



# diritto & religioni

Semestrale  
Anno XIV - n. 1-2019  
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

27



LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XIV – n. 1-2019  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

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

*Struttura della rivista:*

**Parte I**

SEZIONI

*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

G.B. Varnier

M. Jasonni, G.B. Varnier

M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

**Parte II**

SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*

*Giurisprudenza e legislazione canonica*

*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale  
e comunitaria*

*Giurisprudenza e legislazione internazionale*

*Giurisprudenza e legislazione penale*

*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

M. Ferrante, P. Stefanì

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

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

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

AREA DIGITALE

Fabio Balsamo, Caterina Gagliardi

## CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

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

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

**originalità;**

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

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

**correttezza** dell'impianto metodologico;

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

**chiarezza** espositiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Comitato dei referees

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

*Direzione:*

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

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

*Redazione:*

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

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

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 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

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

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

### **Diritto canonico**

S.E. MONS. KRZYSZTOF NYKIEL

*Il sigillo confessionale e il segreto nella normativa canonica* 15

### **Diritto Ecclesiastico**

FRANCESCO ALICINO

*L'Islam, la radicalizzazione islamista e il terrorismo di ispirazione religiosa. Il caso italiano* 27

MATTEO CARNÌ

*Segreto confessionale e derive giurisdizionaliste nel rapporto della Royal Commission australiana* 46

MARCO PARISI

*Laicità e gestione delle differenze nella democrazia costituzionale* 64

MARCO SEGHESSIO

*Il triplo talāq al vaglio della Corte Suprema indiana* 80

ALBERTO TOMER

*“Loca sacra” e “edifici destinati all’esercizio pubblico del culto”. La condizione giuridica delle chiese cattoliche in Italia tra diritto canonico e ordinamento statale: linee di una ricerca* 116

VERA VALENTE

*La tutela del sistema penale tra identità individuale e cultural defense* 153

### **Diritti Vaticano**

ALESSANDRO DIDI

*I novant’anni del codice di procedura penale dello Stato vaticano* 169

GIOVANNI B. VARNIER

*La costruzione del diritto vaticano: il contributo della dottrina* 197

### **Diritti Confessionali**

SIMONA ATTOLLINO

*Le tradizioni religiose nelle relazioni familiari. Raffronti tra divorzio italiano e ripudio marocchino* 201

ANDREA BORRONI

*La kafalah: uno studio di diritto comparato* 221

GIOVANNA CARUGNO

*Il diritto islamico e le espressioni artistico-musicali haram-halal* 261

HAIM FABRIZIO CIPRIANI	
<i>Osservazioni generali sul ruolo femminile nel diritto ebraico</i>	278
VALENTINA RITA SCOTTI	
<i>La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d'Europa. Una sfida per l'identità giuridica europea</i>	283

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

IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA	
<i>Residenze vescovili nei monasteri: una lunga storia nell'ortodossia romana</i>	305
ROBERTA SANTORO	
<i>La Chiesa e la Prima guerra mondiale. Appunti di geopolitica ecclesiastica</i>	336

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

LUIGI BARBIERI	
<i>L'uso politico della santità. Riflessioni sulla proposta di beatificazione di Luigi Sturzo</i>	347
MAURO BOVE	
<i>Rapporti tra etica e politica</i>	361
MARIA D'ARIENZO	
<i>Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale</i>	384
PAOLO DI MARZIO	
<i>La prostituzione nel diritto dello Stato e della Chiesa</i>	397
LUIGI DI SANTO	
<i>Le religioni e i fondamentalismi. Un approccio epistemologico</i>	401
LUIGI NOTARO	
<i>San Francesco: il diritto e la norma giuridica</i>	412
FERDINANDO G. MENGA	
<i>Misericordia o resistenza etica? Riflessioni paradigmatiche a partire dalla questione della giustizia intergenerazionale</i>	430
RAFFAELE PASCALI	
<i>Ricerca scientifica e contributi mediatici</i>	452
AUGUSTO ROMANO	
<i>Riflessioni filosofico-giuridiche sulla tutela penale specifica del sentimento religioso</i>	475
FRANCESCO ROSSI	
<i>Sulla discussa natura delle oblazioni</i>	489

## Parte II

### Giurisprudenza e legislazione amministrativa

<i>Presentazione</i>	501
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio</i> (Beni culturali e ambientali – Vincoli storici, archeologici, artistici e ambientali in genere)	503
- <i>Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia</i> (natura del rapporto di lavoro del cappellano ospedaliero)	514
- <i>Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana</i> (natura del rapporto di lavoro del cappellano ospedaliero)	516

### Giurisprudenza e legislazione Canonica

<i>Presentazione</i>	519
- <i>Città Del Vaticano, Legge N. CCXCVII, Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili</i> (26 marzo 2019)	520
- <i>Città del Vaticano, Vicariato, Linee guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili</i> (26 marzo 2019)	525
- <i>Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili</i> (26 marzo 2019)	531
- <i>Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio Vos estis lux mundi</i> (7 maggio 2019)	534
- <i>Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio Communis vita</i> (19 marzo 2019)	542

### Giurisprudenza e legislazione Costituzionale e Comunitaria

<i>Presentazione</i>	544
- <i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, application nos. 28617/13 and 50919/13. Tothpal and Szabo v. Romania.</i> (Presunto esercizio illegale dei doveri pastorali: licenziamento a seguito di procedimento disciplinare e comminazione di un'ammenda - Illegittimità di una sanzione comminata ad un soggetto per il semplice fatto di aver agito come leader religioso di un gruppo, in quanto incompatibile con le istanze di pluralismo religioso in una società democratica - Carezza di un «urgente bisogno sociale» tale da giustificare la sanzione - Ingerenza dello Stato nel diritto di manifestare la fede religiosa nell'insegnamento e di esercitare la libertà religiosa in forma associata e pubblica: incompatibilità con una società democratica - Violazione, da parte dei ricorrenti, dell'art. 9 CEDU: non sussiste.)	546

