26</sup> MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore ... cit.*, p. 164. Peraltro non è noto se i coniugi avessero manifestato la disponibilità ad adottare il bambino anche in questo caso. L'A. osserva pure che, sia in considerazione dell'età avanzata della coppia, «sia per la difficoltà ad elaborare una sana genitorialità adottiva ... se la Suprema Corte avesse consentito in questo caso di aggirare i limiti previsti dalla disciplina dell'adozione ... avrebbe violato proprio quel superiore interesse» del minore «che si vorrebbe garantire, oltre a realizzare una disparità di trattamento con le coppie che in Italia attendono, nel rispetto della legge, di adottare un neonato»,

La vicenda appena riassunta presenta comunque delle peculiarità che la distinguono dalle altre analoghe sinora sottoposte all'esame delle Corti. In questo caso, infatti, il Giudice italiano ha affermato, a seguito di propria valutazione che il certificato di nascita del bambino di cui era stata domandata la trascrizione in Italia risultava invalido anche per la legge del Paese in cui era stato formato. Inoltre, in questa ipotesi di nascita a seguito di maternità surrogata, neppure l'uomo della coppia committente aveva fornito alcun contributo genetico utilizzato per il concepimento del bambino.

Il Giudice di legittimità ha pure sinteticamente rilevato che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità non è suscettibile di entrare in conflitto con la tutela del superiore interesse del minore, perché «*il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce*».

#### 4c. *Il matrimonio omosessuale*

Una tematica che presenta motivi di interferenza con la questione della possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero del bambino che è indicato quale figlio di due madri, ora decisa dal Giudice di legittimità, è quella che si ricollega alla qualificazione che deve attribuirsi nel diritto italiano al matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso.

Il problema della rilevanza nell'ordinamento interno di un simile matrimonio sembra essersi posto in sede giudiziaria<sup>27</sup> per la prima volta nel 2005, a seguito del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di Latina, che era stato richiesto di procedere alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero da due omosessuali. Questi ultimi contestarono la scelta dell'Autorità comunale innanzi al Tribunale del luogo, che ritenne però corretta la valutazione operata dall'Ufficiale dello stato civile, perché *un simile matrimonio si pone in contrasto con l'ordine pubblico italiano*<sup>28</sup>. I richiedenti la trascrizione non mancarono di ricorrere in appello, e la Corte di merito di Roma affermò che *il matrimonio omosessuale non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano perché è inesistente* per il nostro ordinamento<sup>29</sup>, in quanto difetta di un requisito essenziale dell'istituto, che consiste nella diversità di sesso tra i coniugi. Sulla ennesima impugnativa proposta dagli interessati la Suprema Corte, con la sentenza 15.3.2012, n. 4184, ha affermato che *il*

---

MARCELLA DISTEFANO, *op. ult. cit.*, p. 171.

<sup>27</sup> A livello amministrativo, il Ministero dell'Interno aveva emanato il 26.3.2001, la circolare Miacel n. 2, nella quale veniva chiarito che "non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico". Sempre il Ministero dell'Interno ha poi emanato la circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, con la quale ha riaffermato che "il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno". Cfr., in proposito, RENZO CALVIGIONI, *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 86, il quale conclude manifestando l'opinione che il rifiuto alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero, opposto dalla maggioranza degli ufficiali dello stato civile, appare legittimo.

<sup>28</sup> Trib. Latina, decr. 10.6.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 1096.

<sup>29</sup> Corte d'Appello di Roma, decr. 13.7.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 426.

*matrimonio omosessuale contratto all'estero non è inesistente per il diritto interno ma, non essendo normativamente previsto che esso possa sortire alcun effetto, lo stesso deve considerarsi inefficace*<sup>30</sup>. È parso opportuno ricordare questa vicenda perché sembra esemplarmente rappresentativa delle diverse opinioni che sono state espresse in materia di riconoscimento di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

Nel caso delle due madri deciso dalla Suprema Corte in esame, merita peraltro di essere evidenziato che la domanda (residua) verteva sulla possibilità di trascrivere l'atto di nascita di un bambino, e non l'atto di matrimonio delle due donne che sono indicate quali sue madri.

Dei limiti entro cui può trovare riconoscimento il matrimonio omosessuale si è occupata la Corte costituzionale già con sentenza n. 138 del 2010. La Consulta ha osservato che 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, quale 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 un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

La Corte costituzionale ha operato, pertanto, l'espreso riconoscimento del rilievo costituzionale, ex art. 2 Cost., delle unioni tra persone dello stesso sesso, intese quali formazioni sociali, ed ha ritenuto di dover rimettere al legislatore «nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali», unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*).

A sua volta, la Suprema Corte, con la ricordata sentenza n. 4184 del 2012, investita del problema della possibilità di trascrivere nei registri d'anagrafe italiani un matrimonio omosessuale contratto all'estero, ha osservato che «il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici», in assenza di una specifica previsione legislativa. La Corte ha pure specificato che «nella specie, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del Dpr n. 396 del 2000, art. 18<sup>31</sup> ... ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche

---

<sup>30</sup> Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2012, 1, p. 1691, con nota di FABIO CHIOVINI e MATTEO WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, ed in *Fam. dir.*, 7/2012, p. 678, con nota di MARCO GATTUSO, *Matrimonio "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la svolta della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Sullo sviluppo di questa vicenda giudiziaria, cfr. RENZO CALVIGIONI, *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 81 s.

<sup>31</sup> «Come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile di Latina a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con le ... circolari emanate dal Ministero dell'interno», ricorda la Suprema Corte. Merita anche di essere ricordato che, secondo il Tribunale di Latina originariamente investito del ricorso volto a conseguire la trascrizione dell'atto di matrimonio,

dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli, della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano. Ciò che, conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico»<sup>32</sup>.

L'evoluzione della giurisprudenza del Giudice di legittimità in materia ha poi condotto, di recente, ad affermare espressamente che la trascrizione del matrimonio omosessuale non incontra nell'ordinamento giuridico italiano limiti di ordine pubblico<sup>33</sup>.

In materia si è quindi pronunciato, con sentenza n. 4899 del 26.10.2015<sup>34</sup>, anche il Consiglio di Stato, ed ha affermato che «anche escludendo, quindi, l'applicabilità alla fattispecie considerata del fattore ostativo previsto all'art. 18 Dpr» n. 396 del 2000, «non potendosi qualificare come contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso), la trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile», la diversità di sesso tra i coniugi.

##### 5. La decisione adottata dalla Suprema Corte, profili di criticità.

La prima sezione della Cassazione ha deciso il giudizio sul bambino figlio di due madri con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599. Si tratta di una decisione meditata, lunga, articolata, che detta ben sette principi di diritto e non è agevole sintetizzare. Possono forse riassumersi le conclusioni scrivendo che gli ostacoli alla trascrizione dell'atto di nascita straniero del bambino figlio di due madri, poste dalla legislazione nazionale ed invocate dai ricorrenti, non deve ritenersi integrino principi dell'ordine pubblico italiano e non si risolvono perciò in ragioni sufficienti ad escludere la trascrizione del suo certificato di nascita, occorrendo assicurare la miglior tutela al preminente interesse del minore<sup>35</sup>. In conseguenza la Suprema Corte ha confermato

---

l'intrascrivibilità dell'atto dipendeva (anche) dalla sua contrarietà con l'ordine pubblico internazionale (italiano), cfr. Trib. Latina, decr. 10.6.2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 86 ss., con nota critica di FRANCESCO BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*.

<sup>32</sup> Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184 ... *cit.*, *loc. cit.*

<sup>33</sup> Cass. sez. I, sent. 9.2.2015, n. 2400, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2015, 1, p. 649, con nota di TOMMASO AULETTA, *Ammissibilità del matrimonio tra persone del medesimo sesso*.

<sup>34</sup> Cons. st., sez. III, sent. dep. 26.10.2015, n. 4899 (ric. n. RG 4543/2015), edita *on-line* nel sito *ricercagiuridica.com*.

<sup>35</sup> Sembra peraltro meritare una considerazione, nel valutare quale sia il reale interesse del minore, il fatto che il progresso della scienza già oggi consentirebbe di provocare il concepimento di bambini che rechino in sé parte del corredo genetico di più persone. Appare allora opportuno porsi per tempo il problema di che cosa dovrà farsi in ordine alla richiesta di trascrizione del certificato di nascita di un bambino che taluno, in qualche parte del mondo - speriamo non per finalità eugenetiche - avrà fatto nascere componendo il materiale genetico di tre o quattro padri, semmai di più, ed altrettante madri. La verità pare essere che il superiore interesse del minore è un concetto elastico e, se i suoi limiti non sono attendibilmente definiti, "la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore", come ammonisce PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora*

il decreto della Corte di Appello di Torino che aveva ordinato la trascrizione del certificato di nascita del bambino nei registri dello stato civile italiano.

Non essendo possibile, nei limiti di questo contributo, esaminare tutti i principi di diritto espressi dalla Corte di legittimità sembra opportuno concentrare l'attenzione su almeno uno dei profili innovativi della decisione e poi, necessariamente, sulla nozione di ordine pubblico adottata dalla Cassazione, perché suscettibile di trovare applicazione in un numero di casi molto elevato.

Il Giudice di legittimità ricorda innanzitutto, in materia di definizione di che cosa debba intendersi per maternità surrogata (punto 10.2), che «*la legge n. 40 del 2004 non consente alle coppie dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 5) e punisce chi le “applica” con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, comma 2)*». Inoltre, «*di “surrogazione di maternità” e di “commercializzazione di gameti o di embrioni” parla l’art. 12, comma 6, che le vieta con una norma che – come sottolineato dalla Corte cost. n. 162 del 2004 (al p. 9) – è attualmente in vigore e le punisce con una sanzione penale detentiva nei confronti di “chiunque, in qualsiasi forma, [le] realizza, organizza o pubblicizza”*».

Tanto premesso, la Suprema Corte scrive che «*per surrogazione di maternità o maternità surrogata (o gestazione per altri) si intende la pratica con la quale una donna assume l’obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di altra persona o di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro: in tal caso, una donna utilizza il corpo di un’altra donna che presta il proprio al solo fine di aiutarla a realizzare il suo esclusivo desiderio di avere un figlio.*

*Nel caso in esame, invece, una donna», la madre spagnola, «ha partorito un bambino (anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua partner femminile ... quest’ultima non si è limitata a dare il consenso alla inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile (evidentemente esterno alla coppia), ma ha donato l’ovulo che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita» del bambino, partorito dalla madre spagnola e «frutto dell’unione di due persone coniugate in Spagna. E’ questa una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità».*

Sulla base di queste premesse la Corte di legittimità ha quindi dettato il principio di diritto secondo cui, in «*tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l’ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un’ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un’ipotesi di genitorialità realizzata all’interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l’una partorito e per avere l’altra trasmesso il patrimonio genetico)*».

A quanto sembra la decisione della Cassazione intende la maternità surrogata come un’ipotesi limitata alla gestazione di un nascituro con l’impegno da parte della gestante di consegnare poi il bambino ai committenti a seguito della nascita. Questa situazione non ricorrerebbe nel caso di specie perché la madre gestante ha condotto innanzi la gravidanza, cui non aveva assicurato un contributo genetico, intendendo consentire la nascita di un bambino (anche) proprio.

In che cosa consista la pratica della maternità surrogata non lo dice la legge n. 40 del 2004 e, sembra, la nozione non è definita neanche in altri testi legislativi. Nep-

---

?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 149.

pure la scienza sembra avere dettato sinora una definizione certa di che cosa debba intendersi quando si parla di maternità surrogata. La Cassazione ha ritenuto che, al fine di decidere la controversia sottoposta, occorresse comunque spiegare la pratica in che cosa consista, ma sembra opportuno osservare che la definizione proposta non è la sola ipotizzabile. In Spagna, ad esempio, si preferisce parlare della pratica indicandola come “gestazione per sostituzione”. Intesa la maternità surrogata come una gestazione per sostituzione - e, si badi, è solo uno delle ipotesi possibili, possono proporsi di ulteriori - rimane da dubitare che nel caso esaminato dalla Suprema Corte l'agire delle ricorrenti non abbia integrato la fattispecie. Di fatto una madre si è sostituita all'altra, che aveva donato il patrimonio genetico, nel portare innanzi la gravidanza. Se si pone l'accento sull'alterazione del ciclo naturale della nascita, qualsiasi gestazione per sostituzione potrebbe forse anch'essa qualificarsi come una surrogazione di maternità<sup>36</sup>.

Particolare attenzione merita poi il concetto di ordine pubblico che la Cassazione ha ritenuto di indicare. La Suprema Corte ha dettato il principio di diritto (punto 7) secondo cui «*il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 dPR n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*».

La questione di che cosa debba intendersi per ordine pubblico non è semplice. E' complesso anche trovare un accordo sul se esista un solo ordine pubblico o se da questo debba distinguersi un ordine pubblico internazionale e, soprattutto, indicare in che cosa le due nozioni si differenziano.

Sicuramente condivisibile appare il rilievo che non ogni norma imperativa dell'ordinamento positivo integra un principio di ordine pubblico. Del resto, se così non fosse, non staremmo qui a parlare di “principi” di ordine pubblico, una nozione che, qualunque significato si intenda attribuirle, evidentemente si differenzia da quella di norme di legge.

La dottrina tradizionale afferma, e l'impostazione non pare meritevole di censura, che l'ordine pubblico si compone dei principi fondanti dell'ordinamento, desumibili dalla Costituzione e dalle leggi. Questo concetto permette di affermare che l'ordine pubblico deve desumersi dall'intero sistema dell'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso, dovendo dallo stesso ricavarsi i principi fondamentali che lo reggono.

E' indubbiamente vero, poi, che il disposto di cui agli articoli 10 ed 11 della Costituzione impone di tener conto degli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale, e sembra possa condividersi pure l'opinione che dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario possano desumersi principi che, in quanto recepiti nel nostro ordinamento, concorrono ad integrarne l'ordine pubblico. Ma è proprio questo il punto. Anche il diritto internazionale recepito costituisce un sistema di diritto vigente, ed è dall'intero sistema che sembra debbano desumersi i suoi principi.

---

<sup>36</sup> Ed incorrerebbe, pertanto, nei più volte ricordati divieti di legge.

La Cassazione scrive che l'ordine pubblico italiano deve ritenersi integrato, in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, dai principi desumibili dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e ben venga. Nell'ampia materia in considerazione, peraltro, non sembrano da trascurarsi i principi desumibili dalla Dichiarazione universale dei diritti umani adottata in sede ONU nel 1948. Inoltre, in ogni settore del diritto esistono anche norme convenzionali che, essendo state recepite, sono ormai parte dell'ordinamento interno. In materia di tutela dei minori, ad esempio, può farsi riferimento alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1959, alla Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, e non solo.

Sembra allora che pure queste norme convenzionali possano ritenersi parte del sistema da cui occorre desumere i principi vigenti dell'ordine pubblico italiano.

Resta poi fermo che occorre anche domandarsi, nell'ipotesi di contrasto tra un principio qualificabile fondamentale desumibile da norme internazionali con un principio, anch'esso qualificabile come fondamentale, che sia però previsto dall'ordinamento nazionale, a quale dei due debba assicurarsi prevalenza. Ove si ritenesse che sia sempre il principio desunto dal diritto internazionale a dover prevalere, l'intero ordinamento giuridico nazionale, compresi i suoi principi fondamentali, finirebbe per dover essere qualificato come un sistema giuridico meramente dispositivo. Il nostro ordinamento giuridico, infatti, potrebbe considerarsi in vigore fin quando le disposizioni del diritto internazionale, purché recepite, non si pongano in contrasto con le sue norme. Gli stessi principi su cui si fonda il diritto italiano dovrebbero (sempre) disapplicarsi quando contrastino con principi, da qualificarsi anch'essi come fondamentali, ma recepiti dall'ordinamento internazionale<sup>37</sup>.

Pare ancora meritare una considerazione quello che sembra poter essere un problema, ma non ha ricevuto uno specifico esame da parte della Cassazione nella decisione in commento. Tradizionalmente si afferma che l'ordine pubblico è posto a presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento, onde evitare che atti stranieri, anche giudiziari, possano essere riconosciuti efficaci nel nostro Paese sebbene si pongano in contrasto con i suoi principi fondamentali. Nel caso in esame, del bambino con due madri, è la stessa Suprema Corte a ribadire più volte, nel corso della decisione in esame, che le pratiche sottese alla nascita del bambino sono vietate nel nostro ordinamento. Tuttavia le due madri si sono giovate dell'elasticità delle norme del diritto internazionale privato, che trova la sua ragion d'essere nel facilitare il ri-

---

<sup>37</sup> Tesi che non appare condivisa dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente affermato che il giudice comune, il quale rinvenga un contrasto insanabile tra la norma interna e quella internazionale recepita, deve proporre la questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., cfr. Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2008, p. 585, con nota di SALVATORE SALVAGO, *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992*, ed in *Riv. giur. urb.*, 4/2007, p. 373, con nota di FABIO CORVAJA, *Gli obblighi internazionali nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007: una partita tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni*. La Suprema Corte, inoltre, ha ribadito che deve rimanere "fermo il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea", Cass. SU, sent. 25.1.2017, n. 1946. Si osservi che, ad accogliere la diversa impostazione riassunta nel testo, si ingenererebbe pure il non agevole problema di individuare quale sia l'Autorità competente ad attribuire ad una norma - sia essa espressa, o meno - posta dall'ordinamento giuridico internazionale la qualifica di principio fondamentale.



conoscimento degli atti e delle decisioni straniere, per conseguire l'efficacia in Italia di un provvedimento che, in base alle leggi nazionali, non avrebbe potuto essere legittimamente adottato<sup>38</sup>. Lo schema potrebbe essere riutilizzato più volte, anche in settori molto diversi dell'ordinamento, con conseguenze imprevedibili. Occorrerà pertanto individuare con attenzione quali siano gli atti ed i provvedimenti stranieri che tuttora non possono essere recepiti nel nostro Paese perché in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

In materia di maternità plurima, poi, suscita perplessità il fatto che, essendo il riconoscimento della stessa inibito dalla legislazione nazionale, si rischia l'insorgere di una discriminazione censuaria tra le aspiranti, perché non tutte le donne unite in una coppia posseggono disponibilità economiche tali da potersi recare all'estero al fine di porre in essere le pratiche necessarie per la nascita di un loro bambino.

Inoltre, qualora si ritenesse di seguire in uno Stato estero che lo consenta la medesima pratica, donazione dell'ovulo da parte di una donna e gestazione da parte dell'altra, nell'ambito di un rapporto trilaterale di cui sia parte anche un uomo conosciuto, padre genetico e semmai compagno di vita di una delle due, quanti saranno i genitori? Chi eserciterà la responsabilità genitoriale? Sulle decisioni di maggiore importanza nell'interesse del minore occorrerà raggiungere un accordo a tre, decidendo a maggioranza? Tanti interrogativi.

In questo settore, peraltro, il problema di definire con la massima precisione quali siano i limiti al riconoscimento degli atti stranieri posti dall'ordine pubblico nazionale sembra ancora meritevole di approfondimento, e si presenta come assai attuale. La giurisprudenza di merito ha esaminato il caso di due donne italiane, coniugate in Spagna, che hanno domandato la trascrizione del certificato di nascita spagnolo di un bambino nato a Barcellona, a seguito di fecondazione eterologa, del quale risultavano essere madri entrambe. La peculiarità del caso, rispetto a quello esaminato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, consiste nel fatto che una delle due donne indicate come madri nel certificato di nascita, non ha fornito l'ovulo utilizzato per la fecondazione e neppure ha portato avanti la gravidanza. Si tratta, in sostanza, di una donna che può forse definirsi come una co-madre sociale del bambino la quale, in base al diritto italiano, potrebbe al più accedere alla c.d. *stepchild adoption*<sup>39</sup>, ma certo non potrebbe essere riconosciuta come madre del bambino. Il Tribunale di Napoli, con decreto depositato il 6.12.2016 ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di trascrivere anche questo atto di nascita straniero.

---

<sup>38</sup> Il Consiglio di Stato, nella ricordata sentenza n. 4899 del 2015, *loc. cit.*, ha sostenuto che, ad accogliere simili domande, si "finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente" il riconoscimento di istituti senz'altro estranei al nostro diritto, se non anche incompatibili con lo stesso. Ove si ritenesse di condividere questa linea di pensiero occorrerebbe pertanto negare la compatibilità delle richieste di trascrizione nei nostri registri dello stato civile di simili atti formati all'estero, potendo esercitarsi nell'individuare quale tra le categorie giuridiche già note sia quella più idonea a qualificare la fattispecie, dalla frode alla legge all'abuso del diritto, non sembrando da escludere l'opportunità di individuare una nuova e più consona definizione.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12962, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2016, p. 2342, con nota di GEREMIA CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Fam. dir.*, 11/2016, p. 1034, con nota di SILVIA VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, p. 1213, con nota di GILDA FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*,

## **Tribunale Civile di Milano**

### **Sentenza 20 aprile 2017**

#### **Simboli religiosi – Libertà religiosa – Laicità – Sicurezza – Principio di non discriminazione**

*La previsione di cartelli con la scritta “per ragioni di sicurezza è vietato l’ingresso a volto coperto”, accompagnati da tre immagini con persone con casco, passamontagna e burqa, ciascuno barrato da una crocetta, affissi in attuazione di una disposizione regionale, non determinano alcuna discriminazione diretta o indiretta, in quanto si tratta di un divieto legato in modo necessario e proporzionato ad esigenze di sicurezza.*

Fonte: [www.olir.it](http://www.olir.it)

## **Tribunale Civile di Roma. Sezione Terza Lavoro**

### **Sentenza 1 giugno 2017**

#### **Confessioni religiose – Associazioni religiose – Attività di spettacolo – Obbligo contributivo**

*È escluso l’obbligo contributivo in caso di manifestazioni organizzate a fini socio-educativi svolte da associazioni religiose riconosciute dalla confessioni con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese, nonché da associazioni di volontariato di cui alla legge n.266/91, da associazioni di promozione sociale di cui alla legge n.383/2000, purché non si riscontri una vera e propria attività di spettacolo.*

Fonte: inedita

## *La trascrizione del matrimonio ebraico: postilla a margine del Decreto 22 febbraio 2016 del Tribunale di Milano (sez. IX civile)*

NOEMI CARMEN CAFARO

Il decreto in commento rappresenta un'importante pronuncia del Tribunale di Milano<sup>1</sup> che innova il tema della trascrizione tardiva del matrimonio ebraico, particolarmente controverso in dottrina, come in generale quella dei matrimoni acattolici.

L'istituto della trascrizione tardiva, disciplinato dal Legislatore concordatario del 1984, prevede per la prima volta la possibilità dei coniugi cattolici di chiedere, senza limiti di tempo, il riconoscimento degli effetti civili del loro matrimonio, ponendoli in una posizione di privilegio rispetto agli appartenenti alle altre confessioni religiose<sup>2</sup>, sprovviste di analoga previsione normativa.

La trascrizione tardiva si caratterizza così per la centralità della volontà delle parti nel richiedere, trascorso il termine di cinque giorni dalla celebrazione delle nozze previsto *ex lege* (cd. trascrizione tempestiva), la trasmissione dell'atto di matrimonio all'ufficiale di stato civile<sup>3</sup>, il quale sarà tenuto a compiere una serie di adempimenti, volti a rilevare eventuali impedimenti, pregressi e successivi, per "*acquisire piena sicurezza sulla chiara ed esplicita volontà di entrambi i coniugi di conferire effetti civili al loro matrimonio*" e per verificare che sia stato "*conservato ininterrottamente lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta*".<sup>4</sup>

Perfezionatosi tale *iter*, la trascrizione avrà efficacia retroattiva alla data di celebrazione, senza arrecare pregiudizi ai diritti legittimamente acquisiti da terzi<sup>5</sup>.

Il provvedimento esaminato afferma che l'istituto giuridico in esame non è applicabile al caso di specie, adducendo come motivazione la circostanza che la trascrizione tardiva non è disciplinata dalla legge 101 del 1989, fonte dei rapporti tra lo Stato e le Comunità ebraiche<sup>6</sup>.

A sostegno si ritiene che, in virtù dell'art. 8 comma terzo della Costituzione, solo mediante lo strumento giuridico dell'Intesa la confessione religiosa acattolica considerata disciplina la sua posizione all'interno dello Stato, rescindendo da quanto già stabilito dalla legge sui "*culti ammessi*"<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> TRIBUNALE DI MILANO, Decreto 22 febbraio 2016, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, p. 686.

<sup>2</sup> RAFFAELE BALBI, *Il matrimonio religioso con effetti civili*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 31.

<sup>3</sup> RAFFAELE BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, tomo I, a cura di A. ALBISETTI, R. BOTTA, S. CICCARELLO, L. ROSSI CARLEO, R. TOMMASINI, Giappichelli, Editore, Torino, 1999, p. 35

<sup>4</sup> RAFFAELE BALBI, *op. cit.*, p. 35.

<sup>5</sup> MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 301.

<sup>6</sup> ANNA SVEVA MANCUSO, *La rilevanza civile del matrimonio degli acattolici*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2013.

<sup>7</sup> PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Il diritto matrimoniale dei culti acattolici nell'ordinamento giuridico*

Sebbene durante i lavori preparatori fosse esplicitamente richiesta<sup>8</sup>, la trascrizione tardiva è stata espunta dal testo definitivo dell'Intesa, rilevando così l'eccezionalità di tale istituto, resa ancora più evidente dalla circostanza che la normativa sul matrimonio ebraico avrebbe teso ad una sostanziale equiparazione con quella concordataria.

In considerazione di quanto appena detto, non appare convincente l'opinione di parte della dottrina che ravvisa in tale circostanza una lacuna legislativa da colmare attraverso il criterio dell'*analogia legis*.<sup>9</sup>

I giudici, a tal riguardo, hanno statuito che la trascrizione tardiva, data la sua natura di "*jus speciale*", non è applicabile analogicamente, confermando ancora una volta il carattere eccezionale della stessa e risolvendo una questione a lungo dibattuta in dottrina.<sup>10</sup>

Fermo quanto detto, nel caso concreto, è stata riconosciuta agli sposi la possibilità di trascrivere il proprio matrimonio oltre il termine legale, ed in ciò consta l'aspetto più significativo del decreto 22 febbraio 2016.

Infatti i giudici hanno ritenuto applicabile la c.d. "*trascrizione posticipata con effetti ex tunc*", ovvero "*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*", così che sia data efficacia civile alle nozze retroattivamente fino alla data della celebrazione, a condizione che, al momento della richiesta sussistano ancora quei requisiti previsti *ex lege* per accedere all'unione matrimoniale.

La ragione di tale decisione va riscontrata nella circostanza che la mancata trascrizione non è dipesa dalla esplicita volontà degli sposi, ma dall'omissione del

---

italiano, Luzzati, Roma, 1933.

<sup>8</sup> ANNA SVEVA MANCUSO, *op. cit.*, p. 114 ss.

<sup>9</sup> A tal riguardo Anna Sveva Mancuso, riporta: "*Altra parte della dottrina si è pronunciata, invece, per l'ammissibilità della trascrizione tardiva anche se i vari autori non sono concordi tra loro sui motivi che li portano a sostenere tale asserzione. Alcuni di essi fondano il loro convincimento proprio sulla possibilità di applicare per analogia quanto disposto per il matrimonio canonico. Jemolo in proposito osserva che la formazione delle due leggi è coeva e che si nota un certo parallelismo tra le loro disposizioni [...]. Schiappoli ritiene possibile una trascrizione tardiva perché considera che il vincolo matrimoniale sia già perfetto con lo scambio dei consensi e che la trascrizione sia soltanto una condizione necessaria per fargli conseguire gli effetti civili [...]. Qualora perciò il ministro acattolico trasmetta in ritardo l'atto di matrimonio, egli è del parere che la trascrizione possa avere luogo egualmente, in analogia con quanto stabilito dalla legge, assimilando il suo ritardo a quello dell'ufficiale di stato civile.[...] E' del pari dell'idea che la trascrizione tardiva sia ammissibile, proprio per la natura, meramente probatoria di tale istituto nel matrimonio acattolico, D'Avack.[...] il quale però, sebbene ammette la possibilità di applicare anche ai culti acattolici l'istituto giuridico in esame, tuttavia non ritiene fattibile il ricorso all'analogia col matrimonio cattolico, avendo la trascrizione valore giuridico diverso. Piacentini è sostanzialmente d'accordo con D'Avack.[...]*" ANNA SVEVA MANCUSO, *op. cit.*, p. 89.

<sup>10</sup> La dottrina maggioritaria ha sempre sostenuto l'impossibilità di estendere analogicamente l'istituto giuridico della trascrizione tardiva ai matrimoni acattolici; così Albisetti: "[...] ci sembra che una tale analogia non sia invocabile data la specialità del regime matrimoniale previsto dagli Accordi lateranensi, specialità che peraltro comporta la conseguente eccezionalità del principio di trascrizione tardiva". Così ALESSANDRO ALBISETTI, *Il matrimonio degli acattolici: Gli Ebrei*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Parte I, Giuffrè, Milano, 1990, p. 465. Dello stesso avviso anche Di Marzio: "*Occorre innanzitutto premettere che la trascrizione posticipata del matrimonio acattolico deve essere senz'altro rifiutata dall'ufficiale di stato civile e non sembra possa neppure essere disposta dall'autorità giudiziaria [...]*". Così PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni con effetti civili*, Cedam, Padova, 2008, p. 260.

rabbino il quale pur essendo normativamente obbligato non ha mai trasmesso gli atti del matrimonio all'ufficiale di stato civile, viziando così parte del procedimento amministrativo.

A ben vedere, i giudici hanno, a mio giudizio, ricavato la proposta lettura dalla normativa sulla trascrizione tardiva, per cui considerando che nel caso in esame le parti hanno potuto trascrivere il matrimonio a più di un anno dall'avvenuta celebrazione del rito ed essendosi anche esaurito l'arco temporale di 180<sup>11</sup> giorni dalla validità delle pubblicazioni, si potrebbe ritenere tale scelta come un tentativo di prevedere un procedimento simile alla trascrizione tardiva<sup>12</sup>.

Ciò è tanto più vero se si considera che già prima di tale pronuncia era possibile regolarizzare l'iter di registrazione del matrimonio non validamente perfezionatosi ricorrendo alla procedura giudiziale della rettificazione degli atti dello stato civile, ex art. 95 e ss. del D.P.R. 369/2000<sup>13</sup>, dato che le incombenze che accompagnano e seguono la celebrazione del rito sono veri e propri atti dovuti<sup>14</sup>.

In definitiva, la soluzione adottata dal Tribunale appare pienamente conforme con i principi cardine del nostro ordinamento, poiché ha dato rilevanza alla volontà originaria delle parti, di vedere trascritto il loro matrimonio, salvaguardando così un diritto che, altrimenti, sarebbe risultato inevitabilmente leso.

I giudici hanno ritenuto così necessario adottare una peculiare soluzione, ovvero dare rilevanza giuridica ad un istituto fin ora riconosciuto dalla sola dottrina, quello della trascrizione posticipata con effetti *ex tunc* appunto; non solo, nel motivare il decreto, il Tribunale ha anche regolamentato tale istituto, disciplinandone le caratteristiche principali e i necessari presupposti applicativi.

Ma ciò che rende questa pronuncia innovativa è la circostanza per cui è stato, di fatto, applicato un istituto che l'Intesa con le Comunità ebraiche non prevede.

Sebbene ad una prima lettura siffatta decisione possa apparire in contrasto con l'art. 8 della Costituzione, scorrendo le motivazioni poste a fondamento della stessa, si evince un intento forte di tutela da parte dei giudici verso la volontà delle parti, intorno cui si soffermata l'attenzione del Tribunale.

---

<sup>11</sup> CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico: tradizione europea, legislazione italiana*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 373.

<sup>12</sup> SARA DOMIANELLO, *I matrimoni davanti a ministri di culto*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 363.

<sup>13</sup> A tal proposito Finocchiaro ritiene che la mancata trasmissione dell'atto da parte del ministro di culto non sia lesiva del vincolo matrimoniale, che potrebbe essere salvato, dato l'interesse primario dell'ordinamento a tutelare la validità del vincolo. Infatti il Finocchiaro, escludendo l'applicazione analogica dell'istituto della trascrizione tardiva ai matrimoni acattolici, ritiene che un ulteriore strumento posto a tutela della volontà delle parti, nei casi in cui si sia verificata una mancata trasmissione dell'atto di matrimonio all'ufficiale di stato civile, sia un ricorso all'autorità giudiziaria ex art. 131 c.c., la quale, mediante sentenza, ordinerà la trascrizione, dopo aver accertato il permanere di tutte le condizioni richieste dalla legge, specie quello "se le parti stesse intesero celebrare un matrimonio valido agli effetti civili e non un vincolo di mera natura religiosa." Con tale dichiarazione, ad avviso dell'autore, è reso minimo il pericolo che sia dilatata la possibilità di matrimoni clandestini o segreti. (Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, FRANCESCO ONIDA, *Matrimonio concordatario-Matrimonio degli acattolici*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 90 ss.)

<sup>14</sup> CARLO CARDIA, *op. cit.*, p. 364 ss.