-*Corte Costituzionale, sentenza 13 giugno 2019, n. 144.*  
 (Illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 217 del 2017: non sussiste - Interpretazione della disposizione in oggetto alla luce della disciplina codicistica sull'amministrazione di sostegno, che consente all'amministratore di assumere decisioni di ordine sia patrimoniale, che personale, solo se il giudice abbia conferito espressamente ed esplicitamente un potere in tal senso - Decisioni dell'amministratore di sostegno sul fine vita dell'amministrato: non sufficienza dell'autorizzazione giudiziale ad occuparsi ordinariamente della salute dell'amministrato, ma necessità di una autorizzazione esplicita del giudice ad adottare le decisioni estreme di sospensione o rifiuto menzionate dall'art. 3 della l. n. 219/2017 - Limiti alla discrezionalità del giudice: subordinazione dell'autorizzazione alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale ad un adeguato accertamento delle intenzioni (anche espresse in passato) dell'amministrato e della sua concreta e attuale situazione; obbligo dell'amministratore di aggiornare periodicamente il giudice sulle condizioni del paziente, specie allorché il quadro clinico muti significativamente.) 548

## **Giurisprudenza e legislazione civile**

- Presentazione* 557
- *Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193*  
 (Maternità surrogata, genitorialità, provvedimento giurisdizionale straniero, efficacia, ordine pubblico) 559
- con nota di GIUSEPPE RECINTO
- Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"* 560
- *Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, ordinanza 17 gennaio 2019, n. 1040*  
 (Responsabilità medica, consenso informato, danno, convinzioni religiose) 569
- *Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, sentenza 25 febbraio 2019, n. 5415*  
 (Enti ecclesiastici, Chiesa cattolica, attività negoziale, controlli canonici) 570
- *Corte di Appello di Venezia, sentenza 2 aprile 2019, n. 200*  
 (Licenziamento discriminatorio, libertà religiosa, lesione, onere della prova) 571
- *Tribunale di Palermo, decreto 5 marzo 2019*  
 (*Status* di rifugiato, riconoscimento, libertà religiosa, obiezione di coscienza, *Babà'i*) 572

## Giurisprudenza e legislazione internazionale

<i>Presentazione</i>	573
<i>LIBERTÀ RELIGIOSA</i>	574
-I) <i>Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 9 gennaio 2019, n. 17/81618 (Francia)</i> (Libertà religiosa – Hate speech – Legge di Separazione)	574
-II) <i>OVwG Koblenz, n. 10/b/10515/19, del 12 giugno 2019 (Germania)</i> (Libertà religiosa – Burkini – Principio d'eguaglianza)	574
-III) <i>North Gauteng High Court, Pretoria, affaire Gaum vs Van Rensburg, n. 40819/12, dell'8 marzo 2019 (Sud Africa)</i> (Libertà religiosa – Giurisdizionalismo – laicità)	575
<i>LAICITÀ DELLO STATO</i>	
I-V) <i>Conseil d'État, 30 gennaio 2019, n. 394175 (Francia)</i> (Laïcité – Università – Legge di Separazione)	576
-V) <i>Cour Administrative d'Appel di Parigi, IVème chambre, n. 17/PA/273, del 19 febbraio 2019 (Francia)</i> (Velo islamico – Polizia – Rapporti di lavoro)	576
-VI) <i>Cour Administrative d'Appel di Nantes, IIème chambre, n. 18/nt/3426, del 30 aprile 2019 e n. 18/nt/4548, del 7 giugno 2019 (Francia)</i> (Laïcité – cittadinanza – libertà religiosa)	577
-VII) <i>U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, affaire Barker vs Conroy, n. 17/5278, del 19 aprile 2019 (Stati Uniti)</i> (Preghiera legislativa – Laicità – Ateismo)	577
-VIII) <i>Québec, Legge sulla laicità dello Stato, del 16 giugno 2019 (Canada)</i> Laïcité – Simboli religiosi – libertà religiosa	578
<i>ISLAM</i>	
-IX) <i>Verwaltungsgericht Mainz, 1/L/96/19, del 22 marzo 2019 (Germania)</i> (Scuole confessionali – Finanziamento pubblico alle confessioni religiose - Libertà religiosa)	588
-X) <i>OLG Frankfurt a.Main, n. 8/UF/192/17, del 26 aprile 2019 (Germania)</i> (Matrimonio – Norme confessionali – Laicità dello Stato)	588
-XI) <i>US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, affaire Copper vs Superintendent of Sci-Greene, 7 aprile 2019 (Stati Uniti)</i> (Processo penale – Burqa – Libertà religiosa)	589
-XII) <i>Sharia Penal Code Order, 3 aprile 2019 (Brunei)</i> (Diritto penale – Sharia – Norme confessionali)	589

CATTOLICESIMO	590
-XIII) <i>VwG Stuttgart, n. 4/k/2359/19, del 16 aprile 2019 (Germania)</i> (Tutela del sentimento religioso – Laicità – Libertà di riunione e manifestazione) con nota di STEFANO TESTA BAPPENHEIM <i>Il Venerdì Santo ed i giorni ‘superfestivi’ nell’ordinamento costituzionale tedesco</i>	592
SIKH	
-XIV) <i>Bundesverwaltungsgericht, sentenza n. 3/c/24/17, del 4 luglio 2019 (Germania)</i> (Responsabilità civile – Libertà religiosa – Circolazione stradale)	608
SIMBOLI RELIGIOSI	609
-XV) <i>Bayerischer Verfassungsgerichtshof, del 14 marzo 2019 (Germania)</i> (Simboli religiosi indossati – Giudici e Pubblici Ministeri – Laicità)	609
-XVI) <i>-US Supreme Court, affaire American Legion vs American Humanist Association, n. 17/1717, del 20 giugno 2019 (Stati Uniti)</i> (Simboli religiosi nello spazio pubblico – Laicità – Establishment Clause)	610
-XVII) <i>South Dakota, Senate Bill 55, del 29 marzo 2019 (Stati Uniti)</i> (Simboli religiosi nello spazio pubblico – Laicità – Establishment Clause)	612
EBRAISMO	
-XVIII) <i>Tax Court of New Jersey, Aish Hatorah New York vs Passaic City, del 10 luglio 2019 (Stati Uniti)</i> (Finanziamento pubblico alle confessioni religiose – Enti ecclesiastici – Establishment Clause)	613
TESTIMONI DI GEOVA	
-XIX) <i>Corte regionale di Oryol, n. 1-37/1, del 23 maggio 2019 (Federazione russa)</i> (Proselitismo – Libertà religiosa – Diritto penale)	614
<b>Giurisprudenza e legislazione penale</b>	
<i>Presentazione</i>	615
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 30 aprile 2019, n. 27652</i> (Obbligatorietà della legge penale)	629
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 14 maggio 2019, n. 30874</i> (Sospensione condizionale della pena)	629
- <i>Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 28 maggio 2019, n. 35479</i> (Rifiuto o omissione di atti d’ufficio)	629

- Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 12 giugno 2019, n. 40418  
(Associazione mafiosa) 630
- Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 26 giugno 2019, n. 45957  
(Associazione finalizzata all'incitamento e alla violenza per motivi religiosi) 631

### Giurisprudenza e legislazione tributaria

- Presentazione* 632
- Cassazione civile, Sezione V, ordinanza 27 marzo 2019, n. 8520  
(Irpeg su ente ecclesiastico ospedaliero) 634
- Cassazione civile, Sezione V, sentenza 11 aprile 2019, n. 10124  
(Ici su immobili religiosi) 637
- Cassazione civile, Sezione V, ordinanza 27 giugno 2019, n. 17250  
(Ici su immobili religiosi) 637
- Cassazione civile, Sezione V, sentenza 28 giugno 2019, n. 17509  
(Ici su immobili religiosi) 638

## Parte III

### Lecture

- ALESSANDRO TIRA *Presentazione della collana Spirituality et temporalità per i tipi dell' Aracne, diretta da DANIELE EDIGATI e LORENZO TANZINI* 643

### Recensioni

- MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne, Canterano, 2016, pp. 1- 204  
(**Gianluca Belfiore**) 650
- MADELEINE BAVENT, *La strega. Una storia vera*, traduzione del testo e cura di ANNA LIA FRANCHETTI, Edizioni Clichy, Firenze, 2019, pp. 1-105 (**Sara Lucrezi**) 652
- ALESSANDRO PALMA, *Finis vitae. Il biotestamento tra diritto e religione*, Artetetra, Capua, 2018, pp. 1-182 (**Fabio Balsamo**) 658
- CIRO PUNZO, *Questioni di genere e profili giuridici e canonici dell'identità sessuata*, Artetetra, Capua, 2016, pp. 1-200 (**Alessandro Palma**) 660



# *Il sigillo confessionale e il segreto nella normativa canonica*

**S.E. MONS. KRZYSZTOF NYKIEL**

REGGENTE DELLA PENITENZIERIA APOSTOLICA

*SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il concetto di sigillo e di segreto nel “sentire biblico-teologico” – 3. Il sigillo sacramentale in prospettiva canonica. – 3.a) La disciplina vigente: fattispecie oggettiva -3.b) La disciplina vigente: fattispecie soggettiva – 4. Ulteriori divieti (can. 984) – 5. La Legislazione civile inerente al sigillo sacramentale – 6. Registrazione delle confessioni – 7. Conclusioni*

## *1. Introduzione*

La Chiesa da sempre ha attribuito una particolare rilevanza alla riservatezza dell'incontro tra il fedele ed il sacerdote nell'amministrazione del Sacramento della Penitenza, e la tutela di quello che sarà chiamato “segreto confessionale” si intreccia con lo sviluppo storico della forma del Sacramento – ove assume particolare rilevanza la progressiva scomparsa della penitenza pubblica e l'introduzione della confessione auricolare, ormai generalizzata già alla fine del XII secolo, nella forma da noi oggi conosciuta – e lo sviluppo della disciplina canonica nella sua elaborazione in forme propriamente giuridiche, e non solamente teologiche o morali.

La storia di questo istituto risale già ai tempi della Chiesa antica: ne parlano Ambrogio, Agostino, Afraate il Saggio ed Origene; in pieno Medioevo, Incmaro di Reims e Lanfranco, Arcivescovo di Canterbury, che scrive un'opera dal titolo “*De celandi confessione*”. Ma è con il Concilio Lateranense IV (1215) che troviamo un canone che sancisce per la prima volta il suo obbligo morale e giuridico come legge universale della Chiesa, prevedendo gravi sanzioni per i sacerdoti che lo infrangono.