## **Camera dei Deputati, Interpellanza 28 febbraio 2017, n. 2-01685, a firma dell'on. Renato Brunetta, presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, nonché al Ministro della Giustizia**

Fonte: [www.camera.it](http://www.camera.it)

Fonti giornalistiche riferiscono che il Decano della Rota Romana, organo della Santa Sede, ha promulgato un decreto che recita: “La nomina degli Avvocati è riservata al Decano; che può confermare, eventualmente, come patrono d’ufficio, l’avvocato che la parte ebbe nei gradi inferiori”;

com’è noto il Tribunale della Rota Romana (già Sacra Rota) emette sentenze sulle cause di nullità matrimoniale, che possono essere deliberate in Italia in applicazione del Concordato. Questo decreto, abrogando di fatto il diritto ad avere un avvocato di fiducia, non può non imporre gravi interrogativi sulla base di una più compiuta e dettagliata narrativa sul contesto storico e giuridico in cui nasce e si applica la deliberazione del Decano; a quanto consta all’interpellante anche avvocati di fiducia già nominati, pendente la causa, sono stati, senza alcuna giusta causa, rimossi dal Decano contro la volontà delle parti che avevano conferito mandato di fiducia anche da molto tempo, imponendo così loro diverso avvocato d’ufficio;

la stessa riforma procedurale canonica introduce un “processo più breve” davanti al Vescovo e non al Tribunale ecclesiastico collegiale, con procedura sommaria (una sola udienza e quindici giorni di tempo per emanare la sentenza; cfr. canone 1683 ss., in Motu proprio *Mitis Iudex* 8 dicembre 2015) e tale abbreviata procedura è utilizzabile solo con il consenso delle parti;

L’Accordo di Villa Madama sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana pone quale condizione per il riconoscimento da parte della corte di appello degli effetti civili italiani delle sentenze canoniche “che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell’ordinamento italiano” (articolo 8, n. 2, lettera b), della legge n. 121 del 1985);

la Corte Costituzionale, nella sua sentenza del 22 gennaio 1982, n. 18, ha indicato il diritto alla difesa fra i principi supremi dell’ordinamento costituzionale “nel suo nucleo più ristretto ed essenziale”;

va rilevato il valore assoluto, inviolabile ed irrinunciabile del diritto all’assistenza tecnico-fiduciaria, quale parte ineludibile del diritto di difesa, tutelato da norme costituzionali ai sensi dell’articolo 24 della Costituzione, cosicché attraverso la obbligatorietà della difesa tecnica o la nomina eventuale di un difensore d’ufficio solo in assenza della prima, si assicura un equo processo ed una contrapposizione equilibrata tra le parti (cfr. da ultimo Cass. pen. Sez. Un., 26 marzo 2015);

va considerato che l’obbligo dell’assistenza tecnico-fiduciaria rientra nel più generale obbligo di rispettare principi di ordine pubblico, anch’esso espressamente

previsto dal Concordato, e particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. Cassazione Sezioni Unite 17 luglio 2014, nn. 16379-16380) in tema di deliberazione di sentenze canoniche, anche perché la mancata assistenza tecnico-fiduciaria può sicuramente andare in detrimento dei diritti della parte più debole ed essere utilizzata al fine di far cadere l'assegno di mantenimento, in assenza di giudicato di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario;

il descritto principio fondamentale del diritto di difesa ha trovato consacrazione anche nell'articolo 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, in materia di processo equo;

va evidenziato, tra l'altro, che la Corte di Strasburgo, il 20 luglio 2001, decidendo il "caso Pellegrini" ha già condannato l'Italia per l'indebita esecuzione di una sentenza canonica, non essendosi i giudici nazionali sincerati che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici fosse stato rispettato l'articolo 6;

occorre evidenziare in particolare, che i tribunali ecclesiastici e le loro attività non sono sindacabili dinanzi alla Corte di Strasburgo perché la Santa Sede non è parte della Convenzione dei diritti dell'uomo, ma sono sindacabili e sono stati sindacati gli atti dello Stato italiano;

il divieto per le parti di scegliere liberamente un avvocato di fiducia, l'imposizione di un avvocato di ufficio anche in presenza di avvocato di fiducia già nominato, l'imposizione dal medesimo organo giudicante con commistione di ruoli e poteri, la scelta discrezionale ed insindacabile degli avvocati d'ufficio demandata ad un unico soggetto, che è anche il presidente del tribunale, la rimozione senza giusta causa di avvocati che patrocinavano già pendenti, e la imposizione di una procedura sommaria anche senza l'adesione della parte convenuta, costituiscono ad avviso dell'interpellante gravissima lesione del diritto di difesa;

tale lesione al diritto di difesa, essendo normativamente prevista, a giudizio dell'interpellante, impedisce radicalmente il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche per loro contrarietà all'articolo 8, n. 2, lettera b), del Concordato (cfr. legge 121 del 1985), all'articolo 24 della Costituzione e all'articolo 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo –:

quali siano gli urgenti intendimenti del Governo in merito ai fatti esposti in premessa e quali iniziative di competenza intenda assumere affinché possa essere garantito il rispetto pieno della Convenzione dei diritti dell'uomo presso i tribunali della Santa Sede, anche ai fini della deliberazione delle sentenze ecclesiastiche.

-----

L'interpellanza è stata discussa presso la Camera dei Deputati nella Seduta n. 757 di venerdì 10 marzo 2017:

«PRESIDENTE. L'ordine del giorno reca lo svolgimento di interpellanze urgenti.

*(Iniziativa di competenza in relazione al pieno rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo presso i tribunali della Santa Sede, alla luce della giurisprudenza CEDU – n. 2-01685)*

PRESIDENTE. Passiamo alla prima interpellanza urgente all'ordine del giorno Brunetta n. 2-01685 *(Vedi l'allegato A)*.

Chiedo al deputato Brunetta se intenda illustrare la sua interpellanza o se si riserva di intervenire in sede di replica.

RENATO BRUNETTA. Certamente, Presidente.

Signora Presidente, onorevoli colleghi, signor sottosegretario, ho presentato questa interpellanza per sollevare una questione sicuramente non molto nota, ma che, di fatto e di diritto, tocca comunque le vite e i diritti fondamentali di tanti nostri concittadini.

Come si riporta nel testo e come abbiamo appreso da fonti giornalistiche, nel mese di dicembre 2015 - più di un anno fa - con un decreto non pubblicato, ma soltanto affisso alla bacheca della Rota Romana, organo della Santa Sede, l'ex Sacra Rota, il Decano Pinto ha stabilito che "la nomina degli avvocati è riservata al Decano, che può confermare, eventualmente, come patrono d'ufficio, l'avvocato che la parte ebbe nei gradi inferiori".

Come è noto, il tribunale della Rota Romana, già Sacra Rota, emette sentenze sulle cause di nullità matrimoniale che possono essere deliberate in Italia in applicazione del Concordato, deliberate ovvero pienamente riconosciute nello Stato italiano con gli effetti civili che questo comporta. Il decreto del Decano, abrogando di fatto il diritto ad avere un avvocato di fiducia, non può quindi non imporre gravi interrogativi sulle conseguenze che ne derivano. Ci risulta che anche avvocati di fiducia già nominati siano stati, senza alcuna giusta causa, rimossi dal Decano contro la volontà delle parti che avevano conferito mandato di fiducia anche da molto tempo, imponendo così loro diverso avvocato d'ufficio.

Ricordo, però, che l'accordo di Villa Madama del 1984, sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica italiana, pone quale condizione per il riconoscimento da parte della corte d'appello degli effetti civili italiani delle sentenze canoniche "che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano".

Ricordo, altresì, che la Corte costituzionale, nella sentenza del 22 gennaio 1982, n. 18, ha indicato il diritto alla difesa fra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, nel suo nucleo più ristretto ed essenziale. Va, quindi, rilevato il valore assoluto, inviolabile e irrinunciabile del diritto all'assistenza tecnico-fiduciaria quale parte ineludibile del diritto di difesa, tutelato da norme costituzionali ai sensi dell'articolo 24 della nostra Costituzione. Il descritto principio fondamentale del diritto di difesa ha trovato consacrazione anche nell'articolo 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo in materia di processo equo.

Ebbene, signora Presidente e signor sottosegretario, onorevoli colleghi, rilevando una violazione del diritto di difesa nella deliberazione del Decano della Sacra Rota, con questa interpellanza avevamo chiesto al Governo di prestare attenzione alla vicenda e quali iniziative di competenza il Governo intendeva assumere affinché fosse garantito il rispetto pieno della Convenzione dei diritti dell'uomo presso il tribunale della Santa Sede, soprattutto ai fini della delibazione delle sentenze ecclesiastiche.

Nel frattempo, però, è successo qualcosa: per una volta, all'interpellanza al Governo italiano ha risposto prima un altro Governo, in questo caso quello della Santa Sede, e lo ha fatto in modo, per così dire, improprio, comunicando, tramite l'articolo di un autorevole vaticanista de *La Stampa*, Andrea Tornielli, come fosse stato posto rimedio alla stortura paurosa del diritto di difesa sopra menzionato.

Ovviamente l'appunto, sia pure autorevole, di un vaticanista non può bastare. Di certo la notizia, non a caso, è stata data alla vigilia di questo nostro incontro o delle interpellanze. Io non sono un vaticanologo, per carità, e neppure un vaticanista: lascio a loro di ricostruire le trame - nel senso buono del termine, ovviamente - che hanno indotto a questa risposta così puntuale.

Come si legge nell'articolo apparso proprio ieri, il Segretario di Stato Pietro Parolin avrebbe fatto pervenire al Decano della Rota una lettera in cui comunicava "che il Santo Padre ha espresso la volontà che sia rispettato il diritto di ogni fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato". Il cardinale, a nome del Pontefice, chie-



deva quindi al Decano della Rota di “voler modificare la prassi attuale” e correggere, quindi, l’interpretazione del rescritto papale del dicembre 2015 data da monsignor Pinto, invitando a consentire alle parti che lo desiderano di scegliersi - bontà sua - un patrono di fiducia (bontà sua l’ho aggiunto io).

È davvero strano, però, come la situazione, in piedi da più di un anno e mai segnalata da nessun giornalista vaticanista, ma solo da un giornalista, Renato Farina, con un articolo del 30 dicembre 2016, abbia avuto una svolta proprio in questi giorni e che il decreto - quindi serviamo ancora a qualcosa, signor sottosegretario, signor Presidente, signori colleghi - del supremo tribunale della Segnatura Apostolica, che di fatto annulla il decreto del Decano dello scorso dicembre, sia datato proprio 7 marzo 2017, ovvero tre giorni prima della discussione di oggi di questa interpellanza; un’interpellanza che era stata assegnata alla Presidenza del Consiglio, ma su cui viene a rispondere - non me ne voglia il sottosegretario Migliore, di nome e di fatto - un rappresentante della giustizia, quasi come se questa cosa non riguardasse i rapporti tra Stati. Mi auguro che le autorità vaticane abbiano, per via diplomatica, fornito chiarimenti lineari e documentati e mi auguro che il Governo italiano abbia formalizzato una protesta e che venga immediatamente fatta chiarezza sulla vicenda, essendo la prassi della Rota in contrasto con i Patti Lateranensi. Ad ogni modo, mi auguro che il Governo italiano oggi - ma non ne dubito - sia in grado di offrire una risposta soddisfacente al tema proposto. La ringrazio, signora Presidente, grazie, signor sottosegretario.

PRESIDENTE. Il Sottosegretario di Stato per la Giustizia, Gennaro Migliore, ha facoltà di rispondere.

GENNARO MIGLIORE, *Sottosegretario di Stato per la Giustizia*. Grazie, signora Presidente. Ringrazio l’onorevole Brunetta per questa interpellanza, che, come ha già osservato nella sua prolusione e nell’illustrazione della stessa, vedrà da parte mia una risposta in particolare sul merito giurisprudenziale, piuttosto che sulla relazione dei nostri due Stati sovrani, così come stabilito dagli accordi. Questo è anche il senso di una interpretazione, di una risposta che io intendo fornire sulla base dei principi generali che riguardano, nell’ordinamento italiano, le sentenze di nullità, in particolare, in questo caso, del matrimonio concordatario, pronunciate in ultima istanza dalla Rota Romana, in conseguenza di un provvedimento - quello del Decano - che - io apprendo oggi - possa anche essere stato eventualmente revocato, che nei citati procedimenti avrebbe avvocato a sé la nomina del difensore delle parti, riservandosi l’eventuale facoltà di confermare quale difensore d’ufficio anche l’avvocato già nominato di fiducia nei gradi inferiori.

Quindi, l’intervenuta eventuale modifica, ovviamente, non farà parte della trattazione di questa risposta, ma, come si vedrà, interverrà soprattutto per definire quali sono gli ambiti nei quali ci possiamo muovere come Governo. Si chiede quali iniziative intenda assumere il Governo, perché possa essere garantito il pieno rispetto della Convenzione dei diritti dell’uomo presso i tribunali della Santa Sede, anche ai fini della delibazione delle sentenze ecclesiastiche. L’onorevole Brunetta, inoltre, chiede se il Governo italiano intenda avviare iniziative per assicurare il pieno rispetto della Convenzione dei diritti dell’uomo presso i tribunali della Santa Sede. È una questione, quindi, generale, al di là del caso specifico, e credo sia utile affrontarla anche in questa sede.

Nell’affrontare la questione proposta, va innanzitutto evidenziato come, nell’affermare il principio di indipendenza e sovranità dello Stato e della Chiesa cattolica, l’articolo 7 della Costituzione statuisce che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno

nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. Siffatto principio era stato già affermato nel Trattato lateranense fra la Santa Sede e l'Italia del 1929, laddove è previsto che la sovranità e la giurisdizione esclusiva che l'Italia riconosce alla Santa Sede sulla Città del Vaticano importa che nella medesima non possa esplicitarsi alcuna ingerenza da parte del Governo italiano e che non vi sia altra autorità che quella della Santa Sede. E nell'accordo del 1984, all'articolo 1, la Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, e all'articolo 2 è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzare il pubblico esercizio del culto, del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica.

Nel delineato contesto normativo, la separazione degli ordini propri della Repubblica e della Santa Sede non consente al Governo potere di ingerenza alcuno sulle questioni pertinenti alla indipendenza e sovranità della Santa Sede, anche in relazione alle prerogative giurisdizionali. Non può, pertanto, direttamente sindacarsi l'iniziativa del Decano in ordine alla costituzione della difesa nel giudizio di nullità matrimoniale celebrato presso i tribunali ecclesiastici, né evidentemente la conformità dei procedimenti ai principi espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La questione relativa alla limitazione del diritto di difesa che discenderebbe dal provvedimento del Decano può, invece, assumere rilevanza ai fini della delibazione della sentenza di competenza del giudice nazionale, e questo è un principio generale che vale per qualsiasi reciprocità tra i sistemi giurisdizionali di due Stati sovrani, come in questo caso.

Come è noto, nell'articolo 8, n. 2, dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 1984, si stabilisce che le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello competente, quando questa accerti che – e questo è il punto fondamentale - “(...) nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano”. Il punto 4, alla lettera *b*) del Protocollo addizionale precisa poi che “ai fini dell'applicazione degli articoli 796 e 797 del codice italiano di procedura civile, si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico dal quale è regolato il vincolo matrimoniale che in esso ha avuto origine”.

Ai fini della delibazione sarà, pertanto, necessario che il giudice nazionale verifichi, in particolare, se nel procedimento celebrato davanti ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio, in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano - come è evidente e come è stato anche qui sottolineato - e, dunque, se nonostante le limitazioni della facoltà di nomina dell'avvocato di fiducia, introdotte nella giurisdizione canonica, il processo si sia svolto nel pieno rispetto delle garanzie difensive. È questo il dato.

Con riferimento all'interpretazione dell'articolo 8, n. 2. dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede del 18 febbraio 1984, la giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. Sez. I civile, n. 10796/2006, e in senso conforme, Cass. Sez. I civile, n. 114167/2014, e da ultimo, Sez. Unite, 17 luglio 2014, n. 16380), quanto alla verifica del rispetto del diritto di difesa nel corso del processo ecclesiastico, ha posto in evidenza come la norma, nel condizionare all'accertamento della sussistenza delle “condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere”, rinvii di fatto all'articolo 797 del codice di procedura civile. Ha, ulteriormente, precisato la Suprema Corte che “poiché il rinvio alla citata norma del

codice di rito deve ritenersi di natura materiale e non formale, ne consegue che la dichiarazione di efficacia nel territorio dello Stato di dette sentenze, è subordinata all'accertamento della sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 797 del codice di procedura civile, e non a quelli di cui all'articolo 64 della legge n. 218 del 1995 (che lo ha sostituito) per il riconoscimento automatico nell'ordinamento nazionale delle sentenze straniere.”

Il richiamo ai principi dell'articolo 797 del codice di procedura civile - che al punto n. 7 indicava tra le condizioni per la dichiarazione di efficacia nello Stato delle sentenze straniere la verifica che esse “non contengano disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano” - pone in evidenza, quale clausola di chiusura del sistema, proprio il principio della contrarietà all'ordine pubblico. La necessità della verifica da parte della Corte d'appello della conformità della sentenza ecclesiastica a tale principio era stata, peraltro, evidenziata già dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982, che appunto era stata richiamata.

Con specifico riferimento al limite dell'ordine pubblico processuale, la Suprema Corte ha, inoltre, evidenziato (Cass. n. 17519/2015) come, in tema di riconoscimento di sentenze straniere, il giudice deve verificare se siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, anche relativi al procedimento formativo della decisione, con la precisazione che non è ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo, ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, e non ove investa le sole modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie.

Il principio enunciato si pone in linea con la giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, 2 aprile 2009, causa C-394/2007), secondo la quale il diritto di difesa può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto, comunque, la possibilità di partecipare attivamente al processo.

L'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo afferma il diritto di ciascun individuo allo svolgimento di un processo giusto, prevedendo una serie di garanzie - quali la pubblicità della procedura, la durata ragionevole, l'accesso ad un tribunale, la indipendenza ed imparzialità dello stesso - che si traducono in obblighi a carico dei poteri pubblici circa la tenuta di un processo equo, che si scandiscono con diversa intensità in riferimento al processo penale ed alla giurisdizione civile (Dombo Beheer B.V. contro Paesi Bassi, n. 32; Levages Prestations Services contro Francia n. 46), declinando il diritto di difesa principalmente sotto il profilo della “parità delle armi”, che qualifica il diritto al contraddittorio anche del processo civile.

Nel quadro così sommariamente delineato, è indubbio che la questione attinente alla rappresentata violazione del diritto di difesa nel giudizio canonico è rimessa alla valutazione del giudice nazionale e, quindi, della corte d'appello che dovrà valutare, caso per caso, investendo della richiesta di *exequatur* della sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio.

Come riferito dalle competenti articolazioni di questo Dicastero, non constano al riguardo ancora provvedimenti della nostra autorità giudiziaria che abbiano affrontato la questione, in considerazione del fatto che il decreto del Decano, richiamato dall'onorevole interpellante, è di recente introduzione ed evidentemente, se ritirato,

non troverà nella nostra giurisprudenza probabilmente nessun effetto concreto.

Il Ministero seguirà ovviamente con attenzione, oltre alle informazioni che ci ha fornito anche oggi l'onorevole Brunetta, gli orientamenti giurisprudenziali che si delineranno al riguardo, nel doveroso rispetto dell'autonomia dell'esercizio delle prerogative giurisdizionali che, come è noto, limitano però il Guardasigilli, il sindacato del Guardasigilli, alle sole ipotesi di violazione di legge e di abnormità.

PRESIDENTE. Il deputato Brunetta ha facoltà di dichiarare se sia soddisfatto per la risposta alla sua interpellanza.

RENATO BRUNETTA. Grazie, signora Presidente. Grazie, signor sottosegretario: parzialmente soddisfatto; perché? Non essendo un giurista - nessuno è perfetto, ahimè - mi sembra di aver capito, dalla lunga, articolata e impegnativa risposta del sottosegretario Migliore, che il sottosegretario Migliore mi dà ragione. Dice: sì, è vero, le cose stanno così, però è il giudice, la corte d'appello, a doverlo rilevare nel momento della delibazione, cioè nel momento dell'applicazione - uso termini da povero economista - e della attribuzione di efficacia giuridica alla sentenza ecclesiastica all'ordinamento italiano.

Bene, però le cose non si possono semplificare fino a questo punto, perché? Primo, possibile che l'ambasciatore italiano presso la Santa Sede non abbia rappresentato al nostro Governo, prima, e al Governo della Santa Sede, cioè alla Santa Sede, questo contrasto tra le norme italiane, internazionali, ed europee, rispetto al diritto fondamentale di difesa? Gli ambasciatori servono a questo, a segnalare quello che succede.

Poi, un altro punto, sempre non me ne voglia signora Presidente, onorevoli sottosegretari: attenzione, sono state delibate delle sentenze dal 7 dicembre 2015 ad oggi con questa menomazione del diritto di difesa che porterebbero alla nullità della stessa delibazione; mamma mia, sto diventando anch'io un giurista! Nessuno se n'è accorto, da quando il Decano della Rota ha disposto questo editto che ha impedito la nomina degli avvocati di fiducia e dunque in un regime di diritto di difesa menomato? Una, dieci, cento, di queste delibazioni che fine faranno? Ritengo ovvio che vengano comunque annullate tali sentenze eventualmente delibate, perché in grave pregiudizio delle parti, essendo avvenuto in assoluto denegato diritto di difesa. Lo Stato italiano, infatti, non può recepire delle sentenze, come lei correttamente signor sottosegretario mi ha spiegato, che hanno peraltro effetti significativi, economici, patrimoniali, familiari, anche dal punto di vista economico, sulla vita dei cittadini italiani, in totale contrasto con i principi vigenti del nostro ordinamento.

Mi chiedo se lo Stato italiano intenda avanzare una richiesta che risponda circostanziatamente circa il trattamento subito da cittadini italiani penalizzati da questa, tra virgolette, "prepotenza tribunizia ecclesiastica" e come intenda porsi qualora i cittadini coinvolti in questo abuso facciano ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Vede, certo, la corte d'appello, però siamo in regime concordatario, e quindi occorrerebbe un rapporto tra gli Stati, per questo ho citato all'inizio il nostro ambasciatore.

È insopportabile il regime di minorità che caratterizza i rapporti del Governo italiano verso la Santa Sede, perché certamente si tratta di due Stati sovrani, ma c'è un Concordato, ci sono le regole, i principi fondamentali della nostra Costituzione, che vanno rispettati. Posso dire che per fortuna (non certo per il nostro ambasciatore e non certo per i vaticanisti che hanno agitato il turibolo della Curia che, tardivamente, forse, non lo sappiamo ancora in maniera ufficiale, ha risolto la questione) qualcuno ha sollevato il caso. Questo qualcuno oggi è presente in quest'Aula. Qualcuno l'ha sollevato sulla libera stampa. Lo Stato italiano mi ha spiegato come stanno le regole

e questo *albo lapillo signanda dies*, così cito anche un po' di piccolo latino, di ricordi liceali, questo è un bel giorno. Lei ha riprodotto la mia interpellanza urgente e di questo le sono grato; però, attenzione: questo stato di cose non è un buon segnale nell'attenzione che il nostro Stato deve mettere nella valutazione e nel controllo della reciprocità dei rapporti tra il nostro Stato e la Santa Sede rispetto, ovviamente, ai diritti dei nostri cittadini.

La delibazione è un fatto importante, ha effetti giuridici che comportano modifiche, effetti, sulla vita dei nostri concittadini; occorrerebbe un po' più di attenzione da parte di tutti, certamente nostra, stiamo svolgendo oggi questo compito, certamente del nostro ambasciatore, certamente delle nostre autorità di Governo, perché queste devianze non si abbiano a ripetere. Se poi la Santa Sede ha già provveduto a far marcia indietro, uso una terminologia comprensibile a tutti, ne siamo felici; bisogna capire cosa succederà nel frattempo di tutte le delibazioni effettuate nel periodo indicato e quali effetti queste avranno e se qualcuno ovviamente sollevierà la questione in questa sede, che è la sede dedicata dalla nostra libera democrazia ai rapporti con i nostri concittadini e nei confronti degli altri Stati. Questo è il compito che stiamo svolgendo oggi. Pertanto la ringrazio per questo, signor sottosegretario. Grazie, signora Presidente.

# *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed esercizio del diritto di difesa presso il Tribunale della Rota Romana: brevi riflessioni a margine dell'interpellanza parlamentare dell'on. Renato Brunetta*

RAFFAELE SANTORO

I rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, ancorati al principio di indipendenza e sovranità dei rispettivi ordini (art. 7, comma 1, Cost.), trovano dei punti di contatto in una serie di materie di comune interesse disciplinate dalla normativa di derivazione pattizia (art. 7, comma 2, Cost.)<sup>1</sup>.

In questo peculiare ambito normativo, nel quale si incrociano gli interessi delle due Parti, possono generarsi dei significativi riflessi sull'applicazione della disciplina concordataria anche in presenza di interventi unilaterali che, sia pure espressivi della relativa indipendenza e sovranità, incidono su taluni diritti fondamentali della persona.

Non è stata immune da tali dinamiche neanche la riforma del processo matrimoniale, realizzata da Papa Francesco con le Lettere apostoliche in forma di m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et misericors Iesus* del 15 agosto 2015<sup>2</sup>.

Al fine di dare attuazione ad una serie di innovazioni introdotte con questi interventi legislativi, Papa Francesco, con il rescritto del 7 dicembre 2015, ha stabilito che il Tribunale della Rota Romana debba giudicare le cause secondo la gratuità evangelica, cioè con patrocinio *ex officio*, salvo l'obbligo morale per i fedeli abbienti di versare un'oblazione di giustizia a favore delle cause dei poveri<sup>3</sup>. A questa norma ha fatto seguito un decreto con il quale Mons. Pio Vito Pinto, Decano della Rota

---

<sup>1</sup> In merito, *ex plurimis*, si rinvia ampiamente a GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>2</sup> Cfr. GIANLUCA BELFIORE, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di papa Francesco*, Grafiser, Enna, 2017; GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2016, pp. 1-78; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2016, pp. 1-76; ID., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (parte terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2016, pp. 1-82; MASSIMO DAL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti al vescovo*, Edusc, Roma, 2016; ERNEST OKONKWO, ALESSANDRO RECCHIA (a cura di), *Le riforme introdotte dal motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2016; PAOLO PALUMBO (a cura di), *Matrimonio e processo per un nuovo unanimesimo*, Giappichelli, Torino, 2016; LUIGI SABBARESE, *I processi matrimoniali e il Vescovo «giudice tra i fedeli a lui affidati»*, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2016; LUIGI SABBARESE, RAFFAELE SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2016.

<sup>3</sup> Cfr. FRANCESCO, *Rescritto sul compimento e l'osservanza della nuova legge del processo matrimoniale*, 7 dicembre 2015, n. II, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, cit., p. 112.

Romana, ha stabilito che «La nomina degli avvocati è riservata al Decano, che può confermare, eventualmente, come patrono d'ufficio, l'avvocato che la parte ebbe nei gradi inferiori».

L'introduzione di questa prassi preliminare all'introduzione del processo, se da un lato sembra porsi in diretta connessione con la volontà di garantire alle parti un processo gratuito innanzi a questo Tribunale apostolico, dall'altro, realizzando una restrizione del diritto di difesa, con particolare riferimento alla facoltà di scegliere l'avvocato, ha sollevato una serie di problematiche non prive di riflessi sulle dinamiche applicative delle norme di derivazione pattizia inerenti la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale<sup>4</sup>.

Nello specifico, infatti, l'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984, con il quale sono state apportate modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, prevede che la Corte di Appello, al fine di rendere esecutive in Italia le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, deve verificare che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano<sup>5</sup>.

A tale riguardo, presso la Camera dei Deputati, l'on. Renato Brunetta il 28 febbraio 2017 ha presentato al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, nonché al Ministro della Giustizia, l'interpellanza n. 2-01685, con la quale chiedeva al Governo quali provvedimenti intendesse assumere in seguito alla lesione del diritto di difesa scaturita dall'attuazione della riforma del processo matrimoniale canonico, con particolare riferimento alla nomina *ex officio* del patrono di parte nell'ambito del processo innanzi al Tribunale della Rota Romana. A tale riguardo, autorevole dottrina ritiene che questa norma, oltre a disconoscere il diritto alla giusta remunerazione degli avvocati rotali,

«leda quello alla scelta di un avvocato di fiducia, proscrivendo il mandato fiduciario: si compromette, così, lo *ius defensionis* in ordine all'esercizio del fondamentale diritto all'accertamento del proprio stato personale con riflessi sulla *salus animae*. Si confondono poi, invero, nel suddetto disposto, due istituti ben differenti, quello del gratuito patrocinio e quello del patrono stabile»<sup>6</sup>.

Come rilevato anche in occasione della discussione parlamentare che si è svolta il 10 marzo 2017 presso la Camera dei Deputati, il 18 febbraio 2017, il Segretario di Stato, Card. Pietro Parolin, con lettera prot. n. 341.735, ha comunicato al Decano della Rota, «che il Santo Padre ha espresso la volontà che sia rispettato il diritto di ogni fedele di scegliere liberamente il proprio avvocato» e «di voler modificar la prassi attuale (...) in modo da consentire, alle parti che lo desiderano, di scegliersi

---

<sup>4</sup> Circa il procedimento di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale si rinvia ad ANTONIO FUCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 314-327.

<sup>5</sup> Cfr. LUIGI LACROCE, *Il riconoscimento in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico introdotta con il M.P. «Mitis Iudex Dominus Iesus»*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 2, 2016, pp. 521-547.

<sup>6</sup> GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (terza parte), cit., pp. 64-65.

un Patrono di fiducia». Del medesimo tenore è anche la lettera della Segreteria di Stato prot. n. 339.284 del 20 febbraio 2017.

In attuazione della «espressa volontà» di Papa Francesco, il Decano della Rota Romana, con decreto n. 74 del 25 febbraio 2017, ha ordinato che:

«1. All'inizio del processo si dia notizia previa alle parti della normativa introdotta da Papa Francesco sulla gratuità delle procedure e del conseguente diritto del fedele di chiedere il gratuito patrocinio.

2. Le medesime parti possono nominare un patrono di fiducia, da retribuire secondo la Tabella a suo tempo stabilita dal Consiglio rotale, nella sessione del 14 ottobre 2011, fermo restando l'onore in simili casi delle spese processuali, *norma utcumque divina servata de supremae animarum salutis consilio*».

In seguito, è intervenuto anche il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, il quale, con una *responsio* del 2 marzo 2017, in merito alla vigenza, dopo il rescritto del 7 dicembre 2016, di quanto previsto nel can. 1481 *c.f.c.* e nel can. 1139 § 1 *c.c.e.o.*<sup>7</sup>, circa la libertà delle parti processuali di scegliere propri avvocati e procuratori, ha precisato che:

«è diritto di ogni fedele la libera scelta del proprio avvocato e patrono di fiducia nei processi canonici, come sancito dai sopracitati canoni e tenendo conto delle restanti norme della Chiesa, non essendo condivisibile alcuna interpretazione del menzionato Rescritto del Santo Padre contraria a tale diritto. Di conseguenza, eventuali prassi che contraddicessero questa libertà e che fossero state introdotte in qualche sede vanno necessariamente modificate».

Per effetto di questi interventi, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, con decreto prot. n. 52260/16 del 7 marzo 2017, ha dichiarato cessata la materia del contendere in un procedimento avente ad oggetto la *repulsionis advocati*.

Il riconoscimento della libera scelta dell'avvocato rappresenta un elemento strutturale del diritto di difesa riconosciuto anche all'interno dell'ordinamento canonico dal combinato disposto delle seguenti norme:

a) compete ai fedeli rivendicare e difendere legittimamente i diritti di cui godono nella Chiesa presso il foro ecclesiastico competente a norma del diritto (can. 221 § 1)<sup>8</sup>;

b) la parte può liberamente costituirsi un avvocato e un procuratore (can. 1481 §1)<sup>9</sup>;

c) *ius defensionis semper integrum maneat* (can. 1598 § 1)<sup>10</sup>;

d) la sentenza è viziata di nullità insanabile se all'una o all'altra parte è stato negato il diritto alla difesa (can. 1620 n. 7)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. MANUEL JESUS ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Edieurcla, Roma, 2006, pp. 269-277.

<sup>8</sup> Cfr. LUIGI SABBARESE, *I Fedeli costituiti Popolo di Dio. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro II, Parte I*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2003, pp. 45-46.

<sup>9</sup> Cfr. JOAQUIN LLOBELL, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Edusc, Roma, 2015, p. 183.

<sup>10</sup> Cfr. PIO VITO PINTO, *I processi nel Codice di Diritto Canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1993, pp. 364-367.

<sup>11</sup> Cfr. LUCIANO MUSSELLI, *Diritto matrimoniale*, in MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO



A tale riguardo, Giovanni Paolo II ebbe a precisare che il principio in base al quale il diritto di difesa deve rimanere sempre integro, anche se sancito in una norma dedicata alla fase processuale relativa alla pubblicazione degli atti, deve guidare «tutta l'attività giudiziaria della Chiesa»<sup>12</sup>.

In ogni caso, il diritto di difesa «deve ovviamente essere esercitato secondo le giuste disposizioni della legge positiva il cui compito è, non di togliere l'esercizio del diritto alla difesa, ma di regolarlo in modo che non possa degenerare in abuso od ostruzionismo, e di garantire nello stesso tempo la concreta possibilità di esercitarlo. La fedele osservanza della normativa positiva al riguardo costituisce, perciò, un grave obbligo per gli operatori della giustizia nella Chiesa»<sup>13</sup>.

L'eventuale permanenza della prassi, presso il Tribunale della Rota Romana, di nominare gli avvocati *ex officio*, con decreto del relativo Decano, avrebbe determinato una paradossale delimitazione della delibazione alle sole sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani al termine del *processus brevior*, dai Tribunali diocesani o interdioocesani, costituiti in seguito alla riforma di Papa Francesco, da quelli Metropolitaniani in caso di appello delle sentenze pronunciate da questi ultimi, nonché dai Tribunali Ecclesiastici Regionali non soppressi<sup>14</sup>, escludendo, per effetto del vaglio delle Corti di Appello, quelle pronunciate dal Tribunale della Rota Romana per violazione del diritto di difesa. Tale problematica non appare in ogni caso del tutto superata, in quanto coinvolge di fatto le sentenze rotali pronunciate al termine di procedimenti nei quali è stata osservata questa prassi da parte del Decano della Rota, la quale, indubbiamente, «mortifica il diritto all'equo processo entro cui senza esitazioni si incorpora quello di eleggere liberamente il proprio avvocato»<sup>15</sup> *ex art. 6, com. 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

Inoltre, una eventuale estensione di questa prassi anche ai Tribunali inferiori avrebbe determinato la incostituzionalità dell'art. 8, com. 2, dell'Accordo di Villa Madama, per violazione del principio supremo di difesa giurisdizionale, alla stregua di quanto già avvenuto in merito all'art. 34 del Concordato lateranense, nella parte relativa alla efficacia civile in Italia del rescritto pontificio di scioglimento del matri-

---

TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 282.