Così infatti recita il cap. 21 del decreto “*omnis utriusque sexus*”, già famoso nella storia del diritto per l'estensione dell'obbligo della confessione annuale:

«*Caveat autem omnino ne verbo vel signo vel alio quovis modo prodat ali-*

*quatenus peccatorem [...] quoniam qui peccatum in poenitentiali iudicio sibi detectum praesumpserit revelare, non solum a sacerdotali officio deponendum decernimus, verum etiam ad agendam perpetuam poenitentiam in arctum monasterium detrudendum».*

Possiamo ricordare anche, già prima del Lateranense IV, la cost. 38 del Sinodo di Parigi (1203-1214):

*«Nullius ira vel odio vel etiam metu mortis, in aliquo audeat revelare confessionam signo vel verbo, generaliter vel specialiter; ut dicendo «Ego scio quales estis»; et, si revelaverit, absque misericordia debet degradari».*

La disciplina della Chiesa *in subiecta materia* è poi sempre rimasta sostanzialmente la medesima, salvo la specificazione di altre fattispecie, come l'assoluzione del complice, fin in antico, ovvero, più recentemente, la dilatazione della violazione del sigillo mediante strumenti tecnici. Naturalmente, la presente trattazione vuole essere svolta da un punto di vista eminentemente canonistico, cioè considerando la violazione del segreto confessionale in quanto delitto. Sarà dunque essenzialmente su questo che verterà la nostra analisi, e non su questioni afferenti, come potrebbe essere la *sollicitatio ad turpia*, l'assoluzione del complice o l'attentato e la simulazione della confessione. Tuttavia, prima di entrare nello specifico del tema ci sembra opportuno presentare alcuni riferimenti biblico-teologici, al fine di comprendere maggiormente le ragioni per cui la Chiesa attribuisce questa particolare importanza all'assoluta inviolabilità del sigillo confessionale.

## 2. Il concetto di sigillo e di segreto nel "sentire biblico-teologico"

Il Concilio Vaticano II nel numero 24 della Costituzione *Dei Verbum* afferma: *Ideoque Sacrae Scripturae studium sit veluti animae Sacrae Theologiae*<sup>1</sup> e, quindi, in questa logica riflettiamo sulla portata semantica e teologico-spirituale del concetto di *sigillo* e di *segreto* nel sentire biblico<sup>2</sup>.

Nello sfondo biblico la terminologia del *sigillo* e del *segreto* rimanda alla dimensione della realtà del *mysterion*<sup>3</sup>, che rimane e deve rimanere chiuso nella sua essenza e verità. Solo Dio può aprire e rivelare il segreto che il si-

---

<sup>1</sup> Nel Decreto *Optatam Totius* al numero 16 si trovano le analoghe parole: *Sacrae Scripturae studio, quae universae theologiae veluti anima esse debet.*

<sup>2</sup> Cfr. GOTTFRIED FITZER, *Sfraghis*, XII, in GERHARD KITTEL, GERHARD FRIEDERICH (a cura di), *Grande Lessico del Nuovo Testamento*, Paideia, Brescia, 1981. coll. 378-418; ALBRECHT OEPKE, *kryptō*, V (1969), coll. 1161-1169.

<sup>3</sup> Cfr. GUNTHER BORNKAMM, *Mysterion*, in *Grande Lessico del Nuovo Testamento*, cit., VII, coll. 643-715, 1971.

gillo chiude e reca con sé nella sua valenza e significanza. In questo modo è importante pensare a come nel Libro dell'Apocalisse sia Dio che, attraverso l'Agnello Vincitore, apra i sigilli della vita (cfr. Ap 6, 1-17) fino ad arrivare all'apertura del *Settimo Sigillo* (cfr. Ap 8, 1), dove è sottolineato che quando questo è aperto “*si fece silenzio nel cielo per circa mezz'ora*” (Ap 8, 1). L'uomo, quindi, non può assolutamente aprire o attentare alla chiusura del sigillo, che ha nella verità e trascendenza di Dio la sua origine ed il suo fondamento.

Nella logica del sigillo (dello *sfraghìs*) certamente non possiamo dimenticare ciò che questo termine rimanda nel contesto della Teologia dell'Apostolo Paolo, dove questo sostantivo è con forza associato allo Spirito, di cui noi abbiamo ricevuto la caparra: “*È Dio stesso che ci conferma insieme a voi in Cristo e ci ha conferito l'unzione, ci ha impresso il sigillo dello Spirito e ci ha dato la caparra dello Spirito nei nostri cuori*” (2 Cor 1, 21-22).

La dimensione del segreto rimanda, anche, nel sentire spirituale biblico alla dimensione dell'intimità della relazione, che lega il *Tu relazionale* di Dio con il *tu relazionale* dell'uomo, *sua immagine e somiglianza* (cfr. Gen 1, 26-28 e Sal 8), che diviene il *maqôm qadosh*, il luogo santo di questa comunicazione d'amore e di amicizia, dove il Padre ed il Figlio nella forza comunionale dello Spirito Santo, possono abitare e stare: “*Se uno mia ma osserverà la mia parola ed il Padre ed io verremo e prenderemo dimora presso di lui*” (Gv 14, 23). In questa luce diventa evidente ed assolutamente chiaro l'invito di Gesù nel discorso della Montagna del Vangelo di Matteo ad accogliere e fare propria da parte del credente la logica operativa del segreto. Nei versetti 1-18 del capitolo 6 di Matteo la formula con l'aggettivo sostantivato *en tô krypyô* rimanda al bisogno dell'essere nel *segreto della preghiera*, vissuta in quella dimensione che Caterina da Siena chiamava *la cella interiore* (cfr. *Libro*, 161), nel *segreto dell'elemosina* e nel *segreto del digiuno* come passaggio dalla legge farisaica del dovuto alla pienezza della legge del gratuito dell'Amore e della Grazia di Dio<sup>4</sup>.

Da un punto di vista teologico sono due le ragioni essenziali e fondamentali dell'assoluta inviolabilità del sigillo e del segreto sacramentale senza alcuna eccezione (come è ricordato nei cann. 983-984 del *Codice di Diritto Canonico*). Il primo appartiene fondamentalmente al *diritto naturale* in modo che risulta chiaro ed evidente come il penitente, che confessa i suoi peccati e le sue colpe, sancisce e stipula una sorta di accordo-contratto nella quale è garantito che la sua confessione rimarrà nel segreto e non sarà rivelata mai e per nessun motivo. Il secondo rientra e permane nella sfera del *diritto divino*, che è depositato nella stessa costituzione del Sacramento della Penitenza.

---

<sup>4</sup> Cfr. GIUSEPPE BARBAGLIO, *Il pensare dell'apostolo Paolo. Abbozzi in forma epistolare*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2005<sup>2</sup>, pp. 105-112.

Il confessore, ascoltando le confessioni dei peccati, non vive questo ministero a nome proprio, ma sostanzialmente ed esclusivamente a nome ed in vece di Dio. Il penitente aprendo il suo cuore confessa, quindi, i suoi peccati a Dio stesso, e solo Dio, tramite il ministero del sacerdote, assolve i peccati. A tal proposito, il *Catechismo della Chiesa Cattolica* al numero 1467 recita che *ciò che il penitente ha manifestato al sacerdote viene “sigillato” dal sacramento*. Dobbiamo quindi ricordare e sottolineare con grande forza ed intensità che il *sigillo confessionale* è, quindi, tutelato dal diritto naturale, dal diritto divino e dal diritto ecclesiastico<sup>5</sup>.

### *3. Il sigillo sacramentale in prospettiva canonica*

Dopo aver presentato alcune considerazioni riguardanti il sigillo e il segreto confessionale da un punto di vista biblico-teologico, passiamo ora a trattare la tematica in parola in prospettiva eminentemente canonica, considerando la violazione del sigillo confessionale in quanto delitto.

#### *3.a) La disciplina vigente: fattispecie oggettiva*

Il sigillo confessionale è certamente un capitolo qualificante del sacramento della Penitenza, perché dà conto del carattere divino del sacramento e del perché sia ‘auricolare’ e non pubblico. L’obbligo del sigillo sacramentale è stato sempre gravissimo e molto vivo nella Chiesa. Il precetto del Lateranense IV è la fonte remota del can. 983 § 1 dell’attuale Codice di Diritto canonico, che recita: *“Il sigillo sacramentale è inviolabile; per questo è vietato al confessore di tradire, anche parzialmente, il penitente con parole o in qualsiasi altro modo e per qualsiasi causa”*<sup>6</sup>.

Con le stesse parole si esprime d’altra parte il can. 889 del Codice del 1917. Il can. 983 § 1 rinvia quindi direttamente al can. 1388, che riportiamo integralmente: *“§ 1: “Il confessore che viola direttamente il sigillo sacramentale incorre nella scomunica latae sententiae riservata alla Sede Apostolica; chi poi lo fa solo indirettamente sia punito proporzionalmente alla gravità del delitto. § 2: L’interprete e le altre persone di cui nel can. 983 § 2, che violano*

---

<sup>5</sup> Cfr. la *Nota della Penitenzieria Apostolica sull’importanza del foro interno e l’inviolabilità del sigillo sacramentale*, in *L’Osservatore Romano*, 1° luglio 2019.

<sup>6</sup> Can. 983 § 1: *Sacramentale sigillum inviolabile est; quare nefas est confoessario verbis vel alio quovis modo et quavis de causa aliquatenus prodere poenitentem.*

*il segreto, siano puniti con giusta pena, non esclusa la scomunica*<sup>7</sup>.

Dal combinato disposto dei due canoni derivano due forme di violazione del sigillo sacramentale, l'una diretta e l'altra indiretta, punite con diversa pena, ed entrambe riservate alla Congregazione per la Dottrina della Fede, nel foro esterno, e, in quello interno, alla Penitenzieria Apostolica<sup>8</sup>. Nel primo caso, perché si abbia il delitto si richiede la rivelazione del peccato e del peccatore; nel secondo (violazione indiretta) è sufficiente che sia rivelato uno dei due, e che di qui sussista pericolo di rivelazione dell'altro: in altri termini, se si possa risalire al penitente, o sospettare che qualcuno abbia commesso un peccato.

C'è violazione del sigillo, anche se chi ascolta non sa che il confessore ha ricevuto quella conoscenza in confessione: riceve tuttavia applicazione il can. 1330, per il quale *“il delitto che consiste in una dichiarazione o in altra manifestazione di volontà, di dottrina o di scienza, non deve considerarsi effettivamente compiuto, se nessuno raccolga quella dichiarazione o manifestazione”*<sup>9</sup>.

In entrambi i casi, affinché vi sia violazione del segreto sacramentale, è necessario che si dia divulgazione o rivelazione della materia oggetto del sacramento. La materia o oggetto del segreto sono in generale tutti i peccati, e qualsiasi elemento connesso, ovviamente conosciuto in confessione e dalla cui conoscenza si possa risalire al peccatore.

Cadono sotto il sigillo i peccati gravi, tutti e singoli; e anche le colpe lievi, o peccati veniali, ma solamente se rivelati singolarmente, oppure nella loro specie. Infatti, rivelare che una persona ha commesso colpe leggere è violazione di segreto, ma non di sigillo, poiché tutti commettiamo almeno colpe leggere, anche se rimane un atto illecito, poiché, comportandosi con questa leggerezza, il confessore viola un segreto appreso in confessione, e in tal modo mina la fiducia dei fedeli nella riservatezza del colloquio penitenziale. Va notato che è oggetto del sigillo il peccato, anche leggero, conosciuto dalla comunità, ma comunque appreso in confessione, e viola ugualmente tale sigillo il confessore che, conoscendo il peccato prima e fuori della confessione, riveli di averlo conosciuto in confessione.