<sup>12</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, n. 2, in AAS, 81, 1989, p. 922.

<sup>13</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, cit., n. 4.

<sup>14</sup> Circa i riflessi concordatari della riforma del processo matrimoniale canonico, si rinvia a GERALDINA BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2017, pp. 1-112; Id., *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2017, pp. 1-69; Id., *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, dicembre 2015, pp. 1-29; ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, cit., pp. 314-330; LUIGI SABBARESE, RAFFAELE SANTORO, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, cit., pp. 85-118; RAFFAELE SANTORO, *Riforma del processo matrimoniale canonico, efficacia civile delle sentenze episcopali e durata della convivenza coniugale*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 327-342.

<sup>15</sup> GERALDINA BONI, *L'efficacia civile in Italia delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale dopo il Motu Proprio Mitis iudex* (parte prima), cit., p. 67.

monio rato e non consumato<sup>16</sup>. Le norme di derivazione pattizia, infatti, anche se in grado di derogare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, restano in ogni caso sottoposte ad un giudizio di legittimità costituzionale qualora violino i relativi principi supremi, tra i quali è annoverato il diritto di difesa giurisdizionale<sup>17</sup>.

Nel concludere, il principio in base al quale lo Stato e la Chiesa Cattolica sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani (art. 7, com. 1, Cost.)<sup>18</sup>, come già innanzi evidenziato, è ricordato con quello della *sana cooperatio*, di cui il concordato costituisce una delle forme più evidenti, in quanto diretto a «stabilire una piattaforma di convergenza istituzionale rivolta a risolvere i possibili conflitti innescati dalla sovrapposizione spaziale e soggettiva dell'ordinamento canonico e dell'ordinamento statale»<sup>19</sup>. Ciò trova riscontro anche nell'intervento di Papa Francesco con il quale ha ordinato l'interruzione della prassi adottata presso il Tribunale della Rota Romana di nominare *ex officio* gli avvocati delle parti, in grado di incidere negativamente sulle dinamiche applicative delle norme di derivazione pattizia, espressive della reciproca collaborazione tra Stato e Chiesa Cattolica per la promozione dell'uomo e il bene del Paese, riaffermata dalle Parti nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama.

---

<sup>16</sup> Cfr. ANTONIO FUCCILLO, RAFFAELE SANTORO, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 271-274.

<sup>17</sup> Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *Il diritto ecclesiastico italiano "per principi"*, in GIUSEPPE CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 55-56.

<sup>18</sup> In merito, si rinvia a GIOVANNI BARBERINI, MARCO CANONICO, *Diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 99-114; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 183-187; ID., *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 241-244; PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 159-165; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 23-26; GIUSEPPE DALLA TORRE, PAOLO CAVANA, *Conoscere il diritto ecclesiastico*, Edizioni Studium, Roma, 2006, pp. 85-86; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 112-115; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, gennaio 2014, pp. 1-20; GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI, VALERIO TOZZI, *Diritto civile e religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 64; ILIA PASQUALI CERIOLI, *I principi e gli strumenti del pluralismo confessionale*, in GIUSEPPE CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 103-105; MARIO RICCA, *Le religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 69-72; ID., *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, pp. 111-118; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 88; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 184-190; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Manuale breve. Diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 32-34.

<sup>19</sup> MARIO RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, cit., pp. 168-169.

## Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie due sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea sostanzialmente contemporanee e una della Corte costituzionale.

Nelle prime due, il giudice comunitario traccia una linea di confine in ordine alla legittimità di licenziamenti correlati all'uso, sul luogo di lavoro, di segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa rispetto al divieto di discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali sancito dalla Direttiva sulla parità di trattamento 2000/78/C.

Nel primo caso, in sede di rinvio pregiudiziale, la Corte ha ritenuto insussistente una discriminazione diretta nella previsione di una norma interna con cui il datore di lavoro vietava ai propri dipendenti l'uso di segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, allorché tale divieto riguardi qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, senza distinzione alcuna, sì da trattare in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, in maniera generale ed indiscriminata, una neutralità di abbigliamento che osta al fatto di indossare tali segni. In ordine alla possibilità di configurare una discriminazione indiretta, la Corte rimette la decisione al giudice nazionale, ricordando, tuttavia, taluni parametri di riferimento, offerti dall'art. 2, paragrafo 2, lettera b), di detta Direttiva, secondo cui l'eventuale disparità di trattamento contenuta nella norma interna non costituirebbe una discriminazione indiretta, qualora fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari; è da considerare legittima, peraltro, la volontà del datore di manifestare una politica di neutralità ideologica nel rapporto tra dipendenti e i clienti.

Nel secondo caso, invece, la Corte ha ritenuto sussistente la discriminazione ai danni di una dipendente licenziata perché si era rifiutata di togliere il velo, come formalmente richiesto da un cliente. Secondo il giudice comunitario, infatti, in mancanza di una norma che vieti di indossare tale indumento sul posto di lavoro, la richiesta di un cliente mirante ad escludere che i servizi di una società di consulenza informatica non venissero più offerti da una dipendente, ingegnere progettista, che indossava un velo islamico, non costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, derivando, piuttosto, da considerazioni soggettive, sì da rendere il licenziamento della dipendente riconducibile ad un'ipotesi di discriminazione indiretta.

Importanti dati distintivi rispetto alla situazione decisa con la prima pronuncia sembrano offerti, in quest'ultima, dalla mancanza di qualsiasi previsione normativa intesa ad imporre divieti nell'uso di segni visibili di convinzioni religiose, nonché dalla verificata inidoneità della volontà soggettiva di un cliente a costituire requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa della dipendente.

Nella sentenza n. 67 di quest'anno, infine, la Corte costituzionale ha sottoposto a scrutinio una legge della regione Veneto relativa, tra l'altro, alla *programmazione e alla realizzazione di luoghi di culto*. *Il giudice delle leggi ha ritenuto non discriminatoria la previsione che, nel fissare i criteri e le modalità per la realizzazione delle attrezzature religiose, prendeva in considerazione tutte le diverse possibili forme di confessione religiosa, senza introdurre alcuna distinzione in ragione della circostanza che fosse stata stipulata un'intesa con lo Stato*. Ha censurato invece, utilizzando l'ormai consolidato

critério di coerenza interna dei mezzi rispetto ai fini legislativamente perseguiti, la norma secondo cui, nella convenzione urbanistica stipulata tra il soggetto richiedente e il comune interessato «può, altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto». Tale obbligo, infatti, *eccede da un ragionevole esercizio delle competenze volte a regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul territorio regionale e appare del tutto eccentrico rispetto a tali interessi.*

## **Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione Sentenza 14 marzo 2017, C157/15: Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV**

**Direttiva 2000/78/C-Parità di trattamento - Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali- Regolamento interno di un'impresa che vieta ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa- Insussistenza Discriminazione diretta o Discriminazione indiretta - Divieto posto ad una dipendente di indossare il velo islamico-Rinvio pregiudiziale.**

### *Abstract*

*Con la sentenza del 14 marzo 2017 la grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla domanda pregiudiziale proposta dallo Hof van Cassatie (Corte di cassazione, Belgio), con decisione del 9 marzo 2015 nella causa C175/15 (Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV), che verte sull'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000 (parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro). La Corte tenuto preliminarmente conto degli artt. 1e 4 della Direttiva 2000/78, sulla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali e sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ed, inoltre precisando i concetti di discriminazione diretta e indiretta ai sensi dell'art. 2 della citata Direttiva, ricorda che quest'ultima ipotesi può essere giustificata da una finalità legittima e da mezzi appropriati e necessari per il conseguimento di un fine. La Corte, quindi, ritiene che la circostanza in base alla quale la GS4, con una norma interna, vieti ai suoi dipendenti di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose e riguarda quindi qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, senza distinzione alcuna, tratti in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, in maniera generale ed indiscriminata, segnatamente una neutralità di abbigliamento che osta al fatto di indossare tali segni. La Corte altresì esclude che si tratti di una discriminazione diretta lasciando al giudice nazionale il compito di verificare se si tratti, invece, di una discriminazione indiretta, ovvero che l'obbligo apparentemente neutro, nella norma interna contenuto, comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, come nel caso di specie alla dipendente di credo musulmano. Conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della Direttiva 2000/78, una eventuale disparità di trattamento contenuta nella norma interna non costituirebbe tuttavia una discriminazione indiretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), di detta Direttiva, qualora fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari. Ed è considerata legittima la*

*volontà del datore di manifestare una politica di neutralità ideologica nel rapporto tra dipendenti e i clienti.*

### *Contesto normativo*

#### **Direttiva 2000/78**

(...)

L'articolo 1 della direttiva 2000/78 dispone quanto segue:

«La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alla discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

L'articolo 2 di detta direttiva così prevede: Ai fini della presente direttiva, per “principio della parità di trattamento” si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

Ai fini del paragrafo 1:

sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:

i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; (...)

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui»

### *Procedimento principale e questione pregiudiziale*

12) Il 12 febbraio 2003, la sig.ra Achbita, di fede musulmana, ha iniziato a lavorare, in qualità di receptionist, per conto della G4S, un'impresa privata che fornisce, in particolare, servizi di ricevimento e accoglienza a clienti sia del settore pubblico che del settore privato. All'epoca, presso la G4S, veniva applicata una regola non scritta in virtù della quale i dipendenti non potevano indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

12) Nell'aprile 2006, la sig.ra Achbita ha comunicato ai propri superiori gerarchici che intendeva in futuro indossare il velo islamico durante l'orario di lavoro. La direzione della G4S ha comunicato alla sig.ra Achbita che il fatto di indossare un velo non sarebbe stato tollerato in quanto indossare in modo visibile segni politici, filosofici o religiosi era contrario alla neutralità cui si atteneva l'impresa.

(...)

15) Il 29 maggio 2006, il comitato aziendale della G4S ha approvato una modifica del regolamento interno, entrata in vigore il 13 giugno 2006, in forza della quale «è fatto divieto ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro

convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi».

16) Il 12 giugno 2006, a causa del perdurare della volontà manifestata dalla sig.ra Achbita di indossare, in quanto musulmana, il velo islamico sul suo luogo di lavoro, la medesima è stata licenziata.

17) In seguito al rigetto del ricorso proposto dalla sig.ra Achbita avverso tale licenziamento dinanzi all'*arbeidsrechtbank te Antwerpen* (Tribunale del lavoro di Anversa, Belgio), la medesima ha impugnato tale decisione dinanzi all'*arbeidshof te Antwerpen* (Corte d'appello del lavoro di Anversa, Belgio). Tale appello è stato respinto.

18) Per quanto riguarda la mancanza di discriminazione diretta, il giudice d'Appello ha più precisamente rilevato che risulta pacifico che la sig.ra Achbita non è stata licenziata per la sua fede musulmana, ma per il fatto che essa seguiva a volerla manifestare, in maniera visibile, durante l'orario di lavoro, indossando il velo islamico. La disposizione del regolamento interno, violata dalla sig.ra Achbita, avrebbe portata generale in quanto vieta a tutti i dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Nessun fatto consentirebbe di presumere che la G4S abbia adottato una condotta più conciliante nei confronti di un altro dipendente trovatosi in una situazione analoga, in particolare nei confronti di un lavoratore di altre convinzioni religiose o filosofiche che si fosse durevolmente rifiutato di rispettare tale divieto.

(...)

20) A sostegno del suo ricorso per cassazione, la sig.ra Achbita sostiene, in particolare, che, nel ritenere che la convinzione religiosa su cui si fonda il divieto adottato dalla G4S costituisca un criterio neutro e nel non affermare che tale divieto costituisce una disparità di trattamento tra i lavoratori che indossano un velo islamico e quelli che non lo indossano, per il motivo che detto divieto non riguarda una convinzione religiosa determinata e che si rivolge a tutti i lavoratori,

l'*arbeidshof te Antwerpen* (Corte d'appello del lavoro di Anversa) ha travisato le nozioni di «discriminazione diretta» e di «discriminazione indiretta» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2000/78.

21) In tali condizioni, lo Hof van Cassatie (Corte di cassazione, Belgio) ha deciso di sospendere il procedimento e di proporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

–L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva.

–Siffatta norma interna di un'impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari, circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare.

*Sulla questione pregiudiziale*

(...)

25) Per quanto riguarda la nozione di «religione», di cui all'articolo 1 della direttiva 2000/78, occorre rilevare che tale direttiva non contiene alcuna definizione di detta nozione.

26) Tuttavia, il legislatore dell'Unione ha fatto riferimento, al considerando 1 della direttiva 2000/78, ai diritti fondamentali quali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), che prevede, al suo articolo 9, che ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, e che tale diritto include, in particolare, 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.

27) Al medesimo considerando, il legislatore dell'Unione ha inoltre fatto riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione. Ebbene, tra i diritti risultanti da tali tradizioni comuni e che sono stati riaffermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), vi è il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta. Conformemente a tale disposizione, tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Come emerge dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C303, pag. 17), il diritto garantito dall'articolo 10, paragrafo 1, di quest'ultima corrisponde a quello garantito dall'articolo 9 della CEDU e, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, ha significato e portata identici a detto articolo.

28) Dato che la CEDU e, successivamente, la Carta attribuiscono alla nozione di «religione» un'accezione ampia, poiché includono in tale nozione la libertà per le persone di manifestare la propria religione, si deve ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso mantenere lo stesso approccio nell'adottare la direttiva 2000/78, cosicché occorre interpretare la nozione di «religione» di cui all'articolo 1 di tale direttiva nel senso che essa comprende sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa.

29) In secondo luogo, occorre determinare se dalla norma interna di cui al procedimento principale emerge una disparità di trattamento tra lavoratori a seconda della loro religione o delle loro convinzioni e, in caso affermativo, se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione diretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78.

(...)

31) A tale riguardo, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la Corte non risulta che l'applicazione della norma interna di cui al procedimento principale nei confronti della sig.ra Achbita sia stata diversa dall'applicazione della medesima norma a qualsiasi altro dipendente.

32) Si deve pertanto concludere che una norma interna come quella di cui trattasi nel procedimento principale non istituisce una disparità di trattamento direttamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78.

33) Ciò posto, secondo una costante giurisprudenza, la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto



a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni.(...)

34) Nel caso di specie, non è escluso che il giudice del rinvio possa arrivare alla conclusione che la norma interna di cui al procedimento principale istituisce una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato, il che spetta a tale giudice verificare, che l'obbligo apparentemente neutro in essa contenuto comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia.

(...)

37) Per quanto riguarda, in primo luogo, il requisito dell'esistenza di una finalità legittima, occorre rilevare che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, deve essere considerata legittima.

(...)

40) Per quanto riguarda, in secondo luogo, il carattere appropriato di una norma interna come quella di cui al procedimento principale, occorre constatare che il fatto di vietare ai lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità, a condizione che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico (...)

(...)

43) Nel caso di specie, per quanto riguarda il rifiuto da parte di una lavoratrice, quale la sig.ra Achbita, di rinunciare ad indossare il velo islamico nello svolgimento delle proprie attività professionali a contatto con i clienti della G4S, spetta al giudice del rinvio verificare se, tenendo conto dei vincoli inerenti all'impresa, e senza che quest'ultima dovesse sostenere un onere aggiuntivo, sarebbe stato possibile per la G4S, di fronte a siffatto rifiuto, proporle un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con tali clienti, invece di procedere al suo licenziamento. Spetta al giudice del rinvio, alla luce di tutti gli elementi del fascicolo, tenere conto degli interessi in gioco e limitare allo stretto necessario le restrizioni alle libertà in questione.

44) Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio dichiarando quanto segue:

(...)

*Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:*

L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva. Siffatta norma interna di un'impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o

ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari, circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare.

**Fonte:** [www.olir.it](http://www.olir.it)

## **Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione Sentenza 14 marzo 2017, C188/15: Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA, già Micropole Univers SA**

**Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento – Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali – Requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa – Desiderio di un cliente che le prestazioni non vengano assicurate da una dipendente che indossa un velo islamico.**

### *Abstract*

*La Corte decide la questione pregiudiziale proposta, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Cour de Cassation de France nella causa C-188/15, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA, già Micropole Univers SA, tenuto conto che: le norme sulla disparità di trattamento della Direttiva 78/2000 sono recepite dalla normativa francese negli articoli L. 1132-1 e L. 1133-1 del Code du travail, e che i citati articoli stabiliscono che nessuno può in generale essere oggetto di misura discriminatoria diretta o indiretta in ragione dell'origine, del sesso, dei costumi, dell'orientamento o identità sessuale, dell'età (...) delle opinioni politiche, delle attività sindacali o mutualistiche, delle convinzioni religiose, dell'aspetto fisico, del cognome (...) o a motivo del loro stato di salute o della loro disabilità”, che, inoltre, le eventuali restrizioni alla libertà religiosa dovrebbero essere giustificate dalla natura del compito da espletare e soddisfare un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato, la Corte in via pregiudiziale decide che il desiderio di un cliente di una società di consulenza informatica che i servizi informatici di quest'ultima non siano più garantiti da una dipendente, ingegnere progettista, che indossa un velo islamico non costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa derivando da considerazioni soggettive, e quindi il licenziamento della dipendente, come nel caso di specie costituisce una fattispecie di discriminazione indiretta.*

### Contesto normativo Direttiva 78/2000

Artt. 1-4 (...)

Art. 23: “In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sexual[i] costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato. Tali casi devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione”.

### *Normativa francese*

Le disposizioni della direttiva 2000/78 sono state recepite nel diritto francese,

in particolare, negli articoli L. 1132-1 e L. 1133-1 del Code du travail (codice del lavoro) come risultanti dalla legge n. 2008-496, del 27 maggio 2008, recante varie disposizioni di adeguamento al diritto comunitario nel settore della lotta contro le discriminazioni (JORF del 28 maggio 2008, pag. 8801). 9

(...)

*Procedimento principale e questione pregiudiziale*

13) La ricorrente di fede mussulmana sig.ra Bougnaoui, pur essendo stata informata della circostanza che portare il velo sul luogo di lavoro avrebbe causato problemi, se a contatto con i clienti, ha ritenuto di doverlo indossare una volta assunta a tempo indeterminato come ingegnere progettista presso la società Micropole nel 2008.

14) Convocata il 15 giugno 2009 è stata poi licenziata il 22 giugno 2009 informata delle lamentele di un cliente a suo carico per l'uso del velo, sebbene la signora fosse a conoscenza della volontà della società di mantenere un profilo di neutralità pur nel rispetto della libertà di opinione e delle convinzioni religiose individuali.

15) Ritenendo che tale licenziamento fosse discriminatorio, la sig.ra Bougnaoui, in data 8 settembre 2009, ha proposto ricorso dinanzi al Conseil de prud'hommes de Paris. Il ricorso è stato respinto, in quanto la restrizione della libertà è stata giudicata proporzionata all'obiettivo della società di preservare la propria immagine di neutralità.

La signora Bougnaoui propone appello, sostenuta dall'ADDH, la decisione del 2013 riprende quella di primo di grado ribadendo da una parte l'interesse dell'impresa alla neutralità e dall'altra che l'esercizio della libertà religiosa fuoriuscisse dall'ambito aziendale costituendo una violazione dei diritti dei terzi.

La decisione viene impugnata davanti alla Court de Cassation ritenendo l'esistenza di una violazione degli artt. L. 1121-1, L. 1321-3 e L. 1132-1 del codice del lavoro.

(omissis)

La Chambre social de la Court de Cassation decide di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale (...)

(...)

*Sulla questione pregiudiziale*

25) Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di detto datore di lavoro non siano più assicurati da una

dipendente che indossi il velo islamico, costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di tale disposizione

(...)

*Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:*

L'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione.

Fonte: [www.olir.it](http://www.olir.it)

## Corte costituzionale Sentenza 7 aprile 2017, n. 67

### Giudizio in via d'azione - Edifici di culto – Confessioni religiose – Chiesa cattolica – Intese – Lingua italiana – Illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12

#### *Abstract*

*Nel regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, la Regione è titolata a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e la realizzazione dei luoghi di culto. Il censurato art. 31-bis della legge regionale veneta nel riconoscere alla Regione e ai Comuni il compito di individuare i criteri e le modalità per la realizzazione delle attrezzature religiose, prende in considerazione tutte le diverse possibili forme di confessione religiosa – la Chiesa Cattolica, le confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., e le altre confessioni religiose – senza introdurre alcuna distinzione in ragione della circostanza che sia stata stipulata un'intesa con lo Stato. L'indifferenziato riferimento a tutte le forme confessionali rende palese la diversità tra la disposizione regionale censurata e quelle di altra Regione dichiarate costituzionalmente illegittime con la sentenza n. 63 del 2016, nella parte in cui condizionavano la programmazione e la realizzazione di luoghi di culto alla sussistenza di requisiti differenziati e più stringenti per le confessioni religiose senza intesa rispetto alle altre. Nella disposizione oggetto del presente giudizio, non si rinvencono infatti elementi tali da giustificare un'interpretazione discriminatoria in ragione della presenza o meno dell'intesa tra la confessione religiosa interessata e lo Stato. La paventata lesione dei principi costituzionali invocati non discende dunque dal tenore della disposizione censurata in sé, ma dalle eventuali sue illegittime applicazioni, che potranno essere censurate, caso per caso, nelle opportune sedi giurisdizionali.*

*Eccede invece da un ragionevole esercizio delle competenze volte a regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, l'introduzione di un obbligo, quale quello dell'impiego della lingua italiana, del tutto eccentrico rispetto a tali interessi.*

[...]

#### *Considerato in diritto*

1.– Con ricorso depositato il 21 giugno 2016 e iscritto al n. 32 del registro ricorsi 2016, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 2 della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12 (Modifica della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 recante "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio" e successive modificazioni), che introduce gli artt. 31-bis e 31-ter nella legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 (Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio), lamentando la violazione degli artt. 2, 3, 8, 19 e 117, secondo comma, lettere c) e h), della Costituzione.

1.1.– Il citato art. 31-bis riconosce alla Regione e ai Comuni veneti, ciascuno nell'esercizio delle rispettive competenze, il compito di individuare «i criteri e le

modalità per la realizzazione di attrezzature di interesse comune per servizi religiosi da effettuarsi da parte degli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica, delle confessioni religiose, i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, e delle altre confessioni religiose». La genericità e l'ambiguità della formula ivi contenuta («criteri e le modalità per la realizzazione di attrezzature di interesse comune per servizi religiosi») consentirebbe, secondo il ricorrente, valutazioni differenziate, nonché applicazioni discrezionali e potenzialmente discriminatorie tra le diverse confessioni in base alla circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese, così ledendo l'eguale libertà religiosa di tutte le confessioni, garantita dagli artt. 3, 8 e 19 Cost.

1.2.– L'art. 31-ter, aggiunto alla legge regionale n. 11 del 2004, nel disciplinare gli interventi comunali di urbanizzazione per le aree e gli immobili da destinarsi alla realizzazione di attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, prevede, al suo comma 3, che il soggetto richiedente sottoscriva con il Comune una convenzione contenente un impegno fideiussorio, e che in tale convenzione possa, «altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto». Tale previsione, secondo il ricorrente, risulterebbe intrinsecamente irragionevole travalicando le finalità, di natura urbanistica, della convenzione, in violazione degli artt. 3, 8 e 19 Cost., e determinerebbe da parte della Regione un eccesso di competenza legislativa, invadendo quella esclusiva dello Stato, sia in materia di «rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose» (art. 117, secondo comma, lettera c, Cost.), sia in materia di «ordine pubblico e sicurezza» (art. 117, secondo comma, lettera h, Cost.).

2.– La questione avente a oggetto l'art. 2 della legge della Regione Veneto n. 12 del 2016 nella parte in cui introduce, nella legge regionale n. 11 del 2004, l'art. 31-bis non è fondata, nei termini di seguito precisati.

2.1.– Nella giurisprudenza costituzionale è ormai consolidato il principio per cui la libertà religiosa, di cui quella di culto costituisce un aspetto essenziale (artt. 19 e 20 Cost.), non può essere subordinata alla stipulazione di intese con lo Stato da parte delle confessioni religiose (da ultimo, sentenze n. 63 e n. 52 del 2016). L'ordinamento repubblicano è contraddistinto dal principio di laicità, da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze n. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità. Ciò non esclude la possibilità che lo Stato regoli bilateralmente, e dunque in modo differenziato, i rapporti con le singole confessioni religiose, come previsto dagli artt. 7 e 8 Cost., per il soddisfacimento di esigenze specifiche, ovvero per concedere particolari vantaggi o imporre particolari limitazioni, o ancora per dare rilevanza, nell'ordinamento dello Stato, a specifici atti propri della confessione religiosa (da ultimo, sentenze n. 52 e n. 63 del 2016). Ciò che al legislatore (nazionale e regionale) non è consentito è «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» (sentenza n. 52 del 2016). Come questa Corte ha recentemente affermato, «altro è la libertà religiosa, garantita a tutti senza distinzioni, altro è il regime pattizio» (sentenza n. 63 del 2016, con richiamo alla sentenza n. 52 del 2016).

Altresì consolidato è il principio per cui la disponibilità di spazi adeguati ove «rendere concretamente possibile, o comunque [...] facilitare, le attività di culto» (sentenza n. 195 del 1993) rientra nella tutela di cui all'art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in pubblico o in privato il culto, con il solo limite dei riti contrari al buon costume (sentenza n. 63 del 2016).

2.2.– Il censurato art. 31-bis, a differenza di quanto argomentato dal ricorrente, non si pone in contrasto con i richiamati principi.

Esso, infatti, nel riconoscere alla Regione e ai Comuni il compito di individuare i criteri e le modalità per la realizzazione delle attrezzature religiose, prende in considerazione tutte le diverse possibili forme di confessione religiosa – la Chiesa Cattolica, le confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'art. 8, terzo comma, Cost., e le altre confessioni religiose – senza introdurre alcuna distinzione in ragione della circostanza che sia stata stipulata un'intesa con lo Stato.

L'indifferenziato riferimento a tutte le forme confessionali rende palese la diversità tra la disposizione regionale ora censurata e quelle di altra Regione dichiarate costituzionalmente illegittime con la sentenza n. 63 del 2016, nella parte in cui condizionavano la programmazione e la realizzazione di luoghi di culto alla sussistenza di requisiti differenziati e più stringenti per le confessioni religiose senza intesa rispetto alle altre.

Nella disposizione oggetto del presente giudizio, non si rinvengono elementi che giustifichino una interpretazione tale da consentire alla Regione e ai Comuni di realizzare la pianificazione di attrezzature religiose secondo criteri e modalità discriminatori in ragione della presenza o meno dell'intesa tra la confessione religiosa interessata e lo Stato. Ciò non esclude la possibilità che le autorità competenti operino ragionevoli differenziazioni. Come anche recentemente è stato da questa Corte affermato, l'eguale libertà delle confessioni religiose di organizzarsi e di operare non implica che a tutte «debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione» (sentenza n. 63 del 2016).

La paventata lesione dei principi costituzionali invocati, dunque, non discende dal tenore della disposizione censurata in sé, ma dalle eventuali sue illegittime applicazioni, che potranno essere censurate, caso per caso, nelle opportune sedi giurisdizionali.

3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, inoltre, l'art. 2 della legge della Regione Veneto n. 12 del 2016 nella parte in cui, nell'introdurre nella legge regionale n. 11 del 2004 l'art. 31-ter, prevede, al secondo periodo del suo comma 3, che nella convenzione urbanistica stipulata tra il soggetto richiedente e il comune interessato «può, altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto».

3.1.– Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Regione Veneto in ragione della genericità delle censure prospettate dal ricorrente.

Sia il ricorso che la memoria depositati dall'Avvocatura generale dello Stato forniscono i riferimenti normativi necessari e dispiegano adeguati percorsi argomentativi a sostegno della lamentata irragionevolezza e violazione sia della libertà di culto, sia del riparto di competenze Stato-Regioni, sì da consentire l'esame nel merito delle questioni prospettate.

3.2.– Nel merito, le questioni sono fondate.

Il censurato art. 31-ter afferisce alla materia del «governo del territorio», di competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., avendo ad oggetto la pianificazione urbanistica degli edifici adibiti a luogo di culto. Ciò risulta inequivocabilmente da diversi elementi normativi: anzitutto, dal punto di vista sistematico, il nuovo art. 31-ter si innesta nel testo della legge urbanistica della Regione Veneto, trattandosi di una modificazione alla legge regionale n. 11 del 2004; in secondo luogo, la rubrica del censurato art. 31-ter è così formulata: «Realizzazione e pianificazione delle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi»; infine, dal punto di vista contenutistico, lo stesso articolo prevede una serie di indici di inequivoca natura urbanistica – tra i quali: presenza di strade di collegamento, opere di urbanizzazione primaria, adeguatezza delle distanze, spazi destinati al parcheggio pubblico – che, come confermato nell'incipit dello stesso art. 31-ter, devono essere rispettati «[a] fine di assicurare una adeguata qualità urbana».

La legislazione regionale in materia di edilizia di culto «trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi (sentenza n. 195 del 1993)» (sentenza n. 63 del 2016).

Nell'ambito di questa finalità, si pone la convenzione, prevista dal comma 3 della disposizione in esame, stipulata tra il soggetto richiedente la realizzazione dell'attrezzatura e il comune interessato, necessaria nella fase di applicazione della normativa in questione. La convenzione deve perciò essere ispirata alla finalità, tipicamente urbanistica, di assicurare lo sviluppo equilibrato e armonico dei centri abitati.

3.3.– Alla luce della delimitazione finalistica della normativa de qua, una disposizione, come quella prevista dal secondo periodo del citato comma 3, che consente all'amministrazione di esigere, tra i requisiti per la stipulazione della convenzione urbanistica, «l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto» risulta palesemente irragionevole in quanto incongrua sia rispetto alla finalità perseguita dalla normativa regionale in generale – volta a introdurre «Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio» –, sia rispetto alla finalità perseguita dalla disposizione censurata in particolare – diretta alla «Realizzazione e pianificazione delle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi».

Non v'è dubbio che la Regione è titolata, nel regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e la realizzazione dei luoghi di culto e, nell'esercizio di tali competenze, può imporre quelle condizioni e quelle limitazioni, che siano strettamente necessarie a garantire le finalità di governo del territorio affidate alle sue cure. Tuttavia, la Regione eccede da un ragionevole esercizio di tali competenze se, nell'intervenire per la tutela di interessi urbanistici, introduce un obbligo, quale quello dell'impiego della lingua italiana, del tutto eccentrico rispetto a tali interessi.

A fronte dell'importanza della lingua quale «elemento di identità individuale e collettiva» (da ultimo, sentenza n. 42 del 2017), veicolo di trasmissione di cultura ed espressione della dimensione relazionale della personalità umana, appare evidente il vizio di una disposizione regionale, come quella impugnata, che si presta a determinare ampie limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, in difetto di un rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad



altri interessi costituzionalmente rilevanti, ricompresi nel perimetro delle attribuzioni regionali.

Per Questi Motivi

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Veneto 12 aprile 2016, n. 12 (Modifica della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 recante "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio" e successive modificazioni), nella parte in cui, nell'introdurre nella legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 (Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio), l'art. 31-ter, al suo comma 3, dispone che «Nella convenzione può, altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto»;

2) dichiara non fondata, nei termini di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2. della legge della Regione Veneto n. 12 del 2016, nella parte in cui introduce, nella legge regionale n. 11 del 2004, l'art. 31-bis, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 3, 8 e 19 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.

Fonte: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

## Presentazione

Anche questo numero della rubrica ha selezionato i documenti recenti di più stringente attualità e che maggiormente abbiano destato clamore, senza dimenticare quelle sentenze che permettano di cogliere ed inquadrare l'evoluzione dei vari orientamenti giurisprudenziali.

In merito alla laicità dello Stato, sono riportate sentenze francesi sui presepi, sulla retribuzione del clero a carico dello Stato, canadesi sul finanziamento statale a scuole confessionali, e la recentissima legge costituzionale samoana che proclama l'isola come nazione cristiana.

A proposito della Chiesa cattolica, ecco sentenze tedesche sull'apertura domenicale dei negozi e sulla partecipazione obbligatoria delle Chiese locali ad un certo tipo di trattative sindacali, sentenze statunitensi sull'obiezione di coscienza verso le vaccinazioni e sul segreto confessionale.

Riguardo all'Ebraismo, una sentenza francese sulle prove d'esame al sabato, ed una tedesca sul divieto di fare discriminazioni religiose nel diritto di sepoltura.

Relativamente ai Luterani, un'importantissima sentenza della Corte Suprema sul finanziamento statale alle confessioni religiose.

Parlando dell'Islam, sentenze tedesche sul velo delle docenti e delle giudici in udienza.

Venendo alla libertà religiosa, una sentenza delle Bahamas sulla comprimibilità della libertà religiosa dei militari, una russa sullo scioglimento della sezione locale dei Testimoni di Geova per proselitismo aggressivo, una legge del Kentucky sulla libertà religiosa nelle scuole pubbliche, una del Nebraska che abolisce norme sull'abbigliamento dei docenti promosse dal Ku Klux Klan nel secolo scorso, una dell'Alabama sulla libertà religiosa delle organizzazioni private d'ispirazione confessionale per le adozioni

## **FRANCIA**

### **CAA di Marsiglia, Vème chambre, n. 15MA03863, del 3 aprile 2017**

<http://marseille.cour-administrative-appel.fr/>

Un presepe allestito nell'atrio del municipio, senza che ciò risponda ad una tradizione locale, senza che accanto al presepe sia stato posto un avviso che ne chiarisse la natura culturale, artistica o festiva, costituisce violazione della legge di Separazione.

### **Conseil constitutionnel, n. 2017-633 QPC, del 2 giugno 2017**

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Il fatto che la remunerazione dei soli ministri di culto cattolici in Guyana sia a carico dello Stato non costituisce violazione né, per il fatto che dei ministri di culto siano retribuiti dallo Stato, della legge di Separazione, giacché essa non si applica in Guyana, né, per il fatto che solo quelli cattolici siano retribuiti, del principio costituzionale d'eguaglianza, giacché esso non si oppone al fatto che il legislatore regoli in maniera differente situazioni differenti, né al fatto che egli possa derogare al principio d'eguaglianza per ragioni d'interesse generale, a patto che, nell'uno e nell'altro caso, la differenza di trattamento sia in rapporto diretto con l'oggetto della legge che l'avesse introdotta, e per questi motivi l'ordinanza regia del 27 agosto 1828, che regolamente la retribuzione dei ministri di culto cattolico in Guyana, è costituzionalmente legittima.

## CANADA

### **Queen's Bench for Saskatchewan, n. 2017/SKQB/109, del 20 aprile 2017.**

<http://sasklawcourts.ca/>

Il Constitution Act canadese del 1867 garantisce (sezione 93) ai Cattolici ed ai Protestanti, nelle tre province di Alberta, Saskatchewan ed Ontario, il diritto di chiedere al governo provinciale di finanziare le scuole separate su base confessionale.

Nel 2003, nella città di Theodore, nel Saskatchewan, la comunità cattolica ha ottenuto la creazione d'una di queste scuole, cui mandare i propri figli, che è diventata tanto rinomata per la qualità dell'insegnamento da attrarre anche gli scolari non cattolici della zona, che preferivano andare nella scuola cattolica anziché in quella statale non confessionale.

La normativa che regolava i finanziamenti pubblici a queste scuole confessionali, però, li legava al numero di studenti tout court, senza indicare distinzioni su base religiosa.

La scuola statale colpita dall'apertura di questa nuova scuola, ha fatto ricorso, pretendendo che i contributi statali fossero legati non a tutti gli studenti, bensì ai soli studenti della medesima confessione religiosa della scuola.

La Corte accoglie il ricorso, operando una distinzione sugli scopi del finanziamento: i contributi statali legati per gli studenti della stessa fede religiosa della scuola hanno lo scopo di tutelare le minoranze religiose, e sono quindi legittimi; i contributi legati agli studenti di fede diversa, invece, non rispondendo a questo requisito, costituiscono un finanziamento statale ad una scuola confessionale per svolgere di fatto, sia pur indirettamente, attività di proselitismo, violano perciò la laicità e neutralità dello Stato e sono quindi illegittimi.

## SAMOA

### **Constitution Amendment Bill n. 2/2016, del 9 giugno 2017.**

<http://www.palemene.ws/>

La Costituzione di Samoa viene modificata come segue:

“PREAMBLE

IN THE HOLY NAME OF GOD, THE ALMIGHTY, THE EVER LOVING  
WHEREAS sovereignty over the Universe belongs to the Omnipresent God alone,  
and the authority to be exercised by the people of Samoa within the limits prescribed  
by God’s commandments is a sacred heritage

WHEREAS the Leaders of Samoa have declared that Samoa should be an In-  
dependent State based on Christian principles and Samoan custom and tradition

[...]

Art. 1 Name and description

[...]

**(3) Samoa is a Christian nation founded of God the Father, the Son and the Holy Spirit”**

## **GERMANIA**

### **BVerwG, n. 8/cn/1-16, del 17 maggio 2017.**

[www.bverwg.de](http://www.bverwg.de)

L'apertura domenicale dei negozi è possibile solo per specifiche ragioni oggettive, come una festività di particolare rilevanza; il regolamento della città di Worms che autorizza sempre l'apertura domenicale, lasciando la decisione concreta al gestore del singolo negozio, viola la garanzia costituzionale del riposo domenicale.

### **VG Dresda, n. 4/k/1278-16, del 12 aprile 2017.**

<https://www.justiz.sachsen.de/vgdd/>

Dato che il riposo domenicale ha anche lo scopo di rispondere ai bisogni socio-religiosi della popolazione, in assenza d'una normativa generale a livello di Land, quando un'azienda stipula con i sindacati dei lavoratori un accordo relativo al lavoro domenicale debbono necessariamente essere consultati anche i rappresentanti delle confessioni religiose di cui facciano parte i lavoratori interessati.

## STATI UNITI D'AMERICA

### **Court of Appeal, First District, State of Florida, Flynn vs Estevez, n. 1D15-3923, del 27 giugno 2017.**

<http://www.1dca.org/>

Una scuola cattolica impone a tutti i propri studenti di farsi vaccinare, anche quando i genitori avessero obiezioni su base religiosa, e nonostante la legge della Florida consenta l'obiezione di coscienza ai vaccini; un gruppo dei suddetti genitori cita in giudizio la scuola, ma si vede soccombente, perché la Corte d'Appello stabilisce che la legge de qua impone il rispetto dell'obiezione di coscienza solo agli organi statali, essendo senza principî religiosi ispiratori, mentre un tribunale statale non può esigere che una scuola religiosa, ossia basata sui principî di una data religione, rispetti le obiezioni di coscienza basate sui principî d'un'altra religione.

### **Louisiana Western District Court, Sonnier vs Roman Catholic Diocese of Lafayette, n. 6/2016cv01229, del 24 febbraio 2017.**

<http://www.lawd.uscourts.gov/>

Un tribunale statale non può valutare se un sacerdote abbia o meno violato il segreto confessionale, rivelando quanto *ivi* appreso a controparti in un contenzioso civile o di divorzio, perché ciò richiederebbe d'interpretare la dottrina della Chiesa in materia di sacramento della confessione, interferendo negli affari interni della Chiesa cattolica, ciò che il Primo Emendamento vieta.

## FRANCIA

### **CAA di Parigi, Xème chambre, n. 16PA01753, del 30 maggio 2017**

<http://paris.cour-administrative-appel.fr/>

Lo Stato, che sulla base della legge di Separazione “non riconosce nessun culto”, ed il cui agire dev’essere sempre improntato alla laïcité, non è tenuto ad organizzare prove di concorso evitando di fissarle di sabato, sicché la ricorrente, ebrea, non ha titolo per chiedere l’annullamento del concorso, né è stata violata la sua libertà religiosa perché la prova non è stata fissata di sabato con l’intenzione di nuocere agli eventuali partecipanti ebrei.

## GERMANIA

### **OVwG di Münster, n. 19/a/1970-14, del 3 gennaio 2017.**

<http://www.ovg.nrw.de/>

Un ebreo aveva acquistato anticipatamente, quand’era ancora in vita, due loculi nel cimitero ebraico di Münster, gestito dalla locale Comunità ebraica, ed in uno dei due era stato regolarmente seppellito.

Quando però, anni dopo, era morta anche la vedova, che non si era mai convertita all’Ebraismo, la direzione del cimitero aveva opposto un veto alla sua sepoltura, ostando appunto il fatto che non fosse ebrea.

Il Tribunale amministrativo d’appello, confermando la sentenza di primo grado, accoglie il ricorso presentato dai figli dei de cujus, affermando che il diritto alla sepoltura rientra fra i diritti umani inviolabili, e che subordinarlo all’appartenenza ad una data confessione costituirebbe violazione della libertà religiosa.



## STATI UNITI D'AMERICA

### **US Supreme Court, Trinity Lutheran Church of Columbia (Missouri), vs Comer, n. 15/577, del 26 giugno 2017.**

<https://www.supremecourt.gov/>

Una parrocchia luterana del Missouri aveva chiesto una sovvenzione statale per rifare il pavimento della sala-giochi della sua scuola (asilo nido ed elementari) nella città di Columbia; la parrocchia avrebbe anche avuto tutti i requisiti di legge per ricevere il contributo richiesto, che però le venne rifiutato perché si trattava d'una parrocchia, e la Costituzione del Missouri vieta qualsiasi sovvenzione a organismi religiosi; la parrocchia luterana impugna questo rifiuto, sostenendo ch'esso sia basato su discriminazione religiosa e quindi da annullare.

La questione giunge così dinanzi alla Corte Suprema, che rende inoperante l'emendamento Blaine, dal nome di James Blaine, che nel 1875 cercò di far approvare un emendamento alla Costituzione federale che vietasse ogni sovvenzione pubblica a qualunque progetto religioso: il testo fu approvato dai deputati 180 a 7, ma non riuscì a raggiungere i voti di due terzi dei Senatori; ciò nonostante, però, l'emendamento è stato ripreso da molte Costituzioni dei singoli Stati, fra cui il Missouri, il cui Governo cita *expressis verbis* il proprio emendamento Blaine nella motivazione del rifiuto della sovvenzione.

Dando però torto al Missouri, ecco che la Corte Suprema giudica implicitamente questo emendamento contrario alla Costituzione federale; la sentenza dei Justices è presa 7 a 2, con varie concurring opinions: lo Chief Justice Roberts sottolinea come vi fosse chiaramente una violazione della libertà religiosa ed una discriminazione nella decisione di rifiutare il contributo alla parrocchia per il solo fatto che fosse una parrocchia, e chiarisce che, a suo parere, il divieto di sovvenzionare attività religiose va riferito allo scopo, non all'entità richiedente: rifare un pavimento, infatti, non è certamente un'attività religiosa, sicché può essere finanziato, quandanche il richiedente fosse una parrocchia.

I Justices Thomas e Gorsuch hanno invece steso concurring opinion che contestano questa interpretazione; il secondo, in particolare, afferma che la distinzione, fatta dal Justice Roberts, fra richiedente religioso e uso religioso, non è costituzionalmente pertinente, perché la Costituzione vieta la discriminazione su base religiosa *tout court*, che si tratti di rifare un pavimento o d'altro.

## GERMANIA

### **LAG di Berlino-Brandeburgo, n. 14/SA/1038-16, del 9 febbraio 2017.**

<https://www.berlin.de/gerichte/landesarbeitsgericht/>

Ad una maestra di religione musulmana era stato negato il posto in una scuola elementare quando aveva dichiarato di voler indossare il velo anche in classe, durante le lezioni.

Ella fa ricorso per discriminazione religiosa, ed il Landesarbeitsgericht, sulla base della NGesetz di Berlino, che ha recepito la sentenza del 27 gennaio 2015 del BVerfG, riconosce che nelle scuole elementari un divieto ad indossare il velo non può essere generale e permanente, ma dev'essere giustificato da un concreto pericolo.

### **BVerfG, n. 2/BvR/1333-17, del 27 giugno 2017.**

[www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)

Sulla base del Regolamento giudiziario del Land dell'Assia, chi indossa il velo non può sedere al banco dei giudici, non può intervenire come pubblico ministero, né svolgere in udienza nessuna attività.

Contro questa norma viene presentato un ricorso individuale diretto d'incostituzionalità per violazione della libertà religiosa, che viene respinto: la decisione di diventare magistrato non è stata imposta, ma è stata una libera scelta, facendo la quale si sono anche automaticamente accettate anche tutte le limitazioni che ciò avrebbe comportato, e le limitazioni volontariamente accettate costituiscono esercizio di libertà, non sue violazioni.

Esse, comunque, non sono tali da essere intollerabili, dato che il divieto d'indossare il velo si limita all'attività in udienza, mentre nelle ore di servizio in cui si svolgessero ricerche od altre attività negli Uffici giudiziari il velo può essere tranquillamente indossato.

## BAHAMAS

### **Court of Appeal of the Commonwealth of the Bahamas, Commodore Royal Bahamas Defence Force and others vs Laramore, n. 2017/UKPC/13, dell'8 maggio 2017.**

<http://www.courtsofappeal.org.bs/>

Fin dalla loro fondazione, nel 1980, la Royal Bahamian Defence Force ha iniziato le proprie cerimonie ufficiali con preghiere rituali cristiane, con una normativa (il regolamento 20/93) che prevedeva la possibilità, per i militari ed il personale civile d'altra - o nessuna - religione, d'arrivare dopo qualche minuto, quando la preghiera fosse già terminata. Nel 2006 venne emanato un nuovo regolamento (n. 67/06) che, invece, imponeva a tutti d'essere presenti fin dall'inizio, pur riconoscendo il diritto ai diversamente credenti di non unirsi alla preghiera e di restare in silenzio.

Qualche mese dopo, il 24 aprile 2007, il sottufficiale Laramore, arruolatosi cristiano ma poi convertitosi all'Islam, ha chiesto d'essere esentato dalla partecipazione a queste preghiere cristiane, ed alla prima cerimonia ufficiale in cui fosse stata prevista la loro pronunzia, nel 2007, ha lasciato il proprio posto poco prima che venissero lette, per tornare poco dopo.

Accusato e processato per disobbedienza, nel corso del procedimento disciplinare egli ha eccepito l'incostituzionalità del regolamento del 2006, vincendo tutti i gradi di giudizio e vedendosi confermato il riconoscimento della violazione della sua libertà religiosa anche in quest'ultimo e definitivo grado: i diritti fondamentali dei militari possono certamente essere compressi e limitati, compresa la loro libertà religiosa, come ben sa chi si arruola nelle Forze Armate di Sua Maestà, ma solo per esigenze militari o disciplinari: tutte le esigenze religiose che non interferiscono con l'adempimento dei doveri verso Sua Maestà possono essere accolte (come già accaduto nelle Forze Armate canadesi, che hanno permesso ai militari Ebrei e Sikh di restare sempre a capo coperto anche quando il regolamento prevede per gli altri militari di togliersi il berretto).

## **RUSSIA**

### **Corte Suprema, Ministero della Giustizia vs Centro dei Testimoni di Geova, n. 17/238, del 19 aprile 2017.**

<http://www.vsrif.ru>

Ex art. 20.2. (violazione delle procedure per lo svolgimento di manifestazioni, dimostrazioni, processioni o picchetti) ed art. 5.26 (svolgimento d'attività missionaria aggressiva) del Codice amministrativo, il Centro nazionale dei Testimoni di Geova e le 395 organizzazioni locali che ad esso facevano capo sono stati sciolti, ne è proibita la ricostituzione e le loro proprietà vengono confiscate dallo Stato.

## **STATI UNITI D'AMERICA**

### **Kentucky, legge sulla libertà religiosa nelle scuole, Senate Bill n. 17, del 16 marzo 2017.**

<http://www.lrc.ky.gov/>

La legge modifica il regolamento scolastico statale, aggiungendo le disposizioni seguenti:

“La sezione 158.183 è modificata come segue:

[...]

(2) in conformità alla Costituzione degli Stati Uniti d'America ed a quella del Commonwealth del Kentucky, ogni studente potrà volontariamente:

a- pregare o compiere attività religiose nelle scuole pubbliche, ad alta voce od in silenzio, da solo o con altri studenti

b- esprimere opinioni religiose o politiche nelle scuole pubbliche,

c- esprimere opinioni religiose o politiche nei compiti in classe, nei compiti a casa, nei lavori artistici, ed in ogni altro compito scritto od orale senza dover subire discriminazioni o penalizzazioni basate sul contenuto religioso o politico delle opinioni espresse,

d- discutere di opinioni religiose o politiche con altri studenti nelle scuole pubbliche

e- distribuire materiale religioso o politico nelle scuole pubbliche

f- mostrare messaggi o simboli religiosi su capi d'abbigliamento

g- invitare, al di fuori dalle ore di lezione, membri d'organizzazioni studentesche religiose per svolgere attività religiose che possono includere la preghiera, la lettura o lo studio della Bibbia, ed altre attività di carattere religioso

h- usare i mezzi di comunicazione della scuola, comprese gli indirizzi mail, il

bollettino informativo, il giornalino scolastico, per annunciare riunioni studentesche a carattere religioso

i- riunirsi come gruppi studenteschi religiosi, al di fuori delle ore di lezione

j- fare assenza, nel rispetto delle norme generali sui giorni di assenza, per osservare festività religiose e per partecipare ad attività religiose

(3) in conformità alla Costituzione degli Stati Uniti d'America ed a quella del Commonwealth del Kentucky, il corpo docente locale deve garantire:

a- la scelta degli studenti per gli interventi ufficiali della scuola avverrà senza discriminazioni per le loro opinioni religiose o politiche; i discorsi preparati dagli studenti non saranno modificati prima della loro lettura senza il consenso dello studente interessato, che tuttavia deve astenersi da espressioni oscene, offensive, *etc.*; se il discorso dello studente potesse venir percepito come endorsement della scuola a favore di quell'opinione religiosa o politica, la scuola può rendere noto, in qualunque modo, che il suddetto discorso esprima solo le opinioni personali dello studente;

b- le organizzazioni religiose e politiche hanno diritto a eguale accesso al pubblico dibattito

[...]

Al capitolo 158 del Regolamento si aggiunge la seguente sezione 2:

Ad ogni docente in una scuola pubblica deve essere permesso:

- parlare della religione usando la Bibbia od altre Sacre Scritture, ma senza fare proselitismo, per lezioni su:

a) storia delle religioni,

b) analisi comparata delle religioni,

c) la Bibbia come capolavoro letterario,

d) il ruolo della religione nella storia degli Stati Uniti e di altri Paesi

e) l'influenza della religione sull'arte, la musica, la letteratura e gli studi sociali,

- parlare delle ricorrenze religiose, compresi i loro aspetti più strettamente religiosi, e celebrarne anche gli aspetti secolari

[...]"

## **Nebraska, legge sull'abbigliamento dei docenti, Legislative Bill n. 62, del 27 marzo 2017.**

<http://nebraskalegislature.gov/>

Questa legge abolisce un divieto introdotto nel 1919 dietro pressione dell'anti-cattolico Ku Klux Klan, che l'aveva voluta per impedire alle suore cattoliche di poter fare lezione nelle scuole, vietando ai docenti d'indossare abbigliamento religiosamente connotato.

La norma oggi colpisce però soprattutto i docenti ebrei e le docenti musulmane, ed è stata abolita:

“È abrogata ogni disposizione che proibisce ai docenti d'indossare abbigliamento religioso nelle scuole pubbliche; è abrogata ogni sanzione prevista al riguardo; sono di conseguenza modificate le sezioni 78.898 e 79.899 del regolamento scolastico del Nebraska”.

## **Alabama, Child Placing Agency Inclusion Act, del 3 maggio 2017.**

<http://www.legislature.state.al.us/aliswww/default.aspx>

La legge protegge le organizzazioni ed agenzie private per l'adozione affiliate a confessioni religiose, riconoscendo loro il diritto di rifiutarsi di collaborare in alcun modo ad adozioni che fossero in contrasto con le loro convinzioni religiose.

La protezione è applicabile, però, solo alle organizzazioni ed agenzie che non ricevano nessun contributo statale.

## Presentazione di VINCENZO MAIELLO

La sezione di ‘Giurisprudenza e legislazione penale’ di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in primo luogo, la sentenza Sez. pen. III, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1952, relativa alla configurabilità del reato di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone, previsto dall’art. 403 c.p. in una peculiare fattispecie nella quale il destinatario dell’offesa era il Sommo Pontefice. Nel caso di specie alcuni soggetti erano stati condannati per aver offeso la confessione religiosa cattolica, mediante vilipendio del Pontefice collocando, in modo da essere ben visibile, nel corso di una manifestazione, ad un angolo del sagrato di una Chiesa, un cartellone raffigurante sullo sfondo una sagoma costituita dall’immagine del Pontefice ed, in primo piano, un bersaglio costituito da una serie di cerchi concentrici con l’indicazione di punteggi vari, riportante in calce una scritta offensiva del Papa. La Cassazione, disattendendo la tesi difensiva secondo cui la condotta posta in essere aveva riguardato il Pontefice in quanto persona e non quale strumento mediante il quale offendere la religione cattolica atteso che si intendeva esprimere il dissenso dalla linea seguita dal Pontefice in tema di omosessualità ed abusi su minori, ha invece confermato la condanna escludendo la possibilità di attribuire alle espressioni la “dignità” di critica, seppure “accesa” alla sola persona fisica del Pontefice, con esclusione di ogni offesa alla religione cattolica, ed ancor più al sentimento religioso. Va al riguardo ricordato che la condotta di vilipendio si connota entro i confini segnati dallo stesso significato etimologico della parola (“tenere a vile”, ossia additare al pubblico disprezzo o dileggio, ovvero svilire), per cui è ben vero che il vilipendio alla religione non deve mai essere confuso con la discussione, scientifica o meno, sui temi religiosi, né con la critica, o con l’espressione di dissenso dai valori religiosi per l’adesione ad ideologie atee o di altra natura, ovvero con la confutazione, anche con toni “accesi”, dei dogmi della fede (in tal senso cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 10535/2009, in Ced Cass. 243084). Del resto anche recentemente (Cass. pen., Sez. III, n. 41044 del 07/04/2015, in Ced Cass. 264932) la Cassazione ha ribadito che in materia religiosa, la critica è lecita quando - sulla base di dati o di rilievi già in precedenza raccolti o enunciati - si traduca nella espressione motivata e consapevole di un apprezzamento diverso e talora antitetico, risultante da una indagine condotta, con serenità di metodo, da persona fornita delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione, mentre trasmoda in vilipendio quando - attraverso un giudizio sommario e gratuito - manifesti un atteggiamento di disprezzo verso la religione cattolica, disconoscendo alla istituzione e alle sue essenziali componenti (dogmi e riti) le ragioni di valore e di pregio ad essa riconosciute dalla comunità, e diventi una mera offesa fine a se stessa. Orbene, facendo applicazione di tale ultimo orientamento giurisprudenziale, i Supremi Giudici hanno osservato come non solo il contenuto del cartellone, le azioni intraprese sullo stesso (il lancio di freccette), il luogo ove tale flash-mob era stato organizzato risultavano oggettivamente, e senza equivoci, idonei e volti a “svilire” e ferire il sentimento religioso cattolico, ma era proprio nei motivi di ricorso, laddove gli imputati avevano adombrato le ragioni di tale loro contestazione (per le posizioni assunte dal Papa nei confronti dei gay ed altre), che emergeva, con vivida chiarezza, che l’attacco violento e volgare al papa era rivolto allo stesso in quanto Capo della Chiesa cattolica, e quindi in quanto il

contenuto delle dichiarazioni e dei messaggi del Papa, era in grado di orientare i fedeli e di raggiungere il sentimento religioso degli stessi. In definitiva, la loro condotta si palesava obiettivamente offensiva del sentimento religioso, offesa realizzata mediante pesanti contumelie ed inequivoca istigazione alla derisione del pontefice, risultando perciò integrato il reato di vilipendio.

Viene poi in rilievo Sez. pen. III, sentenza 17 gennaio 2017, n. 1949, con cui è stato rigettato, salvo la declaratoria di prescrizione di un reato secondario (sanzionato con due mesi di reclusione), il ricorso dell'imputato contro la sentenza della Corte d'Appello di Torino, confermativa della sentenza di prime cure emessa dal GUP di Novara, con la quale un sacerdote era stato condannato a quattro anni di reclusione per una pluralità di condotte riconosciute integranti il delitto di "Violenza sessuale" (art. 609-bis c.p.), aggravate dall'abuso dei poteri e dalla violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di un culto. Più nel dettaglio, l'imputato – tramite il proprio difensore di fiducia – aveva proposto gravame contro la decisione della corte di seconde cure con la quale lo stesso era stato condannato a quattro anni di reclusione per aver compiuto atti sessuali – alcuni dei quali anche di natura penetrativa – ai danni di tre diverse persone offese (di cui ai capi di imputazione rispettivamente b), e) e g)), di cui la prima aveva subito violenze continuate ed iniziate quando la stessa aveva 17 anni (età comune alla terza vittima, che peraltro aveva patito una sola aggressione sessuale), con abuso dei poteri e violazione dei doveri inerenti al proprio ruolo di ministro del culto cattolico. Il ricorso era incentrato su cinque distinte doglianze, di cui tre – ma soprattutto l'ultima – caratterizzate da un più spiccato rilievo ai fini del commento alla sentenza de qua. Con i motivi di ricorso, tra l'altro, l'imputato lamentava l'erronea applicazione della legge penale – e la manifesta illogicità della motivazione sul punto – in relazione all'applicazione – pur essendo stata la stessa dichiarata equivalente, e non prevalente, rispetto alle circostanze attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p. -della circostanza aggravante generale di cui all'art. 61, n. 9, c.p., in virtù della quale è aumentata (fino ad un terzo, ovvero 33%) la pena ove il fatto venga commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla qualifica di ministro di un culto. Si doleva all'uopo il ricorrente che «l'aggravante in questione non può essere ancorata sulla mera qualifica di parrocchiani delle persone offese» ed inoltre che «per il capo b) il contesto attiene a rapporti esclusivamente interpersonali; per i capi g) ed e) gli stessi sono avvenuti in occasione del gioco di lotta, non ci sono connessioni con l'esercizio delle funzioni di ministro di culto cattolico». I giudici di legittimità non hanno però aderito all'impostazione proposta dalla difesa dell'imputato nel ricorso di cui sopra, procedendo innanzitutto a bocciare i due motivi non illustrati (il 1° e il 3°) in quanto del tutto infondati, e comunque tendenti a richiedere alla Suprema Corte di addivenire a valutazioni sul merito della vicenda, che sono assolutamente precluse al Collegio romano. Sono stati ritenuti assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso. La Corte di Cassazione non ha in tale contesto aderito all'orientamento 'restrittivo' espresso dal ricorrente relativamente al raggio applicativo dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 7, c.p., incentrata sull'abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro del culto cattolico. La Suprema Corte, ponendosi in continuità con altre pronunce di legittimità (da ultimo Cass. pen., Sez. 3, n. 37068/2009) ha invero affermato, in punto di diritto, che la suddetta circostanza sia ravvisabile «non solo quando il reato sia commesso nella sfera tipica e ristretta delle funzioni e dei servizi propri del ministero sacerdotale, ma anche quando la qualità sacerdotale abbia facilitato il reato stesso, essendo il ministero sacerdotale non limitato alle funzione strettamente connesse alla realtà parrocchiale, ma comprensivo di tutti quei compiti riconducibili



al mandato evangelico costitutivo dell'ordine sacerdotale»; precisando inoltre come tale mandato comprenda «le attività svolte a servizio della comunità e, senza carattere esaustivo, quelle ricreative, di assistenza, di missione, di aiuto psicologico ai fedeli ed a chiunque ne abbia bisogno, ivi comprese le relazioni interpersonali che il sacerdote intraprenda in occasione dello svolgimento di tali attività».

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. VI, sentenza 6 marzo 2017, n. 10906, ove si affronta la problematica del rapporto tra diritto penale e fattore culturale che ha condotto alla commissione di un reato. Il riconoscimento delle attenuanti generiche nel caso di specie si inserisce tuttavia in una valutazione più complessiva, che tiene conto anche del contegno della giovane vittima e della carenza di prove in ordine alla riconducibilità di alcune lesioni a comportamenti ritenuti violenti degli imputati. Nell'affrontare l'incidenza del fattore culturale nella commissione di un fatto penalmente rilevante, va premesso che è opinione costante ritenere che il movente non escluda il dolo, alla cui struttura è estraneo, ma lo evidenzia, rilevando la comunanza del nesso psicologico tra i ripetuti atti offensivi, come ad esempio, l'odio, la gelosia, il vizio, la vendetta, la sospettosità o la malvagità (Cass. pen. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 25183). Possono infatti essere oggetto di indagine anche le ragioni e i motivi del comportamento criminoso, in quanto assurgono ad elemento rilevante per escludere eventualmente la sussistenza dell'elemento soggettivo. Come emerge anche dalla riserva di cui all'art. 572 c.p., se il fine dell'agente è stato quello di correzione o di disciplina, ove ne ricorrano naturalmente i presupposti (rectius, utilizzo di mezzi leciti), dovrà trovare applicazione la diversa fattispecie di abuso dei mezzi di correzione; in mancanza di tali presupposti, però, nessun ostacolo sembra esservi per la configurabilità del delitto di maltrattamenti. Il motivo può essere rilevante nel caso in cui si agisca secondo proprie credenze o secondo scopi di natura culturale o sociale. Spesso, infatti, e soprattutto in questi ultimi tempi per l'intensificarsi del fenomeno dell'immigrazione da parte di cittadini extracomunitari, si verificano casi in cui taluno – posto sul banco degli imputati – giustifichi il proprio comportamento (per noi penalmente rilevante) affermando di avere agito in conformità a regole o a consuetudini tollerate, e in qualche caso agevolate, dal proprio gruppo (sociale) di appartenenza o dal Paese di provenienza (ossia, ciò che è considerato reato nel nostro ordinamento è, invece, lecito o giustificato per quello da cui si proviene). La giurisprudenza italiana sul tema è sostanzialmente impermeabile alla rilevanza del fattore religioso, quantomeno per escludere ipotesi di non punibilità nei casi in cui l'imputato extracomunitario adduca motivi culturali per giustificare la propria condotta criminosa. In particolare, la Suprema Corte, giudicando il delitto di maltrattamenti commesso da un extracomunitario per fini “correttivi”, ha ritenuto sussistente l'elemento soggettivo, anche se tale comportamento è stato giudicato dall'autore del reato conforme alla propria cultura e alla propria concezione di educazione familiare. È stato affermato, infatti, che «in presenza di condotta oggettivamente idonea a rendere configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia, la sussistenza dell'elemento soggettivo di tale reato non può essere esclusa per il solo fatto che l'agente, straniero di religione musulmana, ritenga la suddetta condotta conforme alla sua diversa concezione della convivenza familiare e delle potestà a lui spettanti quale capo-famiglia, ponendosi tale concezione in contrasto con i fondamentali principi dettati dagli artt. 2 e 3 Cost., i quali costituiscono uno sbarramento invalicabile all'introduzione, di diritto o di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi e costumi che suonano come “barbari” a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona» (in tal senso, Cass. pen. sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55; Cass. pen. sez.

VI, 26 novembre 2008, n. 46300; Cass. pen. sez. VI, 7 ottobre 2009, n. 48272; Cass. pen. sez. VI, 26 aprile 2011, n. 26153). Tali arresti sono applicabili anche nell'ipotesi di fatti violenti tra coniugi appartenenti alla stessa nazionalità o estrazione culturale, ove la moglie abbia prestato consenso o, comunque, manifestato l'intenzione di tollerare gli abusi del marito. La Cassazione, in proposito, ha statuito "che il reato di maltrattamenti non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni sub-culturali relative a ordinamenti diversi da quello italiano. Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto coi principi che stanno alla base del nostro ordinamento, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli artt. 29 e 31 Cost.". (Cass. pen. sez. VI, 20 ottobre 1999). E questo anche nella eventuale ottica di riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 1, c.p., in una sorta di "etica dell'uomo", affermata (sia pure in maniera criptica) sulla base di scelte culturali relative a ordinamenti diversi dal nostro: tale riferimento a "valori" di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia deve, infatti, cedere il passo, nell'ambito della giurisdizione italiana, ai principi-base del nostro ordinamento e, ancora una volta, a quelli posti a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Cass. pen. sez. VI, 9 novembre 2006, n. 3419). Medesime considerazioni valgono anche nell'ipotesi in cui si invochi la scusante di cui all'art. 5 c.p., sulla quale la Corte ha sottolineato come non possa ritenersi inquadabile nell'ambito delle situazioni soggettive che solo eccezionalmente – alla stregua di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364/1988 – consentono di ritenere inoperante il principio generale della inescusabilità della ignoranza della legge penale, la situazione di chi, sol perché straniero, adduca a sua giustificazione la diversità della legge italiana rispetto a quella del suo Paese d'origine (Cass. pen. sez. III, 7 dicembre 1993). Nella specie, è stato escluso che potesse attribuirsi rilevanza, in un caso di violenza sessuale presunta – in quanto commessa su minore infraquattordicenne – all'assunto difensivo dell'imputato, cittadino marocchino, secondo il quale in Marocco i rapporti sessuali con minori sarebbero considerati leciti dalla legge. Orbene, in tale quadro giurisprudenziale non può ritenersi il motivo culturale quale causa escludente la responsabilità penale, anche solo in termini di carenza dell'elemento soggettivo (Cass. pen. sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646), ma non può disconoscersi che tale fattore – come nel caso affrontato dalla sentenza in epigrafe – può in un qualche modo, e a certe condizioni, assurgere ad elemento che possa aiutare a meglio "personalizzare" la pena, allorché si ha la certezza che esso abbia influito in modo determinante sulle motivazioni che hanno portato alla commissione di un reato. Se, dunque, difficilmente la condotta culturalmente orientata conduce ad escludere il reato, essa potrebbe essere valutata in termini di attenuazione della pena; e la disposizione di cui all'art. 62-bis c.p., unitamente, come noi riteniamo, ai criteri commisurativi previsti dall'art. 133 c.p., può rappresentare uno strumento per meglio valutare il concreto disvalore del fatto e l'effettiva consapevole ribellione al precetto penale.