---

<sup>7</sup> Can. 1388: *Confessarius, qui sacramentale sigillum directe violat, in excommunicationem latae sententiae Sedi Apostolicae reservatam incurrit; qui vero indirecte tantum, pro delicti gravitate puniatur. Interpres aliique, de quibus in can. 983, § 2, qui secretum violant, iusta poena puniantur, non exclusa excommunicatione*». Can. 983 § 2: *Obligatione secretum servandi tenetur quoque interpres, si detur, necnon omnes alii ad quos ex confessione notitia peccatorum quoquo modo pervenerit*.

<sup>8</sup> Cost. *Pastor Bonus*, art. 52 e 118; Reg. Gen. Curia Romana, art. 128, § 2; Congr. per la Dottrina della Fede, Rescr. *Ex audientia SS.mi*, del 7 febbraio 2003.

<sup>9</sup> Can. 1330: *Delictum quod in declaratione consistat vel in alia voluntatis vel doctrinae vel scientiae manifestatione, tamquam non consummatum censendum est, se nemo eam declarationem vel manifestationem percipiat*.

Rientrano nel sigillo sacramentale, altresì, le circostanze della colpa dichiarate in confessione, come l'occasione, il fine, il luogo, il tempo, le modalità, nonché le circostanze della confessione stessa, come potrebbero essere la gravità o meno della penitenza imposta o il diniego dell'assoluzione; evidentemente anche il nome ed il peccato del complice. Va sottolineato, poi, che non sussiste violazione alcuna se l'interlocutore del confessore è lo stesso penitente, che si è confessato: la questione è stata per alcuni versi discussa dagli Autori, ma, al di là dell'ovvia sconvenienza di riprendere il colloquio penitenziale al di fuori della confessione, tuttavia non si vede come in questo caso di possa concretizzare quel *prodere poenitentem*, tradire il penitente, richiesto dal canone 983 § 1.

Viceversa, non è sufficiente che il penitente abbia esonerato il confessore dal sigillo sacramentale, perché questo non è solamente a tutela del singolo fedele, ma a tutela del sacramento stesso. D'altra parte, se il sigillo rientrasse nella disponibilità privata, il penitente potrebbe essere sottoposto a pressioni tali che potrebbero di fatto equivalere alla cancellazione della tutela reale del segreto sacramentale<sup>10</sup>.

### *3.b) La disciplina vigente: fattispecie soggettiva*

Riprendendo i canoni già riferiti, si deduce che il soggetto del sigillo sacramentale è soltanto il confessore, e dunque il presbitero o il vescovo, che abbia ascoltato la confessione, anche se non avesse impartito l'assoluzione, ovvero non avesse facoltà di ascoltarla, e perfino se fosse scomunicato<sup>11</sup>.

Dalla dizione del can. 983, § 2, si evince che l'interprete e gli altri ai quali sia in qualunque modo giunta notizia dei peccati sono certo tenuti all'obbligo di non rivelare, ma questo non è propriamente sigillo sacramentale: infatti *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*.

Se questo è in qualche modo evidente, è bene invece richiamare la vigenza, anche in questo ambito, dei principi più generali dell'ordinamento penale canonico. Innanzitutto il dolo, secondo il disposto del can. 1321 § 2: "*È tenuto alla pena stabilita da una legge o da un precetto chi deliberatamente violò la*

---

<sup>10</sup> Secondo quanto osserva GIAN PAOLO MONTINI, *La tutela penale del sacramento della Penitenza. Il delitto nella celebrazione del sacramento (cann. 1378; 1387; 1388)*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Le sanzioni nella Chiesa. XXIII Incontro di Studio 1 luglio – 5 luglio 1996*, Glossa, Milano, 1996, pp. 226-227.

<sup>11</sup> Cfr. ANTONIO CALABRESE, *Diritto penale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006<sup>3</sup>, p. 307.

*legge o il precetto; chi poi lo fece per omissione della debita diligenza non è punito, salvo che la legge o il precetto non dispongano altrimenti*<sup>12</sup>.

La colpa è precisamente omissione della debita diligenza, come tutti sappiamo: cade, dunque, nella scomunica solamente colui che è pienamente cosciente della violazione, che sta per rivelare un segreto confessionale, che se ne rende conto, e che lo vuole, non “qualora il confessore creda di rivelare materia acquisita *aliunde*; oppure riveli inavvertitamente o per superficialità quanto ha appreso in confessione”<sup>13</sup>. In tal senso, è opportuno ricordare che in occasione della Plenaria della *Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo*, tenutasi nell’ottobre 1981, un Padre propose che nel canone in questione si aggiungesse l’espressione *plene conscius*, per evitare scrupoli di coscienza ai confessori. La risposta della Segreteria fu che tale aggiunta non era necessaria, in quanto la necessità del dolo era sottintesa in base al riferimento proprio all’attuale can. 1321 § 2<sup>14</sup>.

Come abbiamo osservato, la pena prevista per la violazione diretta del sigillo sacramentale è la scomunica *latae sententiae* riservata alla Sede Apostolica: d’altra parte, l’inviolabilità del sigillo non impedisce l’applicazione delle esenzioni e delle scusanti, proprie del diritto penale canonico generale.

Ancora, conformemente alle disposizioni più generali, il confessore non sarà colpito dalla pena canonica qualora ignori l’esistenza della sanzione penale, ex can. 1323, 2°, ovvero comunque si trovi in una delle condizioni di cui ai cann. 1322, 1323 e 1324 § 1, che riguardano il soggetto sottoposto alla sanzione<sup>15</sup>. Nel caso poi di violazione del segreto confessionale solamente indiretta, come abbiamo già detto, la pena è *ferendae sententiae*, obbligatoria, ma indeterminata.

#### 4. Ulteriori divieti (can. 984)

Al fine di tutelare meglio il segreto della confessione, la Chiesa ha disposto anche altre cautele, oltre le summenzionate sanzioni.

---

<sup>12</sup> Can. 1321 § 2: *Poena lege vel praecepto statuta is tenetur, qui legem vel praeceptum deliberate violavit; qui vero id egit ex omissione debitae diligentiae, non punitur, nisi lex vel praeceptum aliter caveat.*

<sup>13</sup> Secondo quanto osserva GIAN PAOLO MONTINI, *op. cit.*, p. 227.

<sup>14</sup> Cfr. Comm. 15 (1984) 50, cit. in GIAN PAOLO MONTINI, *ibidem*. Il chiaro Autore osserva, a sostegno di questa tesi, che l’omissione nel canone sostantivo dell’espressione *caveat diligenter* già del can. 889 § 1 del CIC del 1917, a favore della locuzione *nefas* presente nell’attuale can. 983 §1, fa ritenere perduto il riferimento esplicito alla mera colpa.

<sup>15</sup> Seguiamo evidentemente l’analisi del già citato GIAN PAOLO MONTINI, *op. cit.*, p. 228.

1° Assolutamente proibito al confessore far uso in qualunque modo delle conoscenze acquisite dalla confessione, con aggravio del penitente (*cum paenitentis gravamine*), anche escluso qualsiasi pericolo di rivelazione (§1). Il “*gravamen*” potrebbe essere anche di altri, ai quali detto “uso” renderebbe odioso il sacramento della penitenza.

2° Colui che è costituito in autorità ed ha avuto notizia dei peccati in una confessione ricevuta in qualunque momento, non può avvalersene in nessun modo per il governo esterno (§2).

3° Can. 1550, §2, 2°, esclude come incapaci dal rendere testimonianza in giudizio i sacerdoti relativamente a tutto ciò che hanno appreso nella confessione sacramentale, anche nel caso in cui sia stato il penitente a chiedere la deposizione. Anzi, tutto ciò che da chiunque ed in qualunque modo fu udito in occasione della confessione non può essere recepito neppure come indizio di verità.

## 5. La legislazione civile inerente al sigillo sacramentale

La stessa legislazione civile riconosce il sigillo sacramentale come parte del segreto professionale, accordandovi una particolare tutela. Riporto i due testi fondamentali attinenti all'ordinamento italiano:

– *Nuovo Codice di Procedura Penale* (entrato in vigore il 24 ottobre 1989), art. 200, comma primo: “*Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione [...] a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano ...*”<sup>16</sup>.

– *Nuovo Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana*, 18 febbraio 1984, art. 4, n. 4: “*Gli ecclesiastici non sono tenuti a dare ai magistrati o ad altra autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza per ragioni del loro ministero*”.

## 6. Registrazione delle confessioni

Al riguardo va ricordata la particolare severità che la Chiesa adotta nei confronti di chi viola il segreto relativo alla Confessione, registrando per mezzo di strumenti tecnici oppure divulgando per mezzo di strumenti di comunicazione sociale ciò che viene detto dal confessore e dal penitente. In questo caso, l'in-

---

<sup>16</sup> Cfr. anche l'art. 249 del Codice di Procedura Civile.

teressato incorre nella pena specifica della scomunica *latae sententiae*.

È questa una recente normativa. Il primo intervento della Chiesa in merito avvenne il 23 marzo 1973, quando venne diffusa la notizia che sarebbe stato pubblicato un libro scandalistico che riferiva le trascrizioni di alcune confessioni sacramentali – vere o simulate – registrate subdolamente.

Con una Dichiarazione della Congregazione per la Dottrina della Fede, veniva inflitta la pena della scomunica *latae sententiae* agli autori ed editori del testo e a chiunque avesse formalmente cooperato all’iniziativa. Si trattava, però, di un singolo intervento relativo ad una situazione specifica<sup>17</sup>.

La medesima Congregazione, il 23 settembre 1988, ha emanato un Decreto che estende, per il futuro, tale sanzione a tutti gli eventuali casi analoghi. Lo scopo del Decreto è stato quello di ‘tutelare la santità del sacramento della Penitenza e... difendere i diritti dei ministri e dei fedeli cristiani’<sup>18</sup>.

Il testo del summenzionato Decreto, con il quale si commina la scomunica *latae sententiae*, allo scopo di tutelare il segreto del Sacramento della Penitenza, a chiunque registri per mezzo di strumenti tecnici, oppure divulghi per mezzo di strumenti di comunicazione sociale ciò che viene detto dal confessore e dal penitente, recita così: “La Congregazione per la Dottrina della Fede, allo scopo di tutelare la santità del sacramento della penitenza e per difendere i diritti dei ministri di esso e dei fedeli cristiani, per quanto concerne il sigillo sacramentale e gli altri segreti connessi con le confessioni, in virtù della speciale facoltà conferitale dalla suprema autorità della Chiesa (can. 30), ha stabilito che: ferma restando la prescrizione del can. 1388, chiunque registri con qualsiasi strumento tecnico ciò che nella confessione sacramentale, vera o finta, fatta da sé o da un altro, viene detto dal confessore o dal penitente, oppure lo divulghi con strumenti della comunicazione sociale, incorre nella scomunica *latae sententiae*”.

## *7. Conclusione*

Alla luce di quanto fin qui trattato, è utile ribadire come il sigillo confessionale non vincoli solo il confessore, ma anche l’eventuale interprete e tutti coloro che in qualsiasi modo, anche casualmente, fossero venuti a conoscenza dei peccati accusati. Il sigillo confessionale, come si è cercato di rilevare in questo saggio, rappresenta un elemento sostanziale, qualificante e dirimen-

---

<sup>17</sup> Cfr. SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione Sacra Congregatio de tuendi sacramenti paenitentiae dignitate*, 23 marzo 1973, in AAS, 65, 1973, p. 678.