Sempre sulla medesima tematica, viene in rilievo Sez. pen. I, sentenza 15 maggio 2017, n. 24084, la quale si inserisce ancora nell'ambito dei reati culturalmente orientati, cioè di quelle condotte che, seppur ispirate a usi e costumi (culture, dunque) perfettamente leciti in altri Paesi, perdono in Italia ogni rilevanza di giustificazione culturale e tradizionale di condotte oggettivamente previste dalle nostre norme penali. La Corte afferma chiaramente che il porto di un coltello è giustificato, ad esempio, quando il portatore si stia recando in giardino a potare alberi; così come il porto di

un bisturi è giustificato nel caso del medico chirurgo che, durante le proprie visite, abbia con sé una borsa professionale in cui custodisca anche quell'affilatissimo ago. Ciò perché il giustificato motivo ricorre «quando le esigenze dell'agente siano corrispondenti a regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verifica del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento ed alla normale funzione dell'oggetto (ex multis, sez. I n. 4498 del 14.1.2008, rv. 238946) Ma indica, altresì, chiaramente che solo le circostanze di luogo e tempo possono far considerare quelle condotte; tanto che esse, tenute dai medesimi soggetti ma in circostanze diverse da quelle, costituirebbero certamente reato. Da ciò, si argomenta che un comportamento riconducibile ad un fattore culturale o religioso non può rientrare nel significato di circostanza di tempo e di luogo e, seppur abbia chiaramente orientato la condotta del soggetto agente, non può esser valutato alla stessa stregua del giustificato motivo. Ciò perché il legislatore, nel formulare l'art. 4, della l. 110 del 1975, come già riconosciuto e sottolineato da Sez. un. 7739 del 9 luglio 1997, ha posto in forma di tipicità necessaria una clausola scriminante connessa in via esclusiva al giustificato motivo. È proprio la tipicità, dunque, a rendere inestensibili ambito e significato della clausola. Né il soggetto agente, il quale dichiara di aver assunto quella tal condotta solo a motivo del proprio credo religioso, può far riferimento a una pretesa posizione di buona fede, che è invece inammissibile in chi è consapevole di essersi trasferito in un Paese diverso e non può quindi pretendere di avere il diritto di proseguire in condotte che, lecite nel Paese di origine, risultano oggettivamente incompatibili con le regole dello Stato in cui ha deciso di venire a vivere. Peraltro, argomenta la Corte, il reato contestato ha natura contravvenzionale e, quindi, è punibile anche a titolo di colpa. Ovvero, nessuna considerazione va concessa al fatto che il soggetto abbia agito con colposa disattenzione piuttosto che con dolo. La decisione di stabilirsi in un Paese in cui si sappia che i valori di riferimento sono diversi da quelli della terra da cui si proviene, impone il rispetto delle nuove regole, cui è indispensabile uniformarsi. L'integrazione non impone affatto l'abbandono della cultura di origine; impone, però, l'obbligo di uniformare i propri valori a quelli del mondo in cui si è scelto di inserirsi, verificando preventivamente la compatibilità dei propri valori a quelli dell'ordinamento in cui si è deciso di vivere. Peraltro, come ricorda la Corte, anche l'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo stabilisce che «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

Si segnala, poi, Sez. pen. IV, sentenza 12 maggio 2017, n. 23423, la quale si sofferma su un tema non molto approfondito nella giurisprudenza di legittimità, investendo segnatamente una questione di giurisdizione relativa ad un ente di diritto canonico. La Suprema Corte, in particolare, in una fattispecie nella quale l'imputato era stato condannato per tre episodi di appropriazione indebita aggravata in danno dell'Opera Diocesana di Assistenza (ODA), nel disattendere la tesi difensiva – secondo cui l'ODA è giuridicamente un semplice ente canonico, mai riconosciuto come persona giuridica civile, sicché, in assenza di tale riconoscimento, solo la Chiesa eserciterebbe la propria giurisdizione “indipendente e sovrana” ai sensi dell'art. 7 della Costituzione – ha invece affermato il principio di cui in massima, chiarendo come, non essendo minimamente ipotizzabile che l'ODA possa rientrare, tramite una interpretazione sostanzialmente analogica di norme processuali penali, fra gli tra gli “enti centrali

della Chiesa”, sicuramente, i fatti commessi da cittadini italiani nel territorio italiano che siano sussumibili entro fattispecie di natura penale, vanno giudicati dall’ autorità giudiziaria italiana come si desume, peraltro, da un’ agevole lettura a contrario dell’ art. 22 del Trattato fra la Santa Sede e l’ Italia sottoscritto l’ 11 febbraio 1929. La Suprema Corte, nel respingere il ricorso, ha evidenziato come il suddetto ente debba essere considerato come un ente di fatto, soggetto, come tale, alle regole del codice civile proprio perchè, operando sul territorio nazionale, non può che essere soggetto, comunque, alle regole dello Stato Italiano, pur non avendo inteso richiedere (o ottenuto) il riconoscimento: da ciò consegue, quindi, la piena e completa sottoposizione alla giurisdizione italiana sia civile che penale. Giova ricordare che la persona giuridica, secondo il diritto canonico, è quella eretta o riconosciuta con provvedimento dell’ Autorità Ecclesiastica (can. 114). Gli enti costituiti o approvati dall’ autorità ecclesiastica possono essere riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili nel caso in cui ricorrano congiuntamente i seguenti presupposti: (i) approvazione da parte dell’ Autorità ecclesiastica (ii) sede in Italia (iii) perseguimento di finalità di religione e di culto (v. art. 1 Legge 222/1985). Il perseguimento di tale fine (a norma dell’ art. 2 Legge 222/1985) si presume per gli enti che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa (es. Parrocchie, Diocesi, Seminari), per contro, per il riconoscimento di altre persone giuridiche canoniche (es. associazioni pubbliche di fedeli), va accertato di volta in volta, in conformità alle disposizioni dell’ articolo 16 Legge 222/1985. Gli enti eretti dall’ autorità ecclesiastica che hanno la personalità giuridica nell’ ordinamento dello Stato assumono la qualifica di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (v. art. 4 Legge 222/1985) pur mantenendo la struttura e le caratteristiche proprie dall’ ordinamento canonico. Le persone giuridiche canoniche, a norma dell’ art. 10 Legge 222/1985, possono essere riconosciute nell’ ordinamento italiano anche in forma diversa rispetto all’ ente ecclesiastico civilmente riconosciuto (es. un’ associazione di fedeli può essere riconosciuta come una persona giuridica privata alle condizioni previste dal codice civile). Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, a norma dell’ art. 5 Legge 222/1985, devono essere iscritti nel Registro delle Persone giuridiche istituito presso la Prefettura della provincia in cui l’ ente ha la propria sede. L’ iscrizione è necessaria rendere pubbliche e opponibili ai terzi le caratteristiche dell’ ente, gli organi di rappresentanza ed i relativi poteri degli stessi. Con riferimento all’ ipotesi in cui l’ ente non chiede il riconoscimento, la Suprema Corte ha osservato che ODA “è un ente di diritto canonico, classificabile tra le persone pubbliche di diritto canonico, eretto il 10/11/1954 nell’ Arcidiocesi di Udine dal Mons. G.N. [...] per il perseguimento di finalità caritatevoli ed assistenziali [...] è incontrovertibile che ODA sia stato un ente canonico pubblico e non abbia mai chiesto, o ottenuto, riconoscimento di persona giuridica nel diritto civile, né il suo statuto sia mai stato depositato presso il pubblico registro delle imprese”. Questo essendo il pacifico presupposto di fatto, la conseguenza giuridica, per pacifica e consolidata dottrina, è che il suddetto ente, va considerato come un ente di fatto, soggetto, come tale, alle regole del codice civile proprio perchè, operando sul territorio nazionale, non può che essere soggetto, comunque, alle regole dello Stato Italiano, pur non avendo inteso richiedere (o ottenuto) il riconoscimento. Da ciò consegue, quindi, la piena e completa sottoposizione alla giurisdizione italiana sia civile che penale. Sul punto, ricorda la Cassazione, quanto alla giurisdizione penale «ai fini dell’ annoverabilità di un ente o istituto ecclesiastico tra gli “enti centrali della Chiesa” - i quali, ai sensi dell’ art. 11 del Trattato fra l’ Italia e la Santa Sede dell’ 11 febbraio 1929, reso esecutivo in Italia con legge 27 maggio 1929 n. 810, sono “esenti da ogni ingerenza da

parte dello Stato” - non è sufficiente che esso sia dotato di personalità giuridica, ma occorre anche che rientri fra gli organismi che, come le Congregazioni, i Tribunali e gli Uffici, costituiscono la Santa Sede in senso lato, facendo parte della Curia romana e provvedendo al governo supremo, universale della Chiesa cattolica nello svolgimento della sua missione spirituale nel mondo» (v. Cass. pen. 22516/2003, rv. 224185; Cass. pen. 41786/2015, rv. 264775). Nel caso di specie, quindi, poichè non è neppure minimamente ipotizzabile che l'ODA possa rientrare fra gli tra gli “enti centrali della Chiesa”, sicuramente, i fatti commessi da cittadini italiani nel territorio italiano che siano sussumibili entro fattispecie di natura penale, vanno giudicati dall'autorità giudiziaria italiana come si desume, peraltro, da un'agevole lettura a contrario dell'art. 22 del Trattato fra la Santa Sede e l'Italia sottoscritto l'11 febbraio 1929.

Infine, viene riportata Sez. pen. IV, sentenza 14 febbraio 2017, n. 6912 (per la quale si rinvia alla nota che segue).

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.  
Sentenza 17 gennaio 2017, n. 1952**

**Offesa ad una confessione religione – Vilipendio - Elemento oggettivo  
– Offesa al Sommo Pontefice - Sussistenza**

In tema di delitti contro le confessioni religiose, l'attacco violento e volgare al Papa (mediante lancio di freccette contro la sua immagine) rivolto allo stesso in quanto Capo della Chiesa cattolica integra il reato di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone, atteso che quando la contestazione è posta in essere con espressioni oltraggiose nei confronti del Pontefice la stessa è certamente idonea a vilipendere il suo ruolo e la religione cattolica che tale ruolo riconosce, dovendosi escludere la possibilità di un loro inquadramento nella critica, seppure "accesa", alla sola persona fisica del Pontefice, sostanziandosi in offesa alla religione cattolica, ed ancor più al sentimento religioso.

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.  
Sentenza 17 gennaio 2017, n. 1949**

**Violenza sessuale commessa dal Ministro di culto cattolico – Aggravante dell'abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro del culto – Sussistenza**

*Nei reati sessuali è configurabile l'aggravante dell'abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro del culto cattolico, non solo quando il reato sia commesso nella sfera tipica e ristretta delle funzioni e dei servizi propri del ministero sacerdotale, ma anche quando la qualità sacerdotale abbia facilitato il reato stesso, essendo il ministero sacerdotale non limitato alle funzioni strettamente connesse alla realtà parrocchiale, ma comprensivo di tutti quei compiti riconducibili al mandato evangelico», compiti tra i quali sono state espressamente menzionate – tra le altre - le attività ricreative e di aiuto psicologico ai fedeli.*

## **Corte di Cassazione. Sezione Sesta Penale. Sentenza 6 marzo 2017, n. 10906**

### **Delitto di maltrattamenti in famiglia – Rilevanza del fattore religioso – Concessione delle circostanze attenuanti generiche - Sussistenza**

Nel reato di maltrattamenti familiari possono essere riconosciute le attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p. ai genitori che, per la loro inadeguatezza etno-culturale connessa ad un credo religioso, ritengono consentite punizioni corporali sul figlio minore che nel Paese di origine (Marocco) non costituiscono illecito, allorquando la loro incapacità culturale non gli ha permesso di rendersi conto della patologia diagnosticata al figlio stesso a causa dei loro atti, nonché per la loro incapacità di gestirne i suoi comportamenti oppositivi e provocatori (ricondotti, pur sbagliando, ad aspetti caratteriali) che si proponevano di contenere con metodi non certamente consentiti ed erroneamente ritenuti educativi.

## **Corte di Cassazione. Sezione Seconda Penale. Sentenza 12 maggio 2017, n. 23423**

### **Ente canonico non riconosciuto – Giurisdizione penale – Sussistenza**

In tema di giurisdizione, un ente canonico pubblico che non abbia mai chiesto, o ottenuto, riconoscimento di persona giuridica nel diritto civile, nè il suo statuto sia mai stato depositato presso il pubblico registro delle imprese, va ritenuto un ente di fatto come tale soggetto alle regole del codice civile. Di conseguenza, non potendo il medesimo rientrare tra gli enti centrali della Chiesa - esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato ex art. 11 del Trattato fra l'Italia e la Santa Sede dell'11 febbraio 1929, reso esecutivo in Italia con legge 27 maggio 1929 n. 810 - i reati commessi dal rappresentante legale del suddetto ente vanno giudicati dall'autorità giudiziaria italiana ex art. 22 del cit. Trattato.

## **Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale. Sentenza 15 maggio 2017, n. 24084**

### **Porto d'arma – Rilevanza esimente del credo religioso – Insussistenza**

Lo straniero che viene a vivere in Italia non deve rinunciare alla propria cultura ed alle proprie tradizioni; deve però uniformare le proprie condotte alle regole che sovrintendono alla pacifica convivenza. Il suo credo religioso non scriminerà eventuali condotte cui la legge italiana connetta un'oggettiva rilevanza penale.

## **Corte di Cassazione. Sezione Quarta Penale. Sentenza 14 febbraio 2017, n. 6912**

### **Mezzi di prova - Testimonianza - Segreto - Professionale - “segreto ministeriale” - Ambito di operatività - Individuazione**

In tema di prova testimoniale, il “segreto ministeriale”, previsto dall'art. 200 cod. proc. pen. per tutti i ministri delle confessioni religiose nonché, per i ministri di culto cattolico, anche dall'art. 4, l. 25 marzo 1985 n. 121 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra lo Stato italiano e la Santa Sede, non comprende solo le notizie apprese nel sacramento della confessione, ma tutte quelle acquisite nell'ambito delle attività connesse all'esercizio del ministero religioso con esclusione delle informazioni di cui si è avuta conoscenza nell'ambito dell'attività “sociale” svolta dagli ecclesiastici. (In applicazione di tale principio la Corte ha rigettato i ricorsi proposti dagli imputati, rispettivamente una suora e un sacerdote, condannati per il reato di falsa testimonianza, ritenendo escluse dal segreto ministeriale le informazioni apprese da una giovane, vittima di reiterate violenze sessuali di gruppo, che si era rivolta al sacerdote chiedendo aiuto ed era stata da questo affidata alla suora).

*La tutela del segreto, riconosciuta nell'ambito religioso-cattolico dall'articolo 4 della legge 121/1985, non copre qualsiasi confidenza ricevuta dagli ecclesiastici, operando detta tutela solamente ove quanto appreso venga conosciuto per ragioni proprie del ministero esercitato e non in linea generale.*



# La rilevanza del segreto ministeriale ed i limiti della sua opponibilità (nota a cass. pen., sez. pen. iv, 14 febbraio 2017, n. 6912)

PIERPAOLO DELL'ANNO

## 1. Premessa

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha offerto interessanti precisazioni in ordine ad una tematica di particolare interesse, quella delle condizioni che consentono legittimamente ad un esponente di un culto acattolico di avvalersi del segreto ministeriale previsto dall'art. 200, comma 1, lett. a), c.p.p.<sup>1</sup>.

La Corte di Cassazione ha infatti precisato come la tutela del segreto prevista dall'articolo 4 della Legge 121/1985 non riguardi qualunque informazione sia giunta alla conoscenza di un religioso, ma solo quanto attinente al ministero sacro da questi esercitato.

Nel caso di specie venivano tratti a giudizio avanti al Tribunale di Palmi un prete ed una suora, accusati del reato di falsa testimonianza per avere dichiarato il falso nel corso di un processo avente ad oggetto reiterate violenze sessuali nei confronti di una ragazza.

La giovane vittima delle violenze aveva chiesto aiuto al prete, spiegando la situazione di abuso di cui era stata vittima, ed il prete l'aveva poi affidata alla suora.

Nell'ambito del processo per le violenze sessuali di cui sopra, il prete e la suora venivano sentiti come testimoni e negavano che la giovane avesse confidato di essersi rivolta loro in ragione delle violenze subite, attribuendo ad altro il motivi per cui avevano seguito la ragazza accompagnandola, tra l'altro, ad effettuare un test di gravidanza ed aiutandola nell'inserimento in una casa famiglia.

Il giudice di primo grado aveva ritenuto mendaci le dichiarazioni rese dai religiosi e, nel contempo, aveva escluso che potesse configurarsi nel caso di specie un'ipotesi di tutela del segreto ai sensi dell'articolo 4 della Legge 121/1985, escludendo che le confidenze della giovane avessero significato nell'ambito della fede religiosa, ed aveva altresì escluso che potesse essere applicata la scriminante di cui all'articolo 384,

---

<sup>1</sup> Nella dottrina processual-penalistica, si segnala GIAMPIERO AZZALI, *Prove penali e segreti*, Milano, 1967; PIER MARIA CORSO, *Il "segreto professionale" tra vecchio e nuovo codice di procedura penale*, in *RDCo*, 1989, pp. 185 ss.; ANGELO GIARDA, *Sub artt. 198-201*, in *Comm. Giarda-Spangher*, Ipsoa, Milano, 1997; MUTTI, *Segreto professionale*, in *Digesto pen.*, XIII, UTET, Torino, 1997, p. 124; MARIO PISANI, *Testimonianza e segreti*, in *AA.VV.*, *La testimonianza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1974; PIER PAOLO RIVELLO, *Segreto (profili processuali)*, in *Digesto pen.*, XIII, UTET, Torino, 1997, pp. 80 ss.; ADOLFO SCALFATI, *Testimonianza e segreti nel processo penale (un'indagine su interessi in conflitto)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, pp. 1235 ss.; LAURA SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000; GIORGIO SPANGHER, *Sub art. 200*, in *Comm. Chiavario*, II, UTET, Torino, 1990, pp. 459 ss. Da ultimo, ANGELO ZAMPAGLIONE, *Segreto ministeriale e confessioni religiose prive di intesa*, in *Questa rivista*, 2017, pp. 617 ss.

secondo comma, c.p. poiché le parti non erano state informate della facoltà di non rispondere, in quanto non vi era alcun obbligo giuridico in tal senso.

Le considerazioni del giudice di prime cure venivano condivise della Corte d'Appello di Reggio Calabria, che confermava la sentenza.

Entrambi gli imputati proponevano ricorso contro la sentenza di condanna, articolando essenzialmente in due motivi le proprie doglianze.

Anzitutto, veniva contestato il vizio di violazione di legge per essere stato omesso l'avvertimento agli imputati della possibilità di avvalersi della facoltà di non rispondere e, conseguentemente, per non essere stata applicata la scriminante di cui all'articolo 384 c.p..

Veniva evidenziato come ai sensi dell'articolo 4 della Legge 121/1985 agli ecclesiastici sia riconosciuto il diritto al segreto su quanto da loro appreso in ragione del proprio "ministero", precisando come il "ministero" non comprenda i soli atti sacramentali, ma bensì tutte le informazioni riservate ottenute in ragione della funzione religiosa svolta.

Per tale ragione i religiosi non sarebbero stati tenuti a rispondere ed, inoltre, avrebbero dovuto essere avvisati di tale facoltà.

Invero, tale avvertimento non era stato dato ed anzi, a fronte delle perplessità manifestate dalla suora al momento dell'esame, quando aveva detto di non sapere se potesse dire quanto ricordasse, il Pubblico Ministero aveva dato una risposta sbrigativa e perentoria con cui aveva palesato che la testimone avesse senza dubbio il dovere di rispondere.

Per tutte queste ragioni, nel caso di specie avrebbe dovuto trovare applicazione la scriminante prevista dal secondo comma dell'articolo 384 c.p.

In secondo luogo, veniva poi contestato il vizio di illogicità della motivazione nella parte in cui aveva ritenuto credibili le affermazioni rese dalla persona offesa in ordine alle circostanze che questa aveva rivelato ai religiosi.

La Corte di Cassazione dichiara infondati tutti i ricorsi proposti, confermando la condanna pronunciata dai giudici di merito.

## *2. La disciplina del segreto professionale nel codice di rito*

Per poter comprendere il percorso motivazionale della sentenza, è necessario premettere che il legislatore ha disposto in favore di alcune categorie di soggetti la esenzione dagli obblighi gravanti sul testimone *ex art.* 198, comma 1, c.p.p. e dalla correlata disciplina sostanziale.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> La letteratura sulla testimonianza è molto ampia, si rinvia a MARTA BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984; CAMILLO CARINI, *La testimonianza*, in *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, diretto da Gaito, Utet, Torino, 2008, pp. 491 ss.; CORRADA DI MARTINO, *La prova testimoniale: contenuto e limiti soggettivi*, in Di Martino-Proccaccianti, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2° Ed., Padova, 2010, pp. 5 ss.; LUIGI FADALTI, *La testimonianza nel giudizio penale*, Giuffrè, Milano, 2008; GIUSEPPE LUIGI ANULI, *La prova dichiarativa nel processo penale*, Torino, 2007; ALFONSO FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007; VINCENZO GAROFOLI, *Voce, Prova testimoniale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 758 ss.; PROCACCIANTI, *Testimonianza*, in *Digesto pen.*, III Agg., II, Torino, 2005, pp. 1648 ss.; PAOLO TONINI, *La prova penale*, Cedam, Padova, 2000, pp. 123 ss.; ANGELO ZAMPAGLIONE, *Bussola Prova*, in *Il Penalista*, Giuffrè, Milano, settembre

Nei casi tassativamente indicati nell'art. 200 c.p.p., è riconosciuto alla persona chiamata a rendere testimonianza un vero e proprio "potere-dovere" di non rispondere alle domande, qualora la deposizione possa comportare una violazione dell'obbligo del segreto.<sup>3</sup>

Con la espressione "segreto" si intende una notizia che non deve essere portata alla altrui conoscenza e che non è già di per sé notoria. Nella maggior parte dei casi si tratta di un fatto della vita privata che il singolo ha interesse a mantenere riservato. Le necessità della vita sociale impongono al privato, al fine di tutelare i propri interessi, di rivolgersi a persone dotate di specifiche competenze e, nel fare ciò, il singolo è costretto a riferire notizie riservate.<sup>4</sup>

In base alla qualifica e alla natura dell'oggetto della testimonianza dei soggetti il segreto può essere professionale, di ufficio, di Stato e sugli informatori di polizia. Si tratta, a tutti gli effetti, di segreti probatori che si traducono in un ostacolo all'attività conoscitiva dell'autorità giudiziaria, alla quale risulta talvolta precluso l'accesso a determinate prove.

In particolare, i segreti – impedendo che dall'esterno giungano alla magistratura elementi utili per l'adozione dei provvedimenti che essa è chiamata ad assumere – sono posti a salvaguardia di un'ampia e variegata gamma di valori che, per espressa previsione normativa, possono (artt. 199, 200 e 203 c.p.p.) o debbono (artt. 201 e 202 c.p.p.) prevalere sull'accertamento del fatto cui mira il processo penale.<sup>5</sup> Di regola si tratta di situazioni che coinvolgono interessi di rilievo costituzionale, quali l'interesse a professare la propria fede religiosa (artt. 8 e 19 Cost.), l'interesse a difendersi in ogni tipo di processo (art. 24 Cost.), l'interesse alla salute (art. 32 Cost.).

Il legislatore ha dovuto dunque disciplinare la materia cercando di individuare un punto di equilibrio tra i due interessi: da una parte, è necessario perseguire lo scopo del processo, quello di porre in essere un completo accertamento della verità e, dall'altra, occorre evitare che la divulgazione di fatti e notizie connessi a rapporti di tipo personale, professionale o istituzionale, finisca per trasformarsi in una indebita lesione dei diritti e degli interessi che l'ordinamento riconosce proprio a quei rapporti.

Se così non fosse, alcune professioni o attività, al cui esercizio sono sottesi rilevanti valori di rango costituzionale, non potrebbero essere utilmente svolte nell'interesse sociale, qualora i soggetti che le esercitano non fossero vincolati al segreto in ordine alle notizie ed ai fatti di cui vengano a conoscenza in occasione dell'espletamento dei propri compiti.<sup>6</sup>

La presenza del segreto, però, non opera automaticamente, in quanto è il soggetto chiamato a deporre che deve ecceperla.<sup>7</sup> In tale ipotesi il giudice, se ritiene infondata l'eccezione, dopo gli accertamenti necessari su quanto eccepito, ordina al testimone

---

2015, *on line*; ID, Bussola *Testimonianza*, in *Il Penalista*, Giuffrè, Milano, settembre 2015, *on line*.

<sup>3</sup> In tema, GIORGIO SPANGHER, *Sub art. 200*, cit., pp. 459 ss.

<sup>4</sup> In questo senso, PAOLO TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, XVI Ed., 2015, 300 ss.

<sup>5</sup> CARLO BONZANO, *I mezzi di prova*, in *Soggetti. Atti. Prove*, Vol. I, a cura di Spangher, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, UTET, Torino, 2015, pp. 820 ss.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sui valori costituzionali coinvolti dal segreto professionale si veda ALESSANDRO DIDDI, *Testimonianza e segreti professionali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 28 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 11 febbraio 2009, Belluomo, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3910.

di deporre (art. 200, comma 2, c.p.p.). Qualora poi, il teste dovesse persistere nel rifiuto, il giudice dovrà trasmettere gli atti al pubblico ministero affinché proceda a norma di legge (art. 207, comma 2, c.p.p.).

Inoltre, la tutela processuale del segreto trova nelle disposizioni di diritto sostanziale un ulteriore rafforzamento, atteso che ai sensi dell'art. 622 c.p. è fatto divieto di rivelazione a chiunque abbia avuto notizia di un fatto coperto dal segreto in ragione del suo stato, ufficio o della propria professione o arte. Di conseguenza, la rivelazione del medesimo è punita quando sia avvenuta senza giusta causa.

Il segreto, tuttavia, non opera quando sul professionista gravi un obbligo giuridico di riferire un fatto di reato all'autorità giudiziaria. Un esempio di scuola è quello del medico che abbia prestato assistenza alla persona offesa di un delitto procedibile di ufficio e sul quale grava un obbligo di referto (art. 365 c.p.), che implicitamente costituisce una giusta causa di rivelazione.

Altro aspetto essenziale è che non tutti i professionisti usufruiscono della facoltà di non rispondere ma solo quelli "qualificati" e, tra questi, per quel che interessa in questa sede, anche i ministri di confessioni religiose.

Le condizioni imposte a tale categoria di soggetti, inseriti nel novero dei legittimati all'opposizione, a garanzia dei principi espressi dagli artt. 8 e 19 Cost.<sup>8</sup>, per una legittima opponibilità del segreto "religioso" sono essenzialmente due: innanzitutto, che le notizie devono essere state apprese nell'esercizio del ministero ecclesiastico e quindi in relazione a funzioni laiche nell'ambito di un giudizio ecclesiastico<sup>9</sup> e, dall'altro, che lo statuto della confessione religiosa amministrata dal testimone non deve contrastare con l'ordinamento giuridico italiano.

La norma in esame, infatti, si discosta dall'impostazione accolta dall'art. 351, comma 1, n. 1, c.p.p. 1930, che faceva riferimento ai soli culti ammessi e, più precisamente, ai ministri della religione cattolica o di un culto ammesso nello Stato, ricomprendendo invece tutte le confessioni religiose, purché non dissonanti rispetto ai principi del nostro ordinamento statale.

È stato anche precisato che l'art. 200 c.p.p. "*non è una norma posta a garanzia dei soli interessi privati ma si estende anche agli interessi propri delle confessioni religiose. Ciò significa che non si pone esclusivamente un problema di privacy bensì anche di esercizio del diritto di libertà religiosa, vale a dire dell'espletamento del ministero religioso. La libertà religiosa è al cuore dell'insieme dei diritti che ineriscono la dignità della persona umana e costituisce il termometro circa il livello di democraticità di un certo ordinamento in ragione del presupposto che «lo Stato moderno non deve più conoscere tolleranza, ma solamente libertà: poiché quella suona graziosa concessione dello Stato al cittadino; questa invece diritto del cittadino verso lo Stato»*".<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> In argomento, DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, Eupress FTL, Lugano, 2008, p. 103. Del resto, la rilevanza costituzionale di tale interesse giuridico fa quindi sì che esso debba necessariamente rapportarsi con quello dell'amministrazione della giustizia, che pure ricollega il proprio fondamento nella Costituzione; tuttavia in questo bilanciamento la tutela del segreto ministeriale, inteso come prerogativa del ministro di culto che si concreta nel vero e proprio esercizio di un diritto, è destinato a prevalere al punto di vedere scriminata, ai sensi dell'art. 384, comma 2°, c.p., la condotta reticente del teste titolare di tale qualifica su fatti appresi *ratione ministerii*.

<sup>9</sup> Si veda, Cass. Pen., Sez. V, 12 marzo 2004, Trecco, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1615.

<sup>10</sup> FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1991; per un

L'art. 19 Cost., infatti, riconosce espressamente la libertà religiosa affermando che “tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”.<sup>11</sup>

Anche se non espressamente qualificata dalla Costituzione come diritto inviolabile, la libertà religiosa rientra senz'altro nel novero dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost.<sup>12</sup>

Non sembra potersi dubitare, infine, che l'oggetto del segreto – lungi dall'essere circoscritto al solo “segreto confessionale”, posto che l'istituto della confessione è pressoché sconosciuto a molti culti – possa estendersi a qualsiasi informazione che abbia attinenza con l'esercizio del ministero ecclesiastico<sup>13</sup>; deve in ogni caso sussistere una correlazione tra le informazioni coperte da segreto e la funzione ecclesiastica, restando escluse dal beneficio le altre informazioni in quanto per le stesse si riespande la regola generale.

Occorre, in altri termini, considerare che l'art. 200 c.p.p. fonda la sua *ratio essendi* sul nesso strumentale tra attività ministeriale e fatto appreso. Ciò comporta che il giudice, dopo aver accertato la veste di “ministro di culto” al soggetto reticente, è tenuto anche a verificare che l'accadimento, la notizia, sia stata appresa in diretta e immediata connessione allo svolgimento dell'attività professionale. È proprio tale presupposto che legittima il giudice a porre in essere gli accertamenti necessari per escludere che il teste abbia appreso privatamente i fatti sui quali invoca il silenzio, ad evitare cioè un eventuale e possibile utilizzo abusivo del privilegio del segreto. Va

---

medesimo ordine di idee, cfr. ANGELO ZAMPAGLIONE, *Segreto ministeriale e confessioni religione prive di intesa*, in *Questa rivista*, 2017, pp. 617 ss..

<sup>11</sup> Si vedano TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, XIII Ed., 2013.

<sup>12</sup> Si rinvia alle seguenti pronunce della Consulta: sentenze n. 14 del 1973 e n. 239 del 1984. Per un opportuno approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale in materia di libertà religiosa si veda MARCO CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2005, 167-243. Sui diritti fondamentali si veda ANTONIO BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, che ha messo in luce che la Costituzione è una «tavola di valori» la quale prevede una lettura dei diritti enumerati che potenzi le capacità espansive di essi in quanto occorre tenere conto della «consistenza paradigmatica» di questi ultimi.

<sup>13</sup> In dottrina, CARLO BONZANO, *I mezzi di prova*, cit., pp. 820 ss. Nella giurisprudenza, relazione all'ambito di operatività del segreto ministeriale, v. Cass. pen., sez. V, 3 maggio 2001, n. 27656, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3092, secondo la quale sono coperti dal combinato disposto degli artt. 4 l. n. 121 del 1985 e 200 c.p.p. anche «la conversione del peccatore (anche se privato dell'ausilio sacramentale dell'eucarestia)», in quanto esplicazione del ministero spirituale del sacerdote cattolico, per la quale «non occorre che quest'ultimo sia autorizzato da un suo superiore perché si incontri con un latitante e celebri funzioni religiose nel luogo nel quale costui si nasconde». Si veda altresì Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2004, n. 22827, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1665, che esclude dall'ambito del segreto ministeriale la funzione di giudice ecclesiastico, in quanto rientrerebbe nell'esercizio delle attività laiche esercitate da persone che abbiano conoscenza tecnica del diritto canonico e capacità di applicazione in concreto delle norme processuali, con la conseguenza che «non sussiste alcun vincolo o divieto a testimoniare per il giudice ecclesiastico delegato all'istruzione nella causa per la dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario su fatti dei quali egli sia venuto a conoscenza per ragioni o a causa dell'esercizio di tale funzione, salva la possibilità di eccepire, dinanzi al giudice penale, ricorrendone le condizioni, il segreto professionale su fatti, comportamenti o notizie acquisiti attraverso l'intreccio della funzione giudiziaria con quella di ministro del culto».

anche ricordato che il potere-dovere di non testimoniare è subordinato ad un'altra condizione: lo Statuto della confessione religiosa non deve contrastare con l'ordinamento giuridico italiano» e, sul punto, il giudice chiarisce che tale espressione utilizzata dal legislatore non può essere interpretata nel senso di limitare l'applicazione dell'art. 200 c.p.p. alle sole confessioni che abbiano stipulato un'intesa con lo Stato.

### *3. La decisione della Suprema Corte*

Venendo al merito della decisione in commento, la Suprema Corte, quanto alle censure relative alla illogicità della motivazione, nella parte in cui erano state ritenute credibili le dichiarazioni della persona offesa, evidenzia come le stesse attengano in realtà a profili di merito insindacabili in sede di legittimità.

Articolata ed interessante è invece la motivazione con cui la Suprema Corte respinge le doglianze relative alla violazione di legge in relazione alle norme che riconoscono il diritto al segreto religioso.

Anzitutto viene analizzato il contenuto dell'articolo 4 della Legge 121/1985 che tutela il diritto al segreto degli ecclesiastici in merito a quanto giunto a conoscenza "per ragioni del loro ministero".

Viene precisato che è del tutto pacifico che l'articolo 4 non copra il solo "segreto confessionale", sia perché diversamente si verrebbe a configurare una interpretazione restrittiva della norma che non troverebbe giustificazione sul piano giuridico, sia perché si verrebbe altrimenti a determinare una ingiusta limitazione a danno della Chiesa cattolica rispetto alle altre religioni, giacché l'articolo 200 c.p.p. prevede il riconoscimento del diritto al segreto del "ministero" in termini generali per tutti i ministri di culto, comprendendo così anche confessioni religiose che non hanno il "segreto confessionale".

Ciò detto, viene evidenziato come sia parimenti pacifico che il segreto non possa coprire qualunque conoscenza acquisita dall'ecclesiastico, ma solo quelle che siano direttamente connesse all'esercizio del ministero religioso.

In questo senso la Corte di Cassazione, condividendo le conclusioni della Corte d'Appello sul punto, ritiene che si debba distinguere tra la funzione religiosa e la funzione sociale svolta dai religiosi, applicandosi la tutela del segreto unicamente alla prima.

Ad ulteriore precisazione la Suprema Corte indica a titolo di esempio che l'assistenza nei confronti di soggetti deboli rientra nella generica "missione" dell'ecclesiastico, ma attiene alla funzione sociale e non a quella prettamente religiosa.

Certo la distinzione è sfumata, ma il principio di fondo è quello che soltanto ove vi siano un collegamento diretto alle attività di fede religiosa potrà essere riconosciuto il diritto al segreto del ministero.

Fatta questa premessa, la Corte di Cassazione sottolinea una essenziale carenza dei motivi di gravame, rappresentata dal fatto che in nessuno dei ricorsi venga approfondito ed in qualche modo risolto il problema fondamentale di accertare quale tipo di dialogo vi sia stato tra la ragazza vittima di abusi sessuali ed religiosi con cui si era confidata.

Ogni censura viene, infatti, impostata sull'erroneo presupposto che i giudici di merito abbiano circoscritto l'ambito di operatività del segreto ministeriale alla sola confessione (laddove invece la Corte d'Appello distingue in maniera più ampia tra funzione religiosa e funzione sociale), senza poi chiarire per quale ragione il rapporto tra la ragazza ed i religiosi rientrerebbe nell'ambito del ministero religioso svolto da questi ultimi: in concreto viene dato per scontato che ogni rapporto tra ecclesiastici

e fedeli abbia una connotazione spirituale, quasi a trasformare il diritto al segreto in un generale diritto a non rendere testimonianza da parte dei religiosi.

#### 4. *Brevi osservazioni*

Orbene, l'art. 4, comma 4, della l. n. 121 del 1985 prevede che l'ambito di segretezza riconosciuto agli ecclesiastici riguardi quanto abbiano conosciuto "per ragioni del loro ministero".

Tale espressione denota un concetto più ampio rispetto al "segreto confessionale", sia perché una specificazione di un tale maggiore limite sarebbe stata ovvia in una legge che disciplina i rapporti con la Chiesa cattolica romana – utilizzando quindi espressioni chiare e riferibili alle regole di tale confessione religiosa – e sia perché vi corrisponde la dizione dell'art. 200 c.p.p.

Quest'ultimo, come visto, prevede l'ambito di segreto del ministero in generale per tutti i ministri di confessioni religiose, anche quelle che non hanno il "segreto confessionale"; quindi sarebbe ingiustificata una lettura nel senso che per le altre religioni valga il più ampio segreto a protezione dell'esercizio del più ampio ministero e, per la religione cattolica, quella del più limitato ambito della confessione.

L'ambito esteso del segreto "ministeriale" non può comunque essere interpretato come comprensivo di qualsiasi attività compiuta dall'ecclesiastico: da tale segreto, invero, deve essere escluso tutto ciò che sia stato conosciuto al di fuori del ruolo ricoperto<sup>14</sup> e dell'esercizio di "fede religiosa", come, nella fattispecie, nell'ambito di attività "sociale", anch'essa tipicamente svolta dagli ecclesiastici.

È per contro possibile dubitare dell'assunto in base al quale sarebbe "tout court" esclusa dall'ambito del segreto ministeriale l'attività di assistenza a soggetti deboli, la quale, pur rientrando nella generica missione dell'ecclesiastico non rientra certamente nell'esercizio diretto di "fede religiosa". Si fa infatti un generico riferimenti alla funzione sociale e non a quella prettamente religiosa, anche la distinzione appare eccessivamente sfumata. Peraltro, in casi del genere, pur non essendoci un collegamento diretto alle attività di fede religiosa, potrebbe in ogni caso sussistere una attinenza con l'esercizio del ministero ecclesiastico, tale da condurre al riconoscimento del diritto al segreto del ministero.

Dunque, se da un lato è pacifico che non ogni attività svolta dal religioso rientri nell'esercizio spirituale della fede, dall'altro lato è possibile affermare che per l'opponibilità del segreto non risulta necessario un vero e proprio "segreto confessionale", ma solo l'attinenza dell'informazione ricevuta con il ministero ecclesiastico.

Nel caso di specie, non emergevano in atti contestazioni specifiche alla sentenza impugnata in ordine alla riferibilità delle condotte di causa all'ambito della funzione religiosa/sociale e per tali ragioni la Suprema Corte concludeva che le doglianze dei ricorrenti non possano trovare accoglimento.

In breve, sarebbe dovuto emergere in atti un nesso strumentale, sia pur lato, tra attività ministeriale e fatto appreso e, sotto tale aspetto, il processo non ha provato in che termini l'accadimento ovvero la notizia sia stata appresa, se in connessione o meno allo svolgimento dell'attività professionale.

---

<sup>14</sup> Per approfondimenti si rinvia a ANGELO LICASTRO, *I ministri di culto nell'ordinamento ijk vbggiuridico italiano*, Giuffrè, Milano 2005.

## Presentazione

La rassegna di giurisprudenza nel settore del diritto ecclesiastico tributario si apre, in questo numero della Rivista, con una fattispecie, esaminata dalla Cassazione, che non risulta avere alcun precedente.

Oggetto di controversia era la possibilità, da parte dell'Ufficio, di attribuire la rendita catastale a una chiesa aperta al culto pubblico accatastata in categoria E/7 (fabbricati destinati all'esercizio pubblico dei culti), e, quindi, esente da imposizione fiscale.

La sentenza risponde positivamente al quesito, sulla base della considerazione che l'attribuzione della rendita catastale "non costituisce un'imposta" e, pertanto, non lede l'esenzione fiscale riconosciuta in virtù di "una specifica destinazione d'uso".

Senonché, la Cassazione è incorsa in un evidente errore di diritto. Infatti, gli immobili accatastati in categoria E/7 e, più in generale, tutti i cespiti censiti in categoria E (da E/1 a E/9) non sono soggetti ad alcuna imposta, non in ragione di un'esenzione in senso strettamente tecnico, ma di un'esclusione, cioè di una loro assoluta irrilevanza reddituale. In altri termini, gli immobili in questione, non tanto per la loro destinazione, quanto per la struttura e la condizione giuridica, non sono né possono essere produttivi di reddito! Cosicché, l'attribuzione della rendita catastale, da parte dell'Amministrazione finanziaria, a una chiesa censita come E/7 costituisce un assurdo logico e si pone in contrasto con il complessivo impianto di classificazione catastale della proprietà immobiliare attualmente in vigore.

Seguono tre pronunce delle Commissioni tributarie regionali, rispettivamente del Veneto, della Liguria e del Lazio (quest'ultima solo massimata), che continuano a tenere i riflettori accesi sulla *vexata quaestio* dell'Ici sugli immobili "religiosi".

La sentenza veneta appare come la più interessante, perché affronta una controversia molto peculiare. I giudici si trovavano di fronte a un immobile "destinato" (con tutti i crismi formali) a finalità religiosa, ma non "utilizzato". Si trattava, così, di stabilire se la destinazione fosse il requisito sufficiente per godere dell'esenzione dall'Ici. La Commissione tributaria si è espressa in senso positivo, invertendo la tendenza giurisprudenziale che privilegiava la situazione di fatto rispetto ad alcuni dati formali, che sicuramente meritano di essere presi nella dovuta considerazione.

La sentenza ligure si occupa della questione della estensibilità alle pertinenze dell'esenzione dall'Ici, prevista per l'immobile principale. L'argomentazione dei giudici si incentra sul dato letterale dell'art. 7 del d.lgs. n. 504 del 1992, laddove la disposizione cita, alla lettera b, anche le pertinenze degli edifici di culto, mentre tace quando menziona gli immobili a destinazione religiosa di cui alla lettera i. Questo raffronto tra le lettere b e i del citato art. 7 presenta elementi di fragilità, e, probabilmente costituisce, per la Commissione tributaria, una via di fuga per evitare di misurarsi, nel caso concreto, da una parte con la necessità di stretta interpretazione delle norme agevolative fiscali (una necessità più di difesa erariale che di tipo sistematico), dall'altra con il fondamentale e antico principio, secondo il quale il regime delle cose principali si estende alle pertinenze.

La rassegna si chiude con una massima della Commissione tributaria del Lazio, che affronta, senza discostarsi dall'orientamento già espresso in qualche precedente decisione, il problema dell'esenzione dall'Ici per gli immobili di proprietà di enti



ecclesiastici, concessi in comodato gratuito ad altri soggetti. Sul punto si può constatare un orientamento ormai consolidato, che riconosce l'agevolazione qualora l'ente comodatario persegua scopi strettamente strumentali a quelli dell'ente concedente. (Antonio Guarino)

## Cassazione civile, Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 20537

### Edificio di culto – Classificazione catastale in categoria E/7 – Attribuzione di rendita catastale – Legittimità.

*L'Amministrazione finanziaria attribuisce legittimamente la rendita catastale a un edificio di culto classificato in categoria catastale E/7 (fabbricati destinati all'esercizio pubblico dei culti). Infatti, non sussiste alcuna relazione tra la rendita catastale attribuita e l'esenzione dall'imposizione riconosciuta a un immobile per la sua specifica destinazione d'uso, in quanto la rendita catastale non costituisce un'imposta né un presupposto d'imposta.*

#### *Svolgimento del processo*

La controversia concerne l'impugnazione di un avviso di accertamento che, rettificando la dichiarazione DOCFA relativa all'edificio della chiesa ---, attribuiva al map. ---, classificato in E/7 la rendita di Euro 1.282,00 in luogo di quella proposta in Euro 654,00. L'ente religioso si opponeva sostenendo che stante la destinazione al culto dell'edificio in questione, la relativa rendita doveva essere pari a zero.

L'impugnazione era accolta in primo grado e in appello, con la sentenza in epigrafe, avverso la quale l'amministrazione propone ricorso per cassazione con tre motivi. Resiste l'ente religioso con controricorso, illustrato anche con memoria.

#### *Motivazione*

1. Con il primo motivo, l'amministrazione eccepisce il difetto di interesse dell'ente religioso rispetto alla richiesta affermazione di una rendita dell'immobile pari a zero, non essendo in discussione il diritto all'esenzione per l'immobile stesso in ragione della destinazione dello stesso al culto: sicché quand'anche la rendita non fosse stata equiparabile a zero, nessun pregiudizio poteva derivare all'ente. Peraltro l'eccezione di difetto d'interesse, sollevata in giudizio, non era stato oggetto di esame da parte del giudicante (secondo motivo).

2. Con il terzo motivo l'amministrazione contesta, sulla base della denunciata violazione di una serie di norme, la corrispondenza a diritto dell'affermazione che all'edificio destinato al culto non debba attribuirsi alcuna rendita catastale, a quest'ultimo essendo riconosciuta dalla legge una esenzione dall'imposizione.

3. Il terzo motivo è fondato ed ha valore assorbente.

4. Infatti non sussiste alcuna relazione tra rendita catastale attribuita ed esenzione dall'imposizione riconosciuta a un edificio per la sua specifica destinazione d'uso, in quanto, come questa Corte ha già avuto modo di chiarire, la rendita catastale non costituisce un'imposta né un presupposto d'imposta (v. Cass. n. 13319 del 2006; n. 3354 del 2015).

5. D'altro canto non risulta smentita da alcuna circostanza il fatto che la rendita fosse stata attribuita in sede di dichiarazione DOCFA dal proponente e che l'intervento dell'amministrazione sia consistito solo nella modifica in aumento del valore attribuito: su questo punto è mancato qualsiasi accertamento.

6. Pertanto il ricorso deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere

cassata con rinvio della causa alla Commissione Tributaria Regionale della Liguria in diversa composizione, che pronuncerà anche in ordine alle spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Commissione Tributaria Regionale della Liguria in diversa composizione.

## **Commissione tributaria regionale per il Veneto, Sez. 11, 1 febbraio 2017, n. 164**

### **Esenzione Ici - Immobile di ente religioso – Destinazione a fini religiosi – Mancato utilizzo attuale in concreto – Compete.**

*Ai fini del godimento dell'esenzione dall'ICI di un immobile destinato allo svolgimento di attività religiose rileva, come presupposto oggettivo, la destinazione, anche potenziale, dell'immobile medesimo e non l'effettivo attuale utilizzo, perché è la destinazione che appare essere la ragione fondamentale assunta dal legislatore per giustificare l'agevolazione prevista.*

#### *Svolgimento del processo*

La controversia è relativa ad un avviso di accertamento per ICI 2008 che il Comune di Selvazzano Dentro (PD) notificò, con posta raccomandata ricevuta il 7/1/14, all'ente “---” in relazione ad un complesso immobiliare di proprietà di quest'ultimo, sito nel territorio del Comune. Con l'avviso veniva chiesto il pagamento di euro 246.284,27 per imposta e complessivamente di euro 397.441,00; veniva contestata l'infedele dichiarazione ICI; veniva sostenuto l'assoggettamento ad ICI dell'immobile principale categoria B/5 e dei due minori in categoria D/1 in considerazione della non applicabilità dell'esenzione dall'imposta prevista dall'art. 7, comma 1, lettera i) del D. Lgs. 504/92.

In precedenza, nel Luglio 2008, il Comune aveva comunicato all'Ente l'avvio di un procedimento ex art. 7 della legge 241/90 ed aveva chiesto di chiarire i motivi del mancato pagamento ICI, rilevando la situazione di inutilizzo del complesso immobiliare, ove non veniva più svolta alcuna attività di formazione del clero.

L'Ente rispose nel successivo Ottobre 2008 rilevando che una delibera del Consiglio Comunale del 2003 aveva ricondotto l'area del complesso in zona F3, precisandone la destinazione ad attività religiose, con esclusione di ogni forma di residenzialità o di attività socio-assistenziale; rilevando ancora che il complesso, inutilizzato ed a disposizione, sino a quel momento non aveva avuto alcun altro e diverso utilizzo e sostenendo di conseguenza l'esenzione ICI come prevista dal citato art. 7.

Per quanto agli atti non risulta alcuna altra interlocuzione tra le parti in relazione alla debenza ICI dall'Ottobre 2008 sino al 30/12/2013, giorno in cui fu inoltrato tramite servizio postale l'accertamento ricevuto dall'Ente il 7/1/14 successivo. Ancora dagli atti risulta che il complesso non è più utilizzato per la formazione del clero sin dal Settembre 2002 e che negli anni successivi è stato oggetto di trattative per la sua cessione, concretizzate anche in contratti preliminari di compravendita.

Avverso l'accertamento l'Ente --- propose ricorso e sulla base di una serie articolata di eccezioni e motivi chiedeva l'annullamento dell'avviso ed in subordine la disapplicazione delle sanzioni. Il Comune costituitosi in giudizio chiedeva il rigetto del ricorso. Successivamente le parti depositarono ulteriori memorie e documentazione.

La Commissione Tributaria Provinciale di Padova, con sentenza depositata il 29/12/2014, accolse il ricorso, annullò l'avviso di accertamento e condannò il Comune al pagamento del 50% delle spese del giudizio.

I Primi Giudici ritennero che il comportamento del Comune, il quale nel tempo aveva continuato a non chiedere il pagamento dell'ICI e contemporaneamente aveva fruito del contributo statale per gli immobili esenti ICI, avesse ingenerato nell'Ente contribuente il legittimo affidamento circa l'esenzione ICI del complesso. Ancora nel merito i Primi Giudici riconobbero in capo all'Ente contribuente sia il requisito soggettivo che quello oggettivo dell'esenzione ex art. 7 citato; in relazione a quello oggettivo rilevarono come discrimine il fatto che il complesso immobiliare fosse destinato (anche se non effettivamente utilizzato, come ritenuto necessario dal Comune) ad usi agevolati, con l'avvenuta dimostrazione che nessun altro uso era effettivamente possibile.

Il Comune di Selvazzano Dentro ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza e la conferma della debenza delle somme richieste con l'accertamento. Sostiene l'erroneità della sentenza in fatto ed in diritto; contesta l'esistenza del presupposto oggettivo di esenzione dall'imposta perché il complesso immobiliare non era effettivamente "utilizzato" in una delle attività previste dal citato art. 7, bensì solo "destinato" ad esse; sottolinea ancora, a tal proposito, che il complesso era anche stato in parte commercialmente locato (invero di ciò fornisce dimostrazione per il solo anno 2001). Ancora il Comune rileva alcuni aspetti che emergono dalla documentazione in atti circa le trattative per la cessione del complesso per arrivare a sostenere che l'Ente appare non tanto un operatore sociale, quanto un normale operatore commerciale; sostanzialmente quindi mette in dubbio l'esistenza del presupposto soggettivo per l'esenzione dall'imposta, anche sostenendo che non risulta riscontro documentale che l'Ente --- abbia svolto in passato direttamente attività di formazione del clero.

L'Ente si è costituito in giudizio con controdeduzioni ed appello incidentale, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma dell'annullamento dell'avviso di accertamento. Preliminarmente eccepisce che controparte non ha impugnato statuizioni fondamentali dei Primi Giudici ed ha erroneamente ricostruito i fatti; ancora sostiene essersi formato il giudicato interno sul punto della sentenza che riconosce la propria buona fede ed il proprio legittimo affidamento. Replica quindi circa la mancanza del presupposto soggettivo d'esenzione sottolineando che tale mancanza non venne contestata né con l'avviso, né in primo grado, cosicché il motivo risulta inammissibile ed altresì infondato. Successivamente ribadisce la sussistenza del presupposto oggettivo come riconosciuto dai Primi Giudici. L'Ente contribuente passa poi a riproporre i motivi di ricorso che erano rimasti assorbiti: ovvero l'illegittimità dell'accertamento senza un previo P.V.C. ed ancora la contraddittorietà e l'illogicità del comportamento del Comune nell'emettere l'accertamento ed ancora la non applicabilità delle sanzioni. Infine l'Ente contribuente ripropone i motivi di ricorso esplicitamente respinti dai Primi giudici: difetto di sottoscrizione e difetto di motivazione dell'accertamento.

Il Comune ha depositato ulteriori controdeduzioni il 2/12 scorso, mentre l'ente contribuente ulteriore documentazione il 22/11/16 ed una memoria illustrativa l'1/12/16. Con quest'ultima in particolare chiede che oltre al pagamento delle spese del giudizio il Comune sia condannato, ex art. 96 c.p.c., al pagamento del risarcimento dei danni di immagine e reputazionali causati dal comportamento tenuto, che giudica temerario.

#### *Motivi della decisione*

L'avviso di accertamento è relativo all'anno 2008 e risulta tempestivamente notificato. Con esso il Comune di Selvazzano Dentro chiede all'ente "---" il pagamento

dell'imposta "ICI" per il 2008 (euro 246.284,27), ma anche irroga le sanzioni e chiede il pagamento degli interessi, complessivamente euro 397.441,00.

Ma se l'imposta è effettivamente dovuta (e ciò sarà valutato più sotto) a giudizio di questo Collegio il Comune potrebbe al più chiedere il pagamento dell'imposta stessa e degli interessi con decorrenza dalla data di avvenuta notifica dell'accertamento; ma non i precedenti interessi e neppure le sanzioni. Infatti il mancato pagamento dell'ICI da parte dell'Ente risulta essere stato, in tutta evidenza, un comportamento in buona fede, basato sul legittimo affidamento fatto sull'azione, o meglio mancata azione del Comune, che a lungo ha indotto a considerare esente ICI il complesso immobiliare in esame.

A questo proposito si deve considerare quanto già esposto in narrativa: il 25 Luglio 2008 il Comune chiese all'Ente il motivo del mancato pagamento ICI e il 13 Ottobre dello stesso anno l'Ente rispose, spiegando perché ritenesse esente dall'imposta il complesso immobiliare, ovvero applicabile alla fattispecie l'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lettera i), del D.Lgs. 504/1992. Da Ottobre 2008 fino alla notifica dell'avviso di accertamento in esame (7/1/2014) il Comune non ha più formulato rilievi o replicato o contrastato l'assunto formulato dall'Ente nell'Ottobre 2008, né ha in qualche modo chiesto il pagamento dell'imposta, ingenerando così il legittimo affidamento che il complesso immobiliare fosse effettivamente esente.

Tale comportamento del Comune, si osserva, ha fatto sì che esso decadde dal diritto di recuperare l'ICI, se effettivamente dovuta, per gli anni 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, per i quali pure non era stata versata dall'Ente. Ancora tale comportamento ha fatto sì che l'Ente si ritenesse legittimato a non versare l'imposta per il 2008, anno dell'interlocazione tra le parti, ma anche per i successivi 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, fino alla notifica dell'accertamento.

Esistono anche altri elementi che confermano il legittimo affidamento che l'Ente ebbe a porre sul comportamento del Comune: sono agli atti le dichiarazioni dell'ex sindaco e dell'ex funzionario comunale responsabile dei tributi i quali affermano che il Comune riteneva esente ICI il complesso immobiliare; ancora risulta agli atti che il Comune per il 2003 ed anni successivi, anche per il 2008, ricevette dallo Stato cospicui contributi a fronte di immobili "religiosi" situati sul suo territorio, in particolare risulta che la gran parte di tali contributi fosse proprio a fronte del complesso immobiliare in discorso.

Ma questi ulteriori elementi non sono decisivi, rafforzano solo la conclusione che la mancata azione del Comune da Ottobre 2008 a tutto il 2013 ha consentito all'Ente di ritenere fondata la propria convinzione di esenzione ICI per il complesso immobiliare. Da qui discende che le sanzioni non possono essere pretese e neppure gli interessi, fintantoché all'Ente contribuente non sia stato comunicato il diverso avviso del Comune in relazione all'esenzione o meno dall'imposta.

Ebbene il Comune di Selvazzano Dentro con l'avviso di accertamento in esame sostiene che il complesso immobiliare non è esente ICI, modifica quindi la propria valutazione della situazione rispetto a quella che risultava in precedenza, quale conseguenza di un comportamento che legittimamente poteva essere considerato concludente.

In questa sede in particolare il Comune sostiene che nella fattispecie non sussistono né il presupposto soggettivo, né quello oggettivo per poter considerare esente ICI il complesso immobiliare sulla previsione del citato art. 7, comma 1, lettera i).

Tuttavia l'asserita mancanza del presupposto soggettivo risulta essere una motivazione infondata, ma prima ancora inammissibile. Infatti tale mancanza non venne

contestata con l'avviso di accertamento e neppure sostenuta durante il primo grado del giudizio. Peraltro a ben guardare risulta basata sostanzialmente sulla rielaborazione di articoli di stampa, che non possono certo assumere valore probante in questa sede. Comunque si deve osservare che l'art. 2 della legge 222/1985 inserisce di diritto i Seminari tra gli enti aventi fine di culto e quindi non commerciali, cosicché nella fattispecie esiste comunque, sicuramente, il presupposto soggettivo, come individuato dal citato art.7.

Più articolata risulta invece la valutazione sull'esistenza o meno del presupposto oggettivo, che così veniva individuato dalla norma come vigente per il 2008: " ... gli immobili utilizzati dai soggetti ..., destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché alle attività di cui all'art. 16, lettera a), della L. 20 maggio 1985, n. 222".

Nel caso in esame viene pacificamente riconosciuto da entrambe le parti che il complesso immobiliare risulta inutilizzato a decorrere dal Settembre 2002 (quindi anche nel 2008) e che in precedenza era stato utilizzato per la formazione del clero. Ma è proprio da questa situazione di mancato utilizzo che il Comune fa discendere la pretesa impositiva: considera infatti che il presupposto oggettivo sia concretizzato solo dall'effettivo "utilizzo" degli immobili per lo scopo; al contrario l'Ente sostiene che il presupposto si concretizza sulla base della semplice "destinazione" allo scopo (tra quelli individuati dalla norma citata).

Ebbene si deve osservare che la "destinazione" ad attività di formazione del clero non risulta in dubbio; non per la breve e temporanea locazione di una modestissima porzione del complesso risalente al 2001, in cui il locatario era lo stesso Comune; neppure a seguito delle varie trattative per la vendita del complesso, che per quanto agli atti non hanno comunque condotto ad una diversa destinazione d'uso, come del resto è stato già osservato dai Primi Giudici.

Ciò premesso, secondo questo Collegio la lettura della norma operata dall'Ente è condivisibile. Contrariamente a quanto ritiene il Comune ciò che rileva perché si concretizzi il presupposto oggettivo è la "destinazione", anche potenziale, dell'immobile e non "l'utilizzo", perché è la "destinazione" che appare essere la ragione fondamentale assunta dal legislatore per giustificare l'esenzione che ha disposto.

Risulta pur vero che nel testo legislativo, con riferimento agli immobili, compare anche il termine "utilizzati", ma si ritiene che in questo contesto tale termine significhi che gli immobili debbono appartenere o essere posseduti da un ente il quale concretizzi anche il presupposto soggettivo.

Del resto in questo senso si è espressa anche la Corte di Cassazione che con la sentenza n. 9948 del 16/04/2008 ha articolatamente esaminato una fattispecie analoga a quella odierna per giungere alla conclusione di cui sopra. In particolare la Suprema Corte ha osservato: "... l'uso dell'espressione "utilizzo" non fa riferimento, quindi, ad un concetto dinamico di "concretezza" o di "effettività" relativamente allo svolgimento delle attività considerate dalla norma, ma indica solo la natura del rapporto tra l'immobile e il soggetto che ne dispone".

A maggior ragione nel caso in esame appare sufficiente la "destinazione" poiché con delibera del Consiglio Comunale del 2003 il complesso immobiliare era stato inserito in zona F3, espressamente dedicata ad attività religiose, con esclusione di ogni forma di residenzialità o di attività socio assistenziale.

Concludendo sul punto: questo Collegio ritiene che nella fattispecie sussistano entrambi i presupposti, soggettivo ed oggettivo, perché il complesso immobiliare in

discorso sia esente dall'ICI, cosicché l'appello del Comune di Selvazzano Dentro risulta infondato e deve essere rigettato, mentre la sentenza impugnata che annulla l'avviso di accertamento deve essere confermata.

Tuttavia questo Collegio è anche consapevole che la stessa norma potrebbe essere interpretata diversamente, ponendo l'accento sulla condizione di effettivo "utilizzo" dell'immobile ai fini dell'esenzione ICI. E' quello che fa la stessa Corte di Cassazione con altra sentenza, la n. 2821 del 24/02/2012 ove, in un caso almeno in linea generale riconducibile a quello odierno, afferma che per concretizzare il presupposto oggettivo la "ratio" della norma prevede che nell'immobile sia effettivamente (ed esclusivamente) realizzata l'attività.

Si ribadisce comunque che questo Collegio ritiene più coerente con la ratio della norma e con la specifica fattispecie l'interpretazione esposta più sopra. Peraltro il contrasto tra la giurisprudenza di legittimità induce a compensare le spese del grado di giudizio.

Quanto stabilito assorbe e rende superfluo l'esame di ogni altra eccezione e motivo di appello, inclusi quelli dell'appello incidentale.

Da ultimo si osserva che il Comune sembra aver aderito prima ad una e poi all'altra interpretazione, in tempi diversi. Ma questo cambio di interpretazione non configura in alcun modo quello che l'Ente contribuente qualifica come comportamento temerario da parte del Comune, tanto più che si è in presenza di un contrasto giurisprudenziale di legittimità emerso nel tempo. Deve quindi essere sicuramente rigettata la richiesta dell'Ente di condannare controparte, ex art. 96 c.p.c., al pagamento del risarcimento dei danni di immagine e reputazionali.

P.Q.M.

Rigetta l'appello del Comune di Selvazzano Dentro e conferma la sentenza impugnata. Compensa integralmente le spese del grado di giudizio.



## **Commissione tributaria regionale per la Liguria, Sez. 2, 2 febbraio 2017, n. 157**

### **Esenzione ICI – Immobile a finalità religiosa - Pertinenza utilizzata come deposito - Non spetta.**

*L'esenzione dall'Ici riconosciuta a un immobile di ente ecclesiastico utilizzato per finalità istituzionali non si estende all'immobile pertinenziale, adibito, invece, a deposito.*

#### *Svolgimento del processo*

La C. G. P. Soc. T. di S.G., avverso gli avvisi di accertamento Ici nn. 1842, 1843, 1844, 1845 e 1846 del 6/9/11 relativi agli anni di imposta 2006- 2007- 2008- 2009 - 2010, per omessa denuncia e omesso versamento Ici sull'immobile sito in Santa Margherita Ligure, Piazza S. B., identificato al Catasto Fabbricati al fg. 7, mappale 162, categoria catastale C/2, classe 1, proponeva ricorso alla C.T.P. di Genova per difetto del presupposto impositivo atteso che il citato immobile godrebbe dell'esenzione dall'Ici ai sensi dell'art.7 lett. i) d.lgs. 504/92, trattandosi di edificio pertinenziale ad immobile utilizzato da soggetto religioso destinato esclusivamente allo svolgimento delle attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive nonché delle attività di cui all'art. 16.

Il Comune si è costituito sostenendo la debenza dell'imposta. La C.T.P. di Genova ha accolto il ricorso, compensando le spese, affermando testualmente che "...l'attività svolta dalla casa generalizia è tipicamente di vocazione assistenziale religiosa perseguendo fini istituzionali meritevoli dell'esenzione fissata dall'art. 7 d.lgs. 504/92; peraltro anche l'immobile contestato nella sola annualità 2009 svolge chiaramente funzione pertinenziale all'attività svolta ...".

Il Comune di Santa Margherita ha appellato la predetta sentenza ribadendo la debenza dell'imposta in quanto immobile non soggetto ai benefici dell'art. 7 d.lgs.504/92.

La C. G. non si è costituita.

Questo Collegio visti gli atti ritiene di accogliere l'appello per quanto di seguito motivato.

L'art. 7 d.lgs. 504/92 alla lettera i) prevede l'esenzione dall'imposta degli immobili utilizzati dai soggetti indicati, destinati esclusivamente allo svolgimento con modalità non commerciali di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, senza alcun riferimento alle pertinenze degli stessi.

Queste ultime sono invece richiamate alla lettera b) del medesimo articolo, che si riferisce testualmente a "i fabbricati destinati esclusivamente all'esercizio del culto, e le loro pertinenze".

La lettera della norma si riferisce quindi espressamente agli edifici pertinenziali dei fabbricati destinati al culto, come, ad esempio, la canonica, pertinenza della parrocchia; diversamente alla lettera i) la legge, ragionevolmente, nell'elencare gli immobili aventi diritto all'esenzione, non fa alcun riferimento alle pertinenze.

Peraltro, ai fini previsti dalla norma rilevate è l'attività effettivamente svolta nell'immobile avente diritto all'esenzione; nel caso oggetto del presente giudizio è incontestato che il fabbricato di cui si tratta sia utilizzato come deposito; la natura

pertinenziale del predetto nulla rileva in quanto, come si è detto, essa è oggetto di esenzione soltanto quanto trattasi di edificio pertinenziale a “fabbricati destinati esclusivamente all’esercizio del culto”.

Quanto sopra è sostenuto dalla Suprema Corte di cassazione che riconosce e indica esplicitamente come luogo destinato all’attività di religione e di preghiera anche la sagrestia e i vani pertinenziali collegati con la chiesa parrocchiale, purché in concreto sia accertato l’effettivo utilizzo ed in genere con il luogo destinato alla celebrazione del culto (in tal senso di è espressa recentemente la Corte di Cassazione, sez. Tributaria, n. 11437/2010, che ha altresì ribadito la necessità di una verifica in concreto del rapporto pertinenziale).

Per quanto sopra si riforma la sentenza appellata confermando la debenza dell’Ici di cui agli avvisi di accertamento sopra indicati. La non costituzione della C. G. P. consente di compensare le spese.

P. Q. M.

Accoglie l’appello ed in riforma della sentenza n.320/12 dichiara dovuta l’Ici di cui agli avvisi di accertamento indicati in premessa. Spese compensate.

**Commissione tributaria regionale per il Lazio, Sez. 17, 12  
aprile 2017, n. 2151**

**Esenzione ICI - Immobili di ente ecclesiastico concesso in comodato  
d'uso gratuito - Rapporto di stretta strumentalità tra i due enti – Spetta.**

*L'esenzione dall'Ici, per gli immobili di proprietà di enti ecclesiastici, spetta non solo nel caso in cui l'immobile è utilizzato direttamente dall'ente proprietario, ma anche quando è concesso in comodato d'uso gratuito, a condizione che tra i due enti esista un rapporto di stretta strumentalità nel perseguimento dei compiti istituzionali realizzati mediante l'utilizzo dell'immobile.*

(In senso pedissequamente conforme, Commissione tributaria regionale per il Lazio, Sez. 7, 19 gennaio 2017, n. 173)

**Diritto e religioni**

*PARTE III*



## Lecture

MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune. La memoria e la storia* (Nuova edizione, Euno Edizioni, Leonforte 2016) pp. 318.

En este libro, felizmente titulado hacia la unidad jurídica europea, subtulado de forma muy expresiva *La memoria e la storia*, el autor nos vuelve a demostrar su experiencia de decenios de enseñanza, de estudios, de actividad científica, reiterando su trazado de un perfil breve y esencial de la historia jurídica europea, de toda la Europa cristiana.

Manlio Bellomo es historiador del derecho bien conocido por sus estudios sobre el medioevo y la época moderna que considera debe comenzar con el renacimiento medieval del siglo XII en donde el A. sitúa también 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<sup>1</sup>”. 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. 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. Es el derecho romano el que sirve de forma espléndida a esta misión y se convertirá en indispensable.

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 pue-

---

<sup>1</sup> M. Bellomo, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell'Europa moderna*, Pref. de Pietro Barcellona (2ª ed. Leonforte 2016). Esta obra 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* (Santiago de Compostela 2014) 176 págs.

sto central y dominante el célebre principio de Modestino: “Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur” (D.44.7.52.4).

Son los *libri legales* los que ofrecen la disciplina adecuada para la convivencia civil en las 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’ (C.H. Haskins, F. Calasso), ‘revuelta del siglo undécimo’ (C. Violante y J. Fried), ‘revolución medieval’ (H.J. Berman<sup>3</sup>).

Al derecho medieval y moderno Manlio Bellomo ha dedicado investigaciones y reflexiones que hoy son consideradas fundamentales por la historiografía internacional. En modo particular ha investigado la historia de las instituciones y del derecho público, de la familia y del derecho privado, de la universidad y de los juristas de la edad de oro del derecho común (siglos XII-XIV) y posteriores abarcando también los sucesivos juristas del derecho indiano.

Precisamente con “L’Europa del Diritto Comune. La memoria e la storia” la visión historiográfica se extiende ampliamente a las épocas conocidas convencionalmente como ‘moderna’ y ‘contemporánea’; así, en el primer capítulo se pregunta si es todavía adecuado el juicio que en el ‘Setecientos’ iluminado se dio sobre el derecho común; por eso se tiene en cuenta la savia vital que el sistema del derecho común continuó dando a la jurisprudencia europea también cuando, por obra del humanismo jurídico, de la Segunda Escolástica y del iusnaturalismo, tramontaba la centralidad del sistema del derecho común en la realidad y en el pensamiento jurídico europeo e indiano; por eso se propone el problema del tributo que el derecho moderno del continente europeo debe aún hoy al derecho común.

Manlio Bellomo escribe pensando en el pasado jurídico común de la Europa cristiana, pero al mismo tiempo en el presente y en el futuro de una Europa que se interroga sobre sus propios destinos. He aquí una idea principal que guía al autor y hace vivo y vital su libro: un libro que sigue una de las vías más difíciles y accidentadas entre las muchas que un historiador está llamado a recorrer.

El autor hubiera podido concentrar su atención solamente sobre aquellos siglos que vivieron la victoria de un derecho común (*ius commune*), en el mismo tiempo en que ciudades, feudos, señoríos territoriales, reinos reivindicaban para sí la libertad de un derecho propio (*ius proprium*). Como es sabido, se trata principalmente de los siglos XII-XV.

Pero una elección así hubiera impedido comprender a fondo múltiples aspectos del problema histórico del derecho común: de lo que éste representó en los decenios de su primera formación (siglos XI-XII), de lo que éste significó para la historia jurídica europea en los dos o tres siglos de su declive (siglos XVI-XVIII), de lo que éste se convierte en el juicio áspero y políticamente comprometido de los *philosophes*

---

<sup>2</sup> La expresión da título al célebre libro de Charles H. Haskins, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Harvard University Press, Cambridge Mass. 1927; Meridian Books, New York 1960); y en la traducción italiana lleva por título *La rinascita del XII secolo* (Il Mulino, Bologna 1972). En este sentido conviene ver, también, F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale* (2ª ed. Milano 1953); M. Bellomo, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell’eta moderna* (8ª ed., Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1994) 213 ss.

<sup>3</sup> Así ha sido titulado uno de los Congresos del Instituto Histórico Italo-Germánico de Trento: *Il secolo XI: una svolta?*, Actas de la XXXII Semana de Estudio, 10-14 de septiembre de 1990, coordinadas por C. Violante y J. Fried (Il Mulino, Bologna 1993).

iluminados del 'Setecientos' europeo, de lo que éste ofreció para el replanteamiento de la historia jurídica europea a los protagonistas de la 'Escuela histórica' alemana y de la 'Pandectística'.

Como ya se intuye y se entrevé, el conjunto de lo histórico ha sido particularmente arduo y complejo, y sin embargo el resultado del libro es óptimo.

El primer problema que Bellomo ha querido afrontar nos lleva bien fuera del medievo, directamente al corazón de la temática de la doctrina y de la realidad jurídica europea del tardío 'Setecientos' y del 'Ochocientos'. En primer lugar el autor ha examinado la corriente del pensamiento que, manifestado en los esquemas abstractos y racionales del 'Setecientos' iluminado, pretendía construir un Estado perfecto, a cuya perfección debía de concurrir, como atributo esencial y caracterizador, una codificación nacional unitaria. Desde este punto de vista el 'Code Napoleon' de 1804 representa una piedra angular: código único para toda la nación francesa, pero código único dotado de tal capacidad interna e intrínseca para poder ser imaginado y propuesto como código europeo, sobre la ola de las conquistas militares que ampliaban rápidamente los confines del Imperio francés bien distintos de aquéllos heredados de la derrotada monarquía.

El 'Code Napoleon' constituyó el modelo sobre el que tomaron ejemplo varios códigos nacionales, y sobre todo hizo triunfar la idea de que a cada Estado era necesario un código de normas único y unificador, capaz de poner orden y armonía allí en donde había habido desorden y confusión.

El cuadro se componía de luces y de sombras bastante netas: las sombras eran del pasado, las luces eran todas del presente.

No había todavía uniformidad de juicios. Sobre la raíz romántica, que inducía a mirar con simpatía y participación al medievo, la cultura alemana resistía a la idea de que al Estado moderno le fuese necesario un código unitario. La figura de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) es emblemática desde este punto de vista, y su vivaz polémica con Anton Thibaut (1772-1840) es un signo de cuán fundada estaba la resistencia que daba cuerpo, alma y fisonomía a la 'Escuela histórica' y, por filiación, a la 'Pandectística', así que, para todo el 'Ochocientos', se bloqueaba en Alemania cualquier tentativa de codificación nacional.

Sobre este frente de problemas y de reflexiones el capítulo dedicado por Bellomo al desarrollo del tardío 'Setecientos' y de los dos siglos sucesivos se nos revela como extraordinariamente importante, verdadero eje de sustentación de la estructura entera del libro. Manlio Bellomo, de hecho, pone en evidencia cómo el tiempo y la historia más reciente han revelado la naturaleza y la sustancia utópica de los proyectos codificadores del tardío 'Setecientos' y las actuaciones de éste, en clave nacional, en el 'Ochocientos' y en el temprano 'Novecientos'.

Los códigos hoy están en crisis, por doquier en la Europa continental. Como se ha escrito, hemos entrado en la edad de la decodificación<sup>4</sup>. Los códigos están sumergidos en la avalancha de leyes ordinarias, de reglamentos, de ordenanzas, sean estatales o regionales. Se presenta a la mirada del historiador un panorama que ciertamente no es de orden ni de armonía: un panorama, por lo tanto, que es todo lo opuesto a cuanto había estado en la esperanza y en los razonados proyectos de quien había creído poder liquidar con un juicio fuertemente negativo los siglos de la historia europea

---

<sup>4</sup> La expresión dá título a un conocido libro de Natalino Iiti, *L'eta della decodificazione* (1ª ed. Milano 1972; 2ª ed. Milano 1986).



que habían sido vividos sin el alivio de un código unitario: es decir, los siglos del *ius commune* (siglos XII-XVIII).

Estamos por lo tanto en una encrucijada crucial de la historia jurídica europea. Con razón Bellomo considera que es necesario ahora reconsiderar historiográficamente no sólo la historia del derecho común, sino también la historia del derecho del ‘Setecientos’ y en particular la historia de los juicios que el ‘Setecientos’ ha dado sobre el derecho común por la exigencia y por la necesidad de la acción política: posiciones y tesis ásperas, asumidas y formuladas en el fervor de un sueño utópico, también hoy inadecuados y desviantes. Es necesario darse cuenta de que las convicciones de los *philosophes* iluminados no pueden ser asumidas a nuestro juicio histórico sobre el derecho común, porque ellas mismas, siendo expresión de un siglo e instrumento de una acción política, deben de ser tomadas como objeto de reflexión histórica, a fin de que se comprenda la razón y la raíz. Debemos de considerar aquellos juicios como documento excelente y claro de un pensamiento que se movía entre la realidad y la utopía, en la generosa tentativa de dar un mejor y más cordial orden constitucional a las sociedades nacionales europeas.

Manlio Bellomo no desconoce la enorme contribución que el ‘Setecientos’ ha dado a la civilización jurídica de Europa y del mundo contemporáneo, y con agudeza y corrección metodológica historiza el complejo y grandioso fenómeno que ha dado vida a las codificaciones del Estado moderno.

Se sabe que al historiador del derecho compete principalmente situar los problemas del presente sobre la memoria del pasado, en el *continuum* que marca la vida individual y colectiva e implica todo en un flujo histórico del que no se puede ignorar su existencia. Se sabe también que corresponde a los juristas de hoy el deber de proyectar el presente para construir el futuro.

Moviéndose en el ámbito de competencias de lo histórico, Manlio Bellomo, después de haber situado los términos de su visión historiográfica en el primer capítulo del libro, encauza en el segundo capítulo el mismo discurso desde el siglo VI d. C. y lo prosigue en los cerca de cinco siglos que se concluyen hacia la mitad del siglo XI. El título del segundo capítulo, “*Per pugnam sine iustitia*”, es tan agudo y esclarecedor cuanto provocador, sobre todo en la consideración de una cansada historiografía que tarda en tomar conciencia del perfil que durante cerca de seis siglos ha contradicho la realidad europea. Porque tal realidad no ha conocido una neta distinción entre teología y derecho, entre *artes liberales* y derecho, ésta no ha podido conocer aquella peculiar figura del intelectual que aún hoy, como en la antigua Roma, llamamos ‘jurista’. Por eso el autor habla de una “edad sin juristas”, y recupera de un edicto de Liutprando del 731 una expresión lapidaria, que representa entero el mundo de los valores de la primera edad medieval (siglos VI al XI): un mundo en el que los conflictos se afrontaban y se resolvían “*per pugnam sine iustitia*”. Adoptando la dramática frase de Liutprando el autor hace ver cómo, en la realidad, se practicaba aún el burdo rito de la pugna judicial y cómo valía más la fuerza de las armas que la de la justicia en el momento en que era necesario componer y resolver un conflicto de intereses. Por otra parte, la frase de Liutprando es reveladora de una aspiración y de un auspicio marcado fuertemente por exigencias éticas y religiosas, por la exigencia de que en el lugar de las armas se pusiese la ‘justicia’.

Aquí ‘*iustitia*’ no tiene el significado de ‘*lex*’, ni el significado general de ‘norma jurídica’. El término expresa, sin embargo, la visión total que la cultura del temprano medievo tuvo sobre las relaciones sociales y sobre los medios adecuados para

regularlas. El que estaba gravado con la responsabilidad de un juicio debía decidir “secundum iustitiam”, según normas que eran al mismo tiempo éticas y jurídicas, religiosas y jurídicas; y debía de proceder según una *ratio* que actuaba y se movía en los cálculos de los esquemas propios de la gramática, de la lógica, de la retórica (se puede decir, según las *artes liberales*).

Por esta razón, entonces, los cerca de seis siglos que van desde la muerte de Justiniano (565) a la segunda mitad del siglo XI son vistos como siglos sin juristas, porque en los mismos siglos se conocía y se practicaba un derecho entrelazado fuertemente con la lógica, con la teología, con la ética, tan íntimamente entrelazado hasta el punto de no poder distinguirse con caracteres fisionómicos propios.

Es cierto que en toda Europa la vida se renueva profundamente, hasta dar frutos grandiosos durante los siglos XII y siguientes, en todos los campos: en la economía, en el arte, en la lengua y en la literatura, en el derecho. Las instituciones europeas remarcan su fisionomía. Los reinos consolidan su estructura. Las ciudades completan la vida social según ritmos y posibilidades económicas y espirituales nuevos. En un contexto así renace la ciencia del derecho. Se perfilan las nuevas profesiones del médico, del mercader ciudadano, del artesano que trabaja para el mercado, impensables, en la concreción que asumen, fuera del mundo ciudadano, y de hecho inexistentes antes del siglo XI en las cortes feudales y señoriales, que habían estado y estaban todavía fuertemente ligadas a la civilización de las armas y de la oración, de la rotura del campo, del dominio de la naturaleza en la campaña hostil o en el peligroso bosque.

Durante el siglo XII nacen las primeras escuelas universitarias para el estudio específico del derecho y de la medicina. No son escuelas de idealistas soñadores. Son, al contrario, escuelas inmersas en la realidad de la nueva y creciente ciudad, necesarias en la vida asociada que se hace cada vez más articulada y compleja, que cada vez está más necesitada de técnicos, de profesionales, de instrumentos operativos adecuados<sup>5</sup>.

Se hacen indispensables nuevas normativas: son las normas de la Iglesia, de los *regna*, de las órdenes militares, de los consorcios, de la parentela, de todo organismo que tiene, o se da, líneas institucionales propias. Para dar forma y sustancia a las nuevas normas, para dar un significado común a cada término técnico y para tener una posibilidad de lectura común y de comprensión se utiliza el antiguo derecho romano, en el modo en que se podía conocer: esto es, en el modo en que Justiniano lo había codificado y en el modo en que podían leerlo, conocerlo, poseerlo los nuevos cultivadores del derecho (*Digesta, Codex, Institutiones, Novellae*).

No hay trabajador del derecho que pueda trabajar sin tener en cuenta el derecho romano. En las escuelas en que se enseña tal derecho hay jóvenes empeñados en su estudio, durante pocos años, durante muchos años, según los proyectos y las aspiraciones. Quien estudia tres, cuatro o cinco años podrá actuar como juez de la administración civil de la ciudad, o como juez de la curia eclesiástica, o como notario, o como administrador de los bienes de la Iglesia; quien estudia seis, siete, ocho años, podrá intentar el examen final que le consentirá convertirse en *doctor*

---

<sup>5</sup> Al conocimiento de esta temática Manlio Bellomo ha dado una importante contribución con el libro *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune* (1ª ed. Giannotta, Catania 1979; 2ª ed. Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1994), así como con numerosos ensayos, ahora reunidos in M. Bellomo, *Medioevo edito e inedito. I. Scholae, Universitates, Studia* (I Libri di Erice 20; Roma 1997).

*iuris* y gozar del privilegio de la *licencia ubique docendi*.

Se forma así, en la realidad de la vida cotidiana, un sistema de relaciones esenciales entre la cultura de los juristas y la necesidad de las instituciones particulares, entre el *ius commune* y el *ius proprium*. Los juristas tienen el monopolio del conocimiento del *ius commune*, y de este monopolio recaban honores, poder, riqueza; quien rige la suerte de un reino, o de una ciudad, o de otro orden, tiene el gobierno político de las instituciones y en el ejercicio del propio poder legisla, da normas generales y particulares, regula la vida de la comunidad sobre la que gobierna.

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<sup>6</sup>.

Son juristas particularmente atentos a la consideración de las condiciones de la vida asociada de su tiempo. Entre éstos hay algunos que han sido considerados, con razón, ‘constructores de civilización’: han estado entre los grandes protagonistas que han modelado el derecho europeo entero durante siglos. Cino de Pistoia, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldi, que vivieron todos en el ‘Trecento’, son indudablemente los tres gigantes de la jurisprudencia europea de este segundo milenio. Según la representación medieval de la fortuna y del saber, podemos incluso considerarnos como los enanos que estando sobre la espalda de los gigantes creen ser más altos que los gigantes, porque indudablemente consiguen ver un poco más lejos.

Es el derecho común el instrumento de desarrollo de esta *scientia iuris* que va dando entrada a la utilización también de las 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’. 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 *communicativum* 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

---

<sup>6</sup> Vid. nota 1

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.

La época de oro del derecho común (*ius civile* y *ius canonicum*) y del complejo sistema del derecho común (que une y coordina *ius commune* y *iura propria*), comienza a cerrarse en el siglo XVI.

Manlio Bellomo llama la atención, a este propósito, sobre algunas grandes corrientes del pensamiento que determinan la apertura de diversas perspectivas: el 'humanismo jurídico, la 'Segunda Escolástica', el 'usus modernus Pandectarum', el 'iusnaturalismo', entre el siglo XVI y el siglo XVIII.

Cada uno de estos movimientos del pensamiento no es completamente independiente del otro, y cada uno tiene en sí una pluralidad de direcciones y de variantes difíciles de concretar en una sintética reconstrucción histórica. Es mérito indiscutible de Bellomo el haber intentado la empresa de presentar en un cuadro breve y esencial alguna de las características principales de cada una de las corrientes del pensamiento: empresa que, a mi parecer, ha sido magníficamente realizada.

Con el humanismo jurídico se encauza la historización del derecho romano, y, como dirá Giovan Battista Vico, se encauza aquel proceso de reconsideración de la compilación justiniana que permitirá "restituir el derecho romano a los romanos". El vacío que se va creando es en parte aparente, porque el uso y la aplicación del derecho común continúa ininterrumpidamente en Europa, en donde más y en donde menos, hasta desembocar en la 'Pandectística' del 'Ochocientos' alemán y europeo. Pero es en parte real, y para colmarlo se intentan varias vías.

Los mismos humanistas recurren a la 'razón' y a la posibilidad de reconstruir, con los materiales del derecho romano, un nuevo edificio, racional y siempre ligado a una tradición que no se quiere interrumpir, ni renegar. Más claramente operan los teólogos-juristas de la 'Segunda Escolástica'. Deudores de la primera posición en Francisco de Vitoria, primer gran protagonista de la 'Segunda Escolástica', considerado con razón como el cabeza de esta escuela, florecen sobre todo en España innumerables juristas (D. de Soto, M. Azpilicueta llamado *Doctor Navarrus*, M. Cano, F. Vázquez, D. Covarrubias, F. Suárez, etc.) y cada uno de éstos es artífice de grandes renovaciones en el pensamiento jurídico moderno. Estos juristas-teólogos, o teólogos-juristas, van cambiando su atención del derecho romano y del sistema del derecho común hacia la «naturaleza» de los hombres, empujados a esto por los descubrimientos geográficos que, ampliando los confines del mundo conocido, permiten tomar en consideración las condiciones del hombre que ciertamente ha vivido durante siglos, o milenios, fuera de toda posibilidad de contacto con la civilización romana y con el derecho de los romanos. Pero la «naturaleza» se investiga con el objeto preciso de entender las dimensiones queridas por Dios, con el ansia de descubrir en la «naturaleza» la voluntad divina. Constatando que los hombres no son todos iguales, que los hay más inteligentes y menos inteligentes, más hábiles o menos hábiles, estos juristas-teólogos teorizan la necesidad del gobierno de los mejores, incluso del mejor de los hombres, y dan fundamentos teóricos a tesis que hoy parecen fuertemente discutibles. Justifican teóricamente la tiranía en el campo del derecho público, la esclavitud en el campo del derecho privado, y dan una marcada impronta privatista y personalista al derecho de propiedad, hasta alcanzar, con Juan de Sepúlveda, límites extremos, sobre los que no querrá avanzar ni la Iglesia, ni la ciencia jurídica; incluso la escuela de Salamanca condenará abiertamente algunas tesis de Sepúlveda.

La «Segunda Escolástica» prepara los materiales de reflexión y de renovación que después serán utilizados por el «iusnaturalismo». Aunque hasta ahora poco estudiados, las relaciones de filiación del iusnaturalismo holandés o centroeuropeo con la gran ciencia jurídica española parecen del todo evidentes, y dentro de este cuadro interpretativo debe de recordarse la figura de Hugo van de Groot (Ugo Grotius) (1583-1645).

No se han olvidado otros filones del pensamiento jurídico moderno. Con razón Bellomo aísla entre tantas solamente la línea de la «jurisprudencia práctica» y del «*usus modernus Pandectarum*», que sobre todo en Alemania y en Italia continúan y regeneran la tradición del *ius commune* y de todo el sistema del *ius commune*. En Alemania H. Conring (1606-1681) y S. Stryk (Strykius) (1640-170), en Italia G.B. De Luca (1613-1683) están entre los protagonistas recordados en esta línea.

Llegados a este punto, con el capítulo octavo, el círculo se cierra. El largo viaje a través de la jurisprudencia europea de más de un milenio y medio se comenzaba en el tardo «Setecientos» y en el «Ochocientos» hasta tocar nuestro siglo entero, hasta la edad de la codificación.

Era una lente en parte deformante y fundamentalmente coloreada por los intereses del siglo que los *philosophes* iluminados del «Setecientos» habían interpuesto entre nosotros y el medievo. La lente no consentía una visión serena y clara de la historia del derecho común europeo. Por esta razón Bellomo ha querido historizar la dimensión y la esencia de aquella lente. Procediendo de esta forma ha podido quitarla de en medio. Sólo pagando tal precio, sólo cumpliendo la necesaria operación historiográfica, la visión del derecho común ha podido tornar nuestra visión, la visión de nuestro siglo, de nuestro pensamiento y de nuestros proyectos (y no del «Setecientos» racionalista e iluminado): esto es la visión de un siglo que conoce de nuevo, después de sueños y pérdida la certeza de los códigos nacionales, la dramática incertidumbre de una Europa en camino.

Manlio Bellomo a través del contenido de «L'Europa del diritto comune. La memoria e la storia» esclarece nuestro pasado jurídico europeo y, por lo tanto, nos ayuda a comprender el panorama jurídico de la Europa de hoy.

La obra es espléndida y justifica que anteriores ediciones<sup>7</sup> hayan sido traducidas al inglés, al español y al alemán<sup>8</sup>.

Para finalizar recojo una frase de este libro en la que el A. en pocas palabras sintetiza el sentido de su obra: «Presentare al lettore un libro sull'Europa unita è oggi un azzardo o una necessità, legata a speranza e fiducia. La conoscenza di un'eredità che ci appartiene è comunque da approfondire specialmente sul piano culturale, e giuridico in modo specifico. Come si osserva nell'occhiello preposto al testo, «un continente che ignora il proprio passato è come una persona che ha perso la memoria. E la memoria ci riporta indietro nei sette secoli circa in cui uno *ius commune*

---

<sup>7</sup> Con el título *L'Europa del diritto comune* (Galileo Galilei, Lausanne, abril 1988; Il Cigno Galileo Galilei, Roma, mayo 1988; y sucesivamente, siempre con la misma casa editorial, Roma, febrero 1989; Roma, julio 1989; Roma, abril 1991; Roma, enero 1993; Roma, julio 1994; Roma, mayo 1988).

<sup>8</sup> El libro, en su primera edición de 1998, fue traducido al inglés: *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Foreword of Kenneth Pennington (Washington DC 1995; al español, *La Europa del Derecho común*, Introducción de Emma Montanos Ferrín (2ª. ed., Roma 1999); al alemán, *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, Geleitwort von Hans Schlosser (Beck Verlag, München 2005).

europeo esisteva e si insegnava in tutte le Università del continente e si distingueva dalle plurime *leges* particolari, rispetto alle quali si presentava e funzionava come *ius communicativum* (Iacopo Belvisi) capace di innervare nelle *leges* princîpi e valori e categorie giuridiche d'uso corrente e comune”.

**Emma Montanos Ferrín**

## *La giurisprudenza relativa al contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale\**

La fine dell'antico regime può essere letta da diverse prospettive storiografiche e con differenti visioni interpretative; ad esempio se prendiamo in esame la storia dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica possiamo osservare che, se da un lato quest'ultima risultò ormai libera dagli ostacoli frapposti dal giurisdizionalismo, allo svolgimento del suo ministero, parimenti la perdita della condizione giuridica riconosciuta da secoli ai beni ecclesiastici comportò la spogliazione del patrimonio sacro. Fu un percorso che iniziò con il diffondersi dei principi del riformismo settecentesco, con attacchi contro la manomorta e i privilegi del clero, in nome di una distribuzione in maniera diversa delle rendite ecclesiastiche. I pontefici cedettero alla volontà dei sovrani, consentendo alle richieste di una organizzazione delle giurisdizioni diocesane e parrocchiali rispondente ad obiettivi e criteri di maggiore utilità. Più tardi il processo di laicizzazione, nonostante le proteste ecclesiastiche, permise, ai governi che si succedettero dalla Rivoluzione di Francia in poi, di considerare non più necessari molti enti della Chiesa e allo Stato di incamerarne il patrimonio.

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento un insieme di norme furono indirizzate contro il sistema confessionale nell'intento di dare spazio all'autonomia legislativa dello Stato, il quale rivendicava, attraverso tali norme, competenze che ritiene debbano appartenergli, come il matrimonio, l'istruzione, la sanità e l'assistenza per arrivare fino alla sepoltura. Appunto dalla nascita alla tomba è compito della pubblica amministrazione occuparsi dei cittadini e per questo si tolsero spazio e beni alla Chiesa e alle sue opere, sostenendo che essa agiva in modo discrezionale, senza assicurare certezza di prestazioni.

A questo proposito è bene ribadire che non dobbiamo confondere le soppressioni del XVIII secolo, alla cui base non vi fu una scelta politico-ideologica, "con quelle avvenute nella seconda metà dell'Ottocento durante la stagione liberale" (p.21). In particolare nel Settecento, con la collaborazione di Roma, si utilizzarono i beni ecclesiastici per reimpiegarli in ambito religioso per una migliore gestione dei monasteri, quindi, non "per incrementare le casse pubbliche" (p.22). Soltanto con Giuseppe II si incominciò "a utilizzare parte del ricavato delle soppressioni anche per scopi diversi da quello religioso, come ad esempio l'istruzione" (p.23).

Soppressioni, concentrazioni e tassazioni colpirono i fondamenti della potenza finanziaria degli enti religiosi e il patrimonio sacro fu sconvolto da ripetuti attacchi, determinando, insieme all'impulso verso la modernizzazione dello Stato, una serie di conseguenze che vanno oltre gli aspetti economici e comprendono anche la dimensione storico artistica, con la dispersione di manufatti sacri e le trasformazioni delle strutture immobiliari.

I provvedimenti non giunsero a vietare la vita in comune, che nella maggioranza dei casi fu possibile in nuovi locali il più delle volte di fortuna, ma si limitò a negare

---

\*A proposito del volume di: Francesco Campobello, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 291 p. (*Memorie Università degli studi di Torino*, n.5)

agli istituti religiosi ogni riconoscimento giuridico e di conseguenza il diritto di proprietà, incamerando i beni (con il divieto di accumularne altri), che passarono in parte ai comuni (conventi e chiese) e in parte furono alienati con aste pubbliche (terreni e rustici). Si tratta degli interventi di eversione dell'asse ecclesiastico ad opera dei governi sabauda e poi italiano, con la produzione di una legislazione sempre più ardita, che procedette di pari passo con il deteriorarsi dei rapporti con la Santa Sede. Una legislazione che si conclude con la cosiddetta legge Crispi del 1890 sulla beneficenza pubblica e che può dirsi "stratificata" (p.10), venendo approvata in un arco di storia che si estende con continuità dalla legge sarda del 25 agosto 1848, n.777 - che privava la Compagnia di Gesù della personalità giuridica e che potrebbe essere considerata un *unicum* nel panorama dell'epoca (p.32) - seguita poco più tardi dalla legge del 5 giugno 1850, n.1037, con cui l'ordinamento dello "Stato affermava la propria potestà di disciplinare gli enti ecclesiastici, sottoponendo, in modo autonomo e dunque senza nulla concordare con la Chiesa, i loro incrementi patrimoniali a un controllo governativo" (p.34).

In tal modo la classe dirigente risorgimentale combatté, oltre al potere temporale del papa-re, anche la Chiesa cattolica come istituzione e ritenne di averla sconfitta riducendola nella sfera del diritto privato, togliendole i privilegi e il patrimonio (attraverso l'eversione dell'asse ecclesiastico) e, più in generale, colpendo quelle posizioni di privilegio godute da secoli. L'impatto di queste norme nel nuovo regno fu differente, anche perché la condizione di partenza differiva da congregazione a congregazione e a seconda della situazione dei diversi ex Stati. Tuttavia la classe dirigente del tempo sottovalutò la forza di ripresa del mondo cattolico, il suo radicamento nella società e la capacità di reazione affidata al laicato organizzato.

Alla base delle leggi eversive ci furono anche gli ideali economici del liberalismo, per cui l'intento delle norme del 1866 fu quello di rendere compiuto lo svincolo della proprietà, restituendola alla vita commerciale, che in fatto trova un ostacolo nella manomorta che immobilizzava valori cospicui; quindi lo scopo si poteva raggiungere soltanto sopprimendo alcuni enti morali.

In riferimento a quei dibattiti è ricordato l'intervenendo dell'8 luglio 1867 di Francesco De Sanctis alla Camera dei deputati nella discussione del progetto di legge per la liquidazione dell'asse ecclesiastico, in cui il relatore nascondeva l'aspetto finanziario della spogliazione dei beni della Chiesa con l'intento di una riforma morale del popolo: "Noi vogliamo la soppressione della manomorta materiale e della manomorta morale. La manomorta materiale [...] sono dei terreni che, perché hanno un proprietario collettivo, non ne hanno nessuno; dei terreni i quali attendono il lavoro intelligente dell'interesse privato; dei beni che, nati dalla società, debbono ritornare ad essa. Io chiamo, signori, manomorta morale la costituzione e l'organizzazione di corpi nati dalla libera associazione e poi nel corso dei tempi a poco a poco costituiti in modo permanente e immobilizzati, dove non può penetrare la luce dal di fuori, dove l'aria non si rinnova e si vizia e si guasta" (p.12).

Partendo da tali premesse l'autore di questa ricerca ha ravvisato nella applicazione giurisprudenziale della legislazione sugli enti ecclesiastici nel periodo liberale un terreno fino ad ora carente di approfondimenti. Nello specifico si originò un contenzioso diffuso, del quale ancora oggi - dopo centocinquanta anni - troviamo delle tracce e l'indagine condotta da Francesco Campobello si propone di focalizzare l'attenzione proprio sull'operato della magistratura, leggendo la giurisprudenza dell'epoca come fonte. Il tutto raccolto in un accurato volume, completato da strumenti sempre utili per chi voglia approfondire, come ampi indici e da una estesa bibliografia (pp.233-291).



Quindi attraverso “l’analisi della giurisprudenza si vuole mettere in luce la concreta applicazione della normativa ecclesiastica nella stagione liberale. Lo scopo è quello di verificare l’autonomia della magistratura dal potere politico autore delle leggi oppressive, nonché di approfondire le argomentazioni utilizzate per dare attuazione, ovvero limitare, l’effetto di tali norme sugli enti ecclesiastici” (p.13).

Per perseguire l’obiettivo vengono lette le sentenze delle Corti del regno d’Italia come strumento di misurazione della concreta applicazione della legislazione eversiva e l’indagine di Campobello, dopo una ricostruzione storica (sviluppata nei primi due capitoli), mette a fuoco la linea di intervento delle Corti davanti alla rivoluzione della legislazione eversiva (pp.119-189). Vediamo così che la legislazione del regno di Sardegna diventa anticipatrice della densa produzione legislativa dell’Italia unificata.

A questa discriminazione fondata sulla diversa appartenenza religiosa, “si aggiunge l’opinione, anche questa tipicamente liberale, che i religiosi regolari o comunque non preposti alla cura delle anime siano inefficienti e sostanzialmente privi di qualsiasi utilità sociale. Inoltre i religiosi sono visti come un possibile ostacolo al proposito, specificamente risorgimentale, di indebolire l’autorità pontificia e il suo potere temporale cercando di affievolire il rapporto tra il clero locale e le alte gerarchie romane” (p.36).

L’incisività dell’aggressione ai patrimoni ecclesiastici fu enorme e giustamente si usa il sostantivo “rivoluzione”, perché proprio di questo si trattò. Questo spiega l’impegno per individuare una strategia di elusione dalle norme eversive e trovare dei percorsi attraverso i quali sfuggire all’applicazione. Fu, come si disse “il contrasto nel contrasto”, cioè il contenzioso giudiziario, che rivelò anche differenti orientamenti giurisprudenziali. Ad esempio nei tribunali liguri la legge di eversione del patrimonio ecclesiastico trova una puntuale e inflessibile applicazione (p.136).

In effetti le Corti operarono in vario modo, alimentando una serie di questioni giurisprudenziali; tuttavia il luogo di approfondimento privilegiato dell’analisi della giurisprudenza liberale fu la Corte d’appello di Torino. Questo perché con l’unificazione del regno d’Italia il modello sabauda venne a identificarsi con la realtà piemontese (cfr. p.83). Infatti, per quanto la legislazione eversiva sia stata dettagliata, la varietà delle fattispecie interessate e le differenze tra gli ex Stati necessitarono di un profondo intervento giurisprudenziale. Non deve quindi sorprendere che ancora “oggi risultano instaurate presso le Agenzie demaniali territoriali di tutta la penisola varie procedure per definire la titolarità di immobili inseriti tra le proprietà dello Stato, ma di fatto rimasti nella disponibilità delle comunità religiose originariamente proprietarie” (p.229).

Nel ripercorrere l’evoluzione della giurisprudenza del tempo si possono ricavare alcuni punti meritevoli di essere sottolineati, come lo stabilire se all’ente ecclesiastico coinvolto nel processo sia applicabile o meno la norma canonica (cioè se esista un riconoscimento canonico dell’ente). Così, mentre di fronte all’applicazione della legislazione eversiva gli enti agivano in giudizio per essere considerati *laici*, dal 1929 c’è la tendenza a rientrare nella categoria di enti religiosi e oggi molti enti aspirano al riconoscimento dello *status* di ente religioso esercitante funzioni sociali (cfr. p.231). Sempre il tema di applicazione delle leggi eversive, c’è poi il fatto che tutti gli interventi furono ideologicamente connotati e, per contro, risulta evidente la capacità degli enti ecclesiastici di aggirare i divieti e adattarsi ad un contesto a loro ostile. Infine si trattò di definire come amministrare e da chi i beni incamerati.

L’applicazione di queste norme fu tutt’altro che statica, inquadrabile in diversi periodi, che potrebbero essere distinti tra il 1861 e il 1876 e poi tra questa data e il 1929. In effetti però “dalla fine del primo conflitto bellico mondiale l’applicazione

delle leggi eversive si è in linea di massima ormai arrivati a un equilibrio tra l'accettazione della Chiesa, la moderata applicazione da parte dello Stato, lasciando quindi poco spazio alle battaglie processuali" (p.91), ma già in precedenza "Numerosi sono i casi in cui la discrezionalità dei magistrati nell'interpretare le norme della legislazione eversiva si risolse a favore degli enti ecclesiastici" (p.226).

Si trovarono anche delle scappatoie, cioè soluzioni di ordine politico che consentirono di avere diverse interpretazioni di queste norme, che derogavano alle posizioni iniziali e finivano per essere tacitamente accettate. Tuttavia si verificò il caso che "le clausole a tutela del patrimonio molte volte non riuscirono a tenere al riparo lo stesso" (p.116), come pure c'è da registrare il fatto che non tutti i tentativi di evitare le soppressioni furono condotti per via giudiziaria, poiché alcuni amministratori scelsero una strada che si potrebbe definire politica, come nel caso dell'Opera pia Barolo: "Un'isola di quiete nella tempesta" (pp. 191-224). Si tratta di una vicenda giuridica che presenta aspetti interessanti perché i beni dell'opera riuscirono a rimanere indenni dalla legislazione eversiva. "Ed è rilevante notare fin da subito che a tal fine non utilizzò lo strumento dell'azione giudiziaria, ma preferì percorrere una via diversa, basata sul confronto e sulla dialettica con l'amministrazione pubblica, antepoendo la diplomazia al contrasto diretto" (p.191).

In tal modo, rispetto a quello della destinazione dei beni per la salvezza della propria anima, venne fatto valere lo scopo laico dell'istituzione e cioè "l'utilità pubblica, e quindi generale e collettiva, che non può che essere in sintonia con l'autorità del tempo" (p.197). Indubbiamente la fama della marchesa di Barolo fu tale da condizionare anche gli apparati burocratici e quindi trovò accoglimento l'asserzione che i beni non essendo canonicamente eretti non possano ritenersi colpiti. "La volontà del testatore viene salvata, mentre in alcuni casi, certo meno rilevanti a livello di ricaduta sociale, viene applicata la legge in modo rigoroso" (p.224).

Analoga considerazione fu svolta a proposito della Cappella musicale Pallavicini di Genova, a proposito della quale si osserva che "forse la scarsa rilevanza economica della controversia e l'importanza della famiglia Pallavicini possano avere avuto un effetto di mitigare nella costante rigida applicazione di queste leggi da parte della Corte di Genova" (p. 136).

A quanto sopra vorrei aggiungere che il peso delle contingenze locali emerse anche a Piacenza, dove per il Collegio Alberoni si preferì seguire la via "diplomatica" in luogo di quella giurisdizionale e l'istituto fu considerato un'opera pia laicale.

**Giovanni B. Varnier**

ALDO VENDEMIATI, «*Il diritto naturale. Dalla scolastica francescana alla riforma protestante*». Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2016, pp. 1-128.

Il tema delle origini dogmatiche e dell'inquadramento temporale «razionale» del moderno giusnaturalismo è oggetto di una costante attenzione da parte degli studiosi<sup>1</sup>.

Aldo Vendemiati, con questo suo agile volume che coniuga sintesi e densità concettuale, ha inteso riproporre la questione prospettando nella scolastica francescana un via autonoma dalla tradizionale strada maestra aristotelico-tomista, nella maturazione di un diritto naturale «moderno»: una via che mette in seria discussione l'inquadramento temporale tracciato dalla recente dottrina e le sue partizioni ideologiche dei sistemi di pensiero in via di progressiva emancipazione dal portato della *lex naturale* quale legge di Dio<sup>2</sup>.

L'abbandono della concezione giusnaturalista di radice tomista, in altre parole, avrebbe ben diversi prodromi che non le dottrine giusrazionaliste di Grozio ed il riconoscimento tributatogli dal pensiero accademico -in primo luogo protestante-postwestfalico di Samuel Pufendorf (p.100) o di Christianus Thomasius<sup>3</sup>.

In realtà, i segnali di un maturo diritto naturale pre-moderno sussisterebbero già nel pensiero francescano e la loro vitalità sarebbe tanto prorompente da «scardinare la sintesi tomista (che, pure, era) considerata il culmine della riflessione giuridico-politica medievale» (p.16). Sicché, avverte Vendemiati: «Nell'era moderna il diritto naturale si trova nella condizione del figlio conteso che finisce con l'essere squartato in due metà» (p.107). In certo modo il clima nascente contribuisce a rompere quell'intreccio, giudicato incorruttibile, tra diritto, filosofia e teologia e che nella cultura medievale aveva offerto ai giuristi, sia canonisti che glossatori, l'appiglio teorico a rappresentare gli istituti legali come elaborazioni «eterne» sebbene rese imperfette dalla caduta adamitica<sup>4</sup>.

L'A. prende atto che, sul finire del Duecento, le dottrine sulla legge naturale convergono tutte nel ritenere suoi caratteri precipui, attingendo alla cultura classica

---

<sup>1</sup> La tendenza alla deflagrazione dell'unità sapienziale del medioevo, emergente nel XIII secolo, abbraccia in un complesso ed articolato scenario anche la schiera dei civilisti, a partire da Accursio e si materializza nella consapevolezza per il giurista della glossa della non necessarietà del sapere teologico, giacché «la *scientia iuris* è emersa ormai dall'indistinta *sapientia* dell'alto Medioevo». Si veda, sul punto, MANLIO BELLOMO, «*Ius commune*» in *Dizionario del sapere storico-religioso del Novecento* (a cura di A. Melloni) Vol. II, Soc. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010, p. 1027.

<sup>2</sup> assai diverso avviso PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 1995, pp. 27 ss., secondo il quale sarebbe «aberrante l'idea di rompere l'unità di fondo dell'età medievale». Vedi anche AA.Vv., *Filosofia e Teologia nel Trecento. Studi in ricordo di Eugenio Randi* (a cura di L. Bianchi), Louvain-la-Neuve, 1995.

<sup>3</sup> Vendemiati, nell'economia di questo ottimo progetto di ricerca, rinuncia nella sua indagine a tracciare l'impatto del nuovo pensiero francescano sulla cosmologia medievale. Si rinvia per approfondimenti, su questo specifico versante, a LUISA VALENTE, *Deus est ubique, ergo alicubi? Ubiquité et présence de Dieu dans le monde au XII<sup>e</sup> siècle*, in AA.Vv., *Lieu, espace, mouvement: physique, métaphysique et cosmologie (XII<sup>e</sup> – XVI<sup>e</sup> siècles)*, Actes du Colloque International Université de Fribourg (Suisse), 12-14 mars 2015, Barcelona-Roma, 2017, pp.17 ss.

<sup>4</sup> CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 189.

<sup>5</sup> MANLIO BELLOMO, «*Ius commune*» cit., p.1030.

e patristica, la teologicità, la biologicità e la razionalità, ma è nell'evangelismo sociale francescano che il diritto naturale sussume in sé un nuovo e più rivoluzionario inquadramento concettuale (p.107). Volontarismo, pauperismo e individualismo sono i tre punti di fuga che trasformano la natura teologica del diritto naturale e sono in grado di attribuirgli un carattere razionale, illuminista. Occorre tuttavia procedere con cautela nel distinguere tra «volontarismo e nominalismo in quanto modello-tipo di pensiero» e «il pensiero storicamente definito dei maestri francescani», giacché «bisognerebbe guardarsi bene dall'attribuire posizioni relativiste o positiviste a Scoto o Ockham (...)» salvo accettare il rischio di «farne una presentazione aprioristica e caricaturale» (p. 108).

Vendemiati affronta così la questione della rottura dell'equilibrio tomista, emersa già sul finire del XIII secolo, ma mette in guardia circa sbrigative schematizzazioni delle forze antagoniste in campo (maestri parigini aristotelico-averroisti; francescani; aristotelici moderati domenicani). Egli sottolinea, infatti, che il quadro ottimista e fiducioso con cui San Tommaso elabora la tendenza dell'uomo al conoscere, nella formula della *participatio legis aeternae in creaturali natura*, «non era da tutti condiviso» (p. 22). Al contrario, i moti di disincanto e di contestazione che abbracciano insieme tanto teologia e spiritualità, quanto rivendicazioni sociali ed economiche, si materializzano volta per volta in correnti settarie (movimenti ereticali)<sup>5</sup> e nelle dottrine erudite di Gioacchino da Fiore, per giungere al *Defensor pacis* con cui Marsilio teorizza l'autosufficienza della filosofia da Dio, in quanto «sapere razionale non subalterno» (p. 24).

La questione di fondo sembra dunque far leva sul metodo della conoscenza: sull'autosufficienza del metodo proprio di ogni scienza (filosofia, teologia, legge), anticipando di alcuni secoli non solo le posizioni chiarificatrici di Althusio sulla distinzione dei metodi scientifici<sup>6</sup>, ma dando prova di un atteggiamento assai più reattivo di quanto non aleggiasse nel più pratico e deterministico pensiero dei glossatori, i quali si arrestavano, come farà Bartolo da Sassoferrato, nella contrapposizione tra *ius commune* e *iura propria*, alla disamina e al dissezionamento delle *figurae iuridicae*<sup>7</sup>, non sfiorandoli minimamente il proposito di mettere in discussione gli stessi cardini sistematici del pensiero corrente e le articolazioni sussistenti tra i saperi scientifici.

In questo quadro, San Bonaventura reagisce all'averroismo aristotelico non solo per dissenso sui contenuti dottrinali (l'orizzonte deterministico di una storia dell'uomo deprivata di provvidenza e di libertà), ma per metodo, ritenendo necessario l'incontro tra teologia e filosofia e considerando quest'ultima come «un territorio di passaggio (...) uno stadio intermedio incapace di compiersi senza l'ausilio di una luce superiore» (p. 29). Dall'analisi di Vendemiati appare tuttavia altrettanto chiaro che Bonaventura

---

<sup>5</sup> Si veda in proposito, AA.Vv., *I beni di questo mondo. Teorie etico-economiche nel laboratorio dell'Europa medievale*. Atti del Convegno della Società italiana per lo studio del pensiero medievale, Roma, 19-21 settembre 2005, (a cura di L.Lambertini e L.Sileo), Porto, 2010.

<sup>6</sup> Cfr. anche ANDREA PADOVANI, *Il titolo De Summa Trinitate et fide Catholica (C. 1.1) nell'esegesi dei glossatori fino ad Azzone, con tre interludi su Irnerio*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal Medioevo all'età contemporanea. Studi offerti a Domenico Maffei per il suo ottantesimo compleanno* (a cura di M. Ascheri – G. Colli), Roma, 2006, pp. 1075-1123.

<sup>7</sup> ARTURO CARLO JEMOLO, *Il "Liber Minoritarum" di Bartolo e la povertà minoritica nei giuristi del XIII e del XIV secolo*, in *Scritti vari di storia religiosa e civile* (scelti e ordinati da F. Margiotta Broglio), Giuffrè, Milano, 1965, pp. 29-74.

non rompe in modo definitivo con San Tommaso: il cardine della ragione umana resta intatto. Ciò appare evidente anche nella corrispondenza tra dottrina bonaventuriana della legge naturale e «ragione retta» dell'Aquinate.

Le divergenze non insistono tanto in ordine all'idea sostanziale del diritto naturale che per Bonaventura è un ordine stabilito da Dio e che subisce gli effetti devastanti del peccato originale e di un diritto che si modella su di esso (*natura instituta; lapsa e restaurata*), quanto nelle dinamiche conoscitive umane della *lex aeterna*, perché in Bonaventura è la volontà a «giocare quel ruolo essenziale» che Tommaso assegna, invece, alle inclinazioni naturali (p. 33).

Il sistema teologico medievale «comune» resiste, dunque, in ordine alla *participatio*: Bonaventura, con la dottrina dell'illuminazione intellettuale per la conoscenza della legge naturale non fa che coordinare *lumen innatum e lumen creatum*, ossia teologia e filosofia, con ciò proponendo un parallelismo con l'ottimistico concorso al sapere dell'uomo tomista, ma divaricando decisamente da questo per il netto rifiuto di ogni «mediazione» concettuale<sup>8</sup>. È questa, sottolinea l'A., «una delle cause psicologiche e spirituali della modificazione del concetto di diritto naturale sin dalla fine del XIII secolo» (p. 108). Vendemiati coglie tuttavia nella «volontà» il punto debole della costruzione di Bonaventura, giacché il *vulnus* del peccato originale ha avuto proprio in questa il suo obiettivo «per cui tutta la struttura appetitiva, teleologica della legge naturale risulta gravemente compromessa» (pp. 33 e 109).

Se in Bonaventura risultano ancor labili i segni di una rielaborazione del sistema tomista, è ancora nell'ambiente accademico francescano di Parigi che la reazione monta (per bocca di Giovanni Peckham) sino ad esplodere nell'aperta condanna dottrinale del 1270 e 1277 da parte del vescovo di Parigi Stefano Tempier (pp. 33 ss. e 110).

Osserva l'A. che l'ortodossia cattolica conservatrice nel condannare l'averroismo neopagano di San Tommaso, ritenendo erroneamente di conservare intatto l'ordine teologico fondato sulle *auctoritates*, non si avvedeva di aver «tracciato il primo solco di una crepa che danneggerà irrimediabilmente l'edificio della sapienza medievale» (p. 36).

Ci si può a questo punto ragionevolmente domandare se una controversia tutta interna al mondo ecclesiale ed in cui affiorano più profonde paure sulla stabilità dei nessi potestativi, al punto da giungere a recidere a colpi di scure ogni voce di dissenso critico sul presunto primato della teologia e del suo rapporto con l'ordine di natura, possa poi offrire una base sufficientemente solida al cambiamento di mentalità che coinvolge l'*homo medievalis*, nella sua complessità di *viator et poenitens*<sup>9</sup>.

Certamente, una reazione radicale al modello aristotelico-tomista è prodotta dal francescano Giovanni Duns Scoto «la cui teologia costituisce un grave passo verso l'oblio del diritto naturale classico» (p.110). Avverte Vendemiati che nel suo pensiero il diritto naturale residua ad un'ombra di sé stesso: «la razionalità è ridotta ad una funzione di

---

<sup>8</sup> Il rifiuto di questa «mediazione concettuale» nell'orizzonte tecnico giuridico si traduce nel rifiuto del ricorso ad ogni formula di *factio iuris* volta ad aggirare l'osservanza stretta della *Regula* di San Francesco col fine di eludere il precetto della *paupertas*: è il caso dell'esclusione del *nuncius* (espedito ammesso da Gregorio IX nella bolla *Quo elongati*, 1230) che nella donazione patrimoniale si vorrebbe interporre tra il benefattore donante e la comunità francescana (donataria). Cfr. GIOVANNI TARELLO, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 23 ss.

<sup>9</sup> Cfr. JACQUES LE GOFF, *L'uomo medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 1-38.

controllo puramente formale (...) rimane praticamente solo la teologicità» (p.45). La volontà «amante» che traduce filosoficamente il *Deus caritas est* della teologia giovannea<sup>10</sup>, annulla la *lex aeterna* e la percezione tomista di Dio come «*Ipsum Esse subsistens*». Si insinua, tuttavia, in questa lettura antirazionale della *lex naturale*, ormai sintetizzata nel principale comandamento dell'amore assoluto verso l'unico Dio, la preoccupazione del filosofo al mantenimento delle istituzioni umane stabilite, alla rassicurante figura di riferimento del potere del Principe, nonostante l'incapacità di questo ad interpretare il diritto in chiave teologica<sup>11</sup>. Scoto, insomma, sembra suggerire la via dell'affidamento alla potestà civile (anche nella rilettura della condizione di schiavitù e della proprietà privata), l'unica in grado di garantire lo *status quo*, una volta che la *natura lapsa* ha travolto, in seguito al peccato originale, la *natura instituta*.

Vendemiati trae dal tema della *paupertas* (e quindi dall'istituto di diritto umano della proprietà privata) lo spunto esemplare attraverso cui mettere in luce la crisi in atto dei modelli di pensiero trecenteschi<sup>12</sup>. A fronte dell'unità logica con cui l'Aquinate teorizza la composizione delle leggi (*lex aeterna*, *lex naturale*, *lex humana* e *lex divina* rivelata) - unità logica che sussiste in forma temperata anche nella gerarchia grazianea delle fonti giuridiche - si contrappone frontalmente e senza compromessi la soluzione francescana di attuazione della sintesi evangelico-pauperistica.

Quel rigore trova in Bonagrazia da Bergamo l'assertore più intransigente al punto da censurare il lassismo con cui Giovanni XXII ammette l'ipotesi di legittimazione della povertà nel *simplex usus facti*, in forma comunitaria<sup>13</sup>. I Francescani, nel vageggiato ristabilimento dell'originario stato di innocenza dell'anteceduta, infrangono l'unità sistematica medievale e rifiutano in radice ogni accomodamento: nessuno *ius poli* su cui «instaurare una (equivoca) eterogeneità tra diritto naturale e diritto positivo» (p.54). Beninteso, la modernità francescana non intende essere un'iconoclastia animata da intenti di rifondazione: nessuna *tabula rasa* del passato, ma una revisione della scienza pregressa.

In tale prospettiva l'A. intende collocare gli elementi di novità introdotti dal pensiero di un altro Maestro francescano della transizione tra XII e XIII secolo: Guglielmo di Ockham. Il *Venerabilis inceptor* propone «elementi di continuità e di innovazione rispetto alla tradizione scolastica e (...) alla sua nozione di diritto naturale» (p.61). Vendemiati, dunque, prende le distanze dalle non poche «semplificazioni storiografiche tendenti ad interpretare a priori i rapporti tra nominalismo e legge naturale»: orientamenti scientifici che, prosegue l'A., non si avvedono del fatto che il nominalismo «non (comporta) l'abbandono della nozione di diritto naturale, bensì una sua ulteriore evoluzione, che di fatto prosegue quella iniziata dal volontarismo realista» (p. 59).

---

<sup>10</sup> 1 *Giov.* 4, 16. Per un raffronto con l'impostazione giovannea del Cristo-Verbo di Dio, si rinvia a GIORGIO ZEVINI, *Vangelo secondo Giovanni*, I, Città Nuova ed., Roma, 1998<sup>7</sup>, pp. 48 ss.

<sup>11</sup> Nel suo nuovo compito istituzionale di legislatore, il Principe non può esimersi dal considerare, primariamente, i «*negotia regni*» pur tenendo presente il raffronto, e la possibile composizione, tra diritto naturale e diritto umano positivo. Si veda, in argomento, PIERO BELLINI, *La coscienza del Principe*, I, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 325 ss.

<sup>12</sup> Ricchissimi spunti di riflessione sul tema pauperistico medievale possono essere raccolti in MICHEL MOLLAT, *Études sur l'économie et la société de l'Occident médiéval XIIe – XVe s.*, Variorum Reprints, London, 1977, specialmente i saggi nn. XIV-XX.

<sup>13</sup> Si rinvia ancora alle ineguagliate pagine di GIOVANNI TARELLO, *Profili giuridici* cit., p. 7 e pp. 61 ss.

Insomma: conservata la nozione formale di diritto naturale, il suo contenuto di naturalità è «ridotto ad una conformità alla *recta ratio*» in una totalizzante «relazione diretta dell'uomo con Dio» (p. 112).

La critica mossa da Ockham alla «*via antiqua*» si sviluppa però con diverso spessore nelle opere teologiche (in cui è messo in discussione l'apparato concettuale delle certezze medievali sul mondo, quanto a finalismo e universalismo ordinato) e nelle opere politiche<sup>14</sup>. Solo in queste ultime fonti (*Opus nonaginta dierum*; *Breviloquium*; *Dialogus*) infatti, il rinvio al diritto naturale è esplicito, ma la «ribellione» del francescano, osserva l'A., non va spinta troppo oltre misura. Come in Tommaso, anche in Ockham, e per certi versi anche in Gabriel Biel (p.71), esiste un'unità monolitica delle forme del diritto (equità naturale e diritto naturale nonché diritto in senso lato e retta ragione sono correlati ad una *lex positiva* che, per essere «valida», vi si deve armonizzare), mentre l'affermazione che la *recta ratio* sia il fondamento del diritto naturale e che quest'ultimo attinga al comando divino, attenua ogni fermento rivoluzionario nel pensiero ockhamista.

Vendemiati conclude che Ockham, pur avvalendosi dei colpi di lama del suo affilato rasoio con cui tagliar via «*omnia entia qui sunt praeter necessitatem*», non sia possibile espiantare una «categoria (i diritti naturali) culturalmente troppo radicata» (p.70).

Ben più profonda, l'incisione prodotta sulle certezze filosofiche razionaliste medievali dalle cesoie dottrinali di Martin Lutero. Vendemiati, coerentemente con il suo tracciato ricostruttivo, riassume le linee cardinali della contestazione riformista del monaco tedesco: agostiniano, si badi, non francescano.

Il radicalismo che lo ispira promuove una critica sistematica del pensiero scolastico, dalle origini ai suoi sviluppi più attuali: è la ripulsa del nominalismo di Ockham e del volontarismo di Scoto, ma anche del pensiero tomista nella sua interezza (rifiuto dell'ontologia e della dottrina sulle «inclinazioni naturali», non meno che della *participatio* metafisica, dell'*analogia entis* e del finalismo naturale). Ma, avverte chiaramente l'A., quando Lutero si inoltra ad interpretare il ruolo del diritto naturale, ecco allora affiorare un «terreno assai controverso» (p. 76) che svela un pensiero «incoerente e contraddittorio» (pp. 78 e 112)<sup>15</sup> dalle cui sabbie mobili è possibile liberarsi solo al prezzo di una teoria insofferente: la dottrina dei due Regni. Tuttavia il radicalismo di Lutero si esaurisce solo nella scomposizione della scolastica nelle sue porzioni, giacché la concezione di un Dio che conserva la propria sovranità anche nell'ordine temporale del Regno degli uomini riporta la sua dottrina rivoluzionaria nel cuore del pensiero teologico medievale.

Vendemiati ci dice, dunque, che se l'elemento di novità in Lutero è «l'aver posto la relazione tra legge naturale e legge civile all'interno della dottrina dei due Regni» (p. 82), tuttavia, si tratta di un effetto ottico di pura apparenza, la cui modernità si commisura, tutt'al più, alla concessione di una «autonomia relativa dell'ordine secolare» ma che nulla ha a che condividere con il giusnaturalismo del XVII secolo (p. 80).

Quanto a Melantone, che Vendemiati colloca «decisamente nella via moderna del volontarismo nominalista» (p.84), l'idea della sottomissione obbediente dell'uo-

---

<sup>14</sup> GREGORIO PENCO, *La Chiesa nell'Europa medievale*, Portalupi ed., Casale Monferrato, 2003, p. 283.

<sup>15</sup> Un contraddittorietà sottolineata dai contrapposti orientamenti scientifici della moderna dottrina. Per un panorama di sintesi, GABRIELLA COTTA, *La nascita dell'individualismo politico. Lutero e la politica della modernità*, Il Mulino, Bologna, 2002.

mo a Dio è anche più marcata di quanto non sia in Lutero. Tuttavia, il dualismo tra *lex Dei* e legge naturale indirizzate a regolare, l'una, l'ordine della carità e, l'altra, l'ordine sociale, non è rigidamente preclusivo, tanto che anche la legge naturale può insegnare a coltivare la dimensione privata della carità: in tal caso, osserva l'A., «se per Lutero l'enfasi va sul contenuto teologico della legge, per Melantone va su quello pedagogico e civile» (p. 87).

A riprova della tesi che individua nella scolastica francescana una sorta di esclusiva nella promozione di un diritto naturale in chiave razionale, starebbe la posizione conservativa ancora sostenuta da Giovanni Calvino, nei confronti del cui pensiero «verrebbe spontaneo collocare il riformatore ginevrino tra i volontaristi e i nominalisti» (p. 91) e persino ammettere che «la sua polemica è diretta in difesa della legge naturale» (p. 90). Secondo Vendemiati, per il quale «sembra incredibile che illustri studiosi abbiano negato importanza alla legge naturale in Calvino» (p. 97), infatti, qui si assiste nuovamente non tanto ad un rifiuto, quanto ad una rielaborazione della categoria giuridica.

Il punto di maggior scollamento con la dottrina tomista starebbe, dunque, nel *locus spiritualis*, ossia la «coscienza» entro cui il diritto/legge naturale è inscritta: «coscienza» che, se in San Tommaso è atto della ragione, qui diviene funzione dell'intelletto, momento di consapevolezza responsabile verso Dio e verso gli uomini e, in ultima analisi, fondamento della *lex civile* e dell'equità.

L'A., inoltre, suggerisce una rilettura più meditata delle soluzioni proposte da altri riformatori protestanti, i quali si sono ben guardati dal gettare alle ortiche la tradizione scolastica: è il caso di Girolamo Zanchi, nei cui confronti «siamo nel pieno della tradizione realista ed intellettualista della legge naturale, pur letta in una cornice riformata» (p. 99); è il caso, ancora, di Giovanni Althusio, il cui pensiero andrebbe depurato dall'impostazione critica di Otto von Gierke, per restituirgli «l'ispirazione teologica della sua dottrina sulla legge naturale» (p. 101). Tolle le novità di Althusio sulla dottrina politica e sul metodo logico tratto da Pietro Ramo, circa la legge naturale «invece, a ben guardare, (...) non troviamo innovazioni contenutistiche. La sua concezione della legge naturale rimane profondamente tradizionale» (p. 102), seguendo pedissequamente la strada indicata da Calvino circa la conoscenza-coscienza che l'uomo acquisisce della legge naturale.

Vendemiati si ricollega così a quella corrente storiografica (lo stesso filone in cui si innesta la «rivoluzione medievale» di Harold J. Berman<sup>16</sup>, non meno che del «rinascimento giuridico» di Francesco Calasso<sup>17</sup>), che individua nell'alto medioevo l'origine di una fase creativa della scienza giuridica destinata a svilupparsi nel lungo periodo. Ma ci avverte anche, censurando un ulteriore luogo comune circa la presunta monoliticità del diritto ecclesiale classico, sulla diversa traiettoria entro cui canonisti e filosofi della Chiesa muovono le proprie riflessioni rispetto ai glossatori<sup>18</sup> e alla dottrina della Riforma: il dominio teologico di Dio sul mondo e sull'agire dell'uomo ritrova il

---

<sup>16</sup> HAROLD J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Voll. 2, (ed. italiana a cura di D. Quaglioni) Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>17</sup> FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I. *Le Fonti*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 345 ss.

<sup>18</sup> Tutto ciò, senza nulla togliere alle straordinarie convergenze del pensiero giuridico *in utroque* verso un'impostazione moderna dell'idea di Stato. Sul punto, JEAN GAUDEMET, *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'État*, in ID., *Église et société en Occident au Moyen Age*, Variorum Reprints, London, 1984, saggio XII.



suo consono spazio naturale in un legame puramente intimo, di «coscienza»<sup>19</sup>, senza tuttavia interrompere la presenza immanente del diritto naturale nel tessuto sociale, pur ricco di spinte emotive e contraddizioni<sup>20</sup>, in un rapporto di cui i Francescani si confermano il più autentico metro di misura.

**Fabio Vecchi**

---

<sup>19</sup> Si potrebbe discutere sul grado di identificazione della «coscienza» con la nuova percezione della «volontà», potendosi ravvisare nella rielaborazione e nella riconosciuta autonomia dell'elemento volitivo il tratto di comunanza rivoluzionaria tra i giuristi medievali, sia civilisti che canonisti: la rottura dell'unità scientifica e metodologica del sapere medievale, in quanto proiezione divina, corrisponde, insomma, al fenomeno di transizione che corre trasversalmente, dallo statico ed indistinto *status* personale, al dinamico e responsabilizzante atto di volontà, quale elemento nuovo su cui poggiare diritti ed obblighi, verso l'individuazione della moderna categoria dei diritti soggettivi.

<sup>20</sup> È utile rammentare quanto, in quei secoli dominati dalla percezione dell'assoluto universalistico, lo spazio tra obbligo morale e rispetto vincolante dei diritti della persona fosse percepito in modo assai labile e che la schiavitù, segnatamente sul finire del Duecento, «venisse a riprendere lena sotto nuove forme». Cfr. ENNIO CORTESE, *La libertà naturale dell'uomo nel pensiero giuridico medievale*, in *Scritti*, Tomo III (a cura di A. e F. Cortese), Il Cigno, Roma, 2013, p. 91.

PAOLO VALVO, *Pio XI e la Cristiada. Fede, guerra e diplomazia in Messico (1926-1929)*, Brescia, Morcelliana, 2016, 540 p. (Storia, 76)

Con la pubblicazione di questo corposo e documentato volume giungono a compimento le ricerche iniziate dall'A. nell'ambito del IX ciclo del dottorato di ricerca in Scienze Storiche presso l'Università degli Studi della Repubblica di San Marino. Come sanno gli storici, il dottorato sammarinese rappresenta nel campo della ricerca un punto di partenza privilegiato, che vede inizialmente una severa selezione dei candidati e poi una specifica attenzione da parte di qualificati specialisti nella fase di stesura della tesi e poi nel momento della sua discussione.

In questo caso l'impegno del ricercatore ha prodotto una analisi tanto accurata che rappresenta anche una indicazione di metodo e che necessita di essere considerata con attenzione. Per la verità nel corso del tempo alla questione del rapporto tra Stato e Chiesa nell'esperienza del Messico hanno rivolto la loro attenzione diversi specialisti, ma una ricerca come quella condotta da Paolo Valvo ritengo che abbia pochi precedenti.

L'indagine fa riferimento ai risultati delle più recenti pubblicazioni europee e statunitensi, mentre l'apparato di note è completato con indicazioni biografiche delle personalità incontrate nella stesura del lavoro. Segue l'elenco degli archivi consultati (indicati alle pagine 491-492) e la bibliografia (richiamata nel volume dalla pagina 497 a 520). In particolare, a fronte delle più note fonti diplomatiche ed ecclesiastiche sia messicane che statunitensi, il volume in recensione affronta nello specifico lo studio del conflitto religioso messicano considerato dalle prospettive della Santa Sede e nel quadro delle dinamiche curiali caratteristiche del pontificato di Pio XI.

La conflittualità politico-religiosa segna tutta la storia del Messico già dalla

sua indipendenza, allorché la classe dirigente del Paese centro americano individuò nella lotta contro la Chiesa cattolica la strada per far compiere alla ex colonia un salto qualitativo verso la costruzione dello Stato nazionale, così da liberarla dai residui delle vecchie strutture ereditate dal colonialismo spagnolo. Questo in base alla erronea identificazione della Chiesa con l'antico regime e quale maggiore depositaria del passato coloniale, così da contrastare tutto quanto poteva considerarsi espresso da funzionali imperiali spagnoli, come pure da vescovi provenienti dalla madre patria. Altro elemento da considerare a proposito delle origini del conflitto religioso messicano è lo scontro politico che fu combattuto tra centralisti e federalisti, che comprendeva anche visioni diverse di ordine religioso.

Come risulta da quanto richiamato alle pp. 35-97 della monografia in recensione, quello del Messico fu dunque un separatismo ostile non tanto al fenomeno religioso quanto piuttosto alla Chiesa cattolica e tutto questo avvenne in presenza di un popolo fortemente cattolico. In quei frangenti un ruolo piuttosto rilevante (pur tra divieti ed espulsioni) fu svolto per decenni dalla Compagnia di Gesù, mentre decisivo fu l'intervento degli Stati Uniti, non solo in modo diretto, ma anche come modello di un separatismo non ostile ai convincimenti religiosi, rispetto ad una separazione radicale della Chiesa dallo Stato: "il crescente convincimento del mondo ecclesiastico degli Stati Uniti nelle vicende messicane, soprattutto nelle fasi più drammatiche del conflitto religioso, avrebbe messo in luce tutti i nervi scoperti della dialettica tra mondi diversi (spesso opposti) di concepire il rapporto tra la Chiesa e lo Stato e la presenza dei cattolici nei vari ambiti della società" (p. 97).

Altro punto di attrito tra lo Stato messicano e la Santa Sede fu la rivendicazione da parte dei nuovi governanti del diritto di patronato (nonostante esso fosse una

eredità del passato coloniale) e anche l'imperatore Massimiliano, pur in una situazione precaria, cercò di rivendicare dalla Curia romana il godimento perpetuo per sé e per i suoi successori dei diritti un tempo esercitati dai re di Spagna in America Latina, mentre la Chiesa era decisa a liberarsi una volta per tutte del patronato.

Venendo al martirio del Messico, oggetto diretto delle indagini condotte dall'A., vediamo che quella che fu definita la guerra *cristera* (o *Cristiada*) fu una vera e propria guerra civile, combattuta dal 1926 al 1929 nel silenzio dell'Europa cristiana, che stava vivendo i travagli tra le due guerre mondiali e dove di quegli eventi giunse soltanto una debole eco, come pure degli Stati Uniti, allora assenti dal contesto internazionale. Il tutto nel corso di un pontificato, come quello di Pio XI che vide trasformarsi i governi liberali (pur ostili alla Chiesa) in regimi autoritari e totalitari insieme alla diffusione dell'ideologia comunista.

Ai provvedimenti dei governi anticlericali messicani i cattolici reagirono organizzandosi in migliaia, armati e inquadrati militarmente sotto la bandiera della *Liga Nacional Defensora de la Libertad Religiosa* (p. 15) e scaturì un conflitto del quale ancora oggi non esistono stime ufficiali del numero dei caduti e si oscilla tra le 90.000 vittime governative e i 30.000 morti spregiativamente indicati come *cristeros*; ma senz'altro i caduti in combattimento superarono le centomila unità. Di fronte al fatto che le guerre utilizzano sempre per finalità politiche il fattore religioso, la *Cristiada* costituisce nella storia del Novecento "un esempio più unico che raro di movimento popolare sorto per ragioni principalmente (anche se non esclusivamente) religiose, destinato a produrre effetti di lungo periodo nel cattolicesimo messicano, lasciando altresì ferite difficili da rimarginare" (p. 16).

Di quelle vicende si possono distinguere quattro momenti storici: il ritorno della Santa Sede in Messico nel breve

intervallo tra il 1921 e il 1925 (pp.99-177); il 1926 come anno di più forte crisi tra Chiesa e Stato (pp. 179-255); la ricerca di una mediazione tra il 1927 e il 1928 (pp. 257-359), il raggiungimento nel 1929 di un *modus vivendi* (pp. 361-472). Un anno che vide la firma il 1° giugno di un accordo tra l'episcopato messicano e il presidente della Repubblica Emilio Portes Gil e nello stesso tempo l'inizio di un cambio di direttive da parte del pontefice, che chiese ai cattolici messicani di abbandonare prospettive di azioni di lotta, per abbracciare un più ampio programma di riconquista morale e spirituale della società. Piuttosto che il rifiuto a priori della guerra armata è la preoccupazione per il benessere spirituale dei messicani a spingere il pontefice alla ricerca di un *modus operandi*, che fu alla base degli *arreglos*. L'impossibilità per la Chiesa di continuare con la scelta di sospendere i sevizi religiosi, la lontananza forzata dei vescovi dalle loro sedi, l'accantonamento in modo pragmatico delle prospettive della "guerra giusta" sono gli elementi da porre alla base delle motivazioni che spinsero "Pio XI a trovare un accordo con il governo messicano e a rimandare ad un futuro più o meno lontano l'obiettivo di una modifica integrale delle leggi anticlericali" (p. 473).

Anche in questo caso vale l'osservazione che "la fermezza di Pio XI rimane un tratto distintivo, destinato ad emergere in modo dirompente in alcuni momenti e a rimanere sotto traccia in altri" (p. 477).

Le *Note conclusive* del volume (pp. 472-489) vanno oltre il periodo in esame e consentono di osservare come in prospettiva "appare ragionevole ipotizzare che l'esperienza messicana, al pari di altri contesti coevi in cui la Chiesa cattolica ha conosciuto forti ostilità, abbia giocato un ruolo nel complesso e tormentato percorso che ha portato alla piena accettazione del diritto di libertà religiosa da parte del Concilio Vaticano II" (p. 487).

**Giovanni B. Varnier**





ISSN 1970-5301