<sup>18</sup> Cfr. AAS, 80, 1988, p. 1367.

te del sacramento della Penitenza, perché rivela e palesa sostanzialmente il carattere divino del sacramento, che è motivo essenziale della causa perché questo sia e debba essere sempre rigorosamente “auricolare” e non pubblico. Al riguardo del sigillo sacramentale e del segreto, va ricordato anche che il Can. 1550, §2, 2° del Codice vigente, esclude come incapaci dal rendere testimonianza in giudizio i sacerdoti relativamente a tutto ciò che essi abbiano appreso e saputo in ogni singola confessione sacramentale, anche nel caso in cui sia stato il penitente a chiedere la deposizione. Neppure la morte del penitente potrà sciogliere il confessore da questo vincolo. La legge del sigillo sacramentale non ammette eccezioni. Nessun confessore, quindi, può esserne dispensato, anche se nel voler rivelare il contenuto di una Confessione intendesse evitare un grave e imminente male.

Nel Codice vigente il *sigillo sacramentale* è riferito solo al confessore mentre per le altre persone si parla di *segreto*. Ovviamente anche questo segreto è, in un certo senso, profondamente e radicalmente *sacramentale* per quanto non sia denominato *sigillo*. Pertanto, la tutela della santità del sacramento della Penitenza è compito primario per tutti e non può essere lasciata e relegata solamente ai ministri ordinati.

Nella normativa canonica riguardante il sigillo sacramentale, la Chiesa intende trasmettere da una parte la pedagogia d’amore del Padre della misericordia e, dall’altra, desidera orientare i Suoi ministri a sperimentare e vivere il dono della paternità ministeriale e spirituale, che permette loro, in ogni esperienza di questo *sigillo-segreto del dialogo auricolare* della confessione, di essere testimoni privilegiati della santità di questo sacramento sull’esempio di San Giovanni Nepomuceno (1349-1393)<sup>19</sup>, che giunse fino al martirio di sangue per custodire

---

<sup>19</sup> Giovanni era il figlio di Velfin, un cittadino di Nepomuk, una piccola città a 30 km da Plzeň (Pilsen) in Boemia e aveva studiato teologia e giurisprudenza all’Università di Praga. Nel 1373 aveva preso gli ordini ed era divenuto notaio pubblico presso la Cancelleria episcopale, nel 1374 era stato nominato protonotaio e, poi, segretario dell’Arcivescovo Giovanni di Jenštejn. Aveva continuato, poi, i suoi studi in giurisprudenza all’Università di Padova, dove aveva ottenuto nel 1387 la laurea in diritto canonico. Era stato inizialmente canonico nella chiesa di sant’Egidio a Praga e nel 1389 era divenuto parroco della chiesa di San Gallo e canonico della Cattedrale di Vyšehrad. Nel 1390 rinunciò alla parrocchia di San Gallo per divenire arcidiacono di Žatec (Saaz), ed allo stesso tempo canonico della Cattedrale di San Vito senza, però, ricevere alcuno dei benefici ecclesiastici, che competevano ai canonici della cattedrale. Poco dopo l’Arcivescovo di Praga lo volle come presidente del tribunale ecclesiastico e nel 1393 come suo vicario generale. Venceslao IV, Re di Boemia e Imperatore del Sacro Romano Impero, desiderando fondare una diocesi nuova per uno dei suoi favoriti, ordinò che alla morte dell’abate Racek del Monastero di Kladruby nessun nuovo abate fosse eletto e che la chiesa dell’abbazia fosse trasformata in una sede vescovile. Il vicario generale dell’Arcivescovo si oppose energicamente a quest’ordine, che violava il diritto canonico. Quando l’Abate Racek morì nel 1393, i monaci di Kladruby immediatamente tennero un’elezione; la scelta cadde sul monaco Olenus e Giovanni, come vicario generale, confermò prontamente questa elezione, senza tenere conto dei desideri del monarca. In questo clima di ostilità palese e conclamata tra il re Venceslao e Giovanni Nepomuceno

la portata assoluta della valenza dell'inviolabilità del sigillo sacramentale. Il sigillo sacramentale, così inteso, diventa anche garanzia delle *mirabilia Dei* nel cuore di ogni singolo penitente, che si consegna al cuore dei pastori, che riverberano nel *qui ed ora* esistenziale di ciascuno la bellezza dell'Amore misericordioso e trasfigurante del Padre, donato dal sacrificio redentore di Cristo.

#### RIASSUNTO

L'Autore mette in evidenza come da sempre la Chiesa ha attribuito particolare rilevanza alla riservatezza dell'incontro tra il fedele ed il sacerdote nell'amministrazione del Sacramento della Penitenza. La tutela di quello che, nel corso del tempo, sarà definito "*segreto confessionale*" si intreccia con lo sviluppo storico della forma del Sacramento – ove assume particolare rilevanza la progressiva scomparsa della penitenza pubblica e l'introduzione della confessione auricolare, ormai generalizzata già alla fine del XII secolo, nella forma da noi oggi conosciuta – e lo sviluppo della disciplina canonica nella sua elaborazione in forme propriamente giuridiche, e non solamente teologiche o morali. Infatti, prima di entrare nello specifico del tema trattato in prospettiva eminentemente canonica considerando la violazione del sigillo sacramentale in quanto delitto, l'autore traccia dapprima alcune riflessioni teologiche, al fine di comprendere maggiormente le ragioni per cui la Chiesa attribuisce questa particolare importanza all'assoluta inviolabilità del sigillo confessionale. È con il Concilio Lateranense IV (1215) che un canone sancisce per la prima volta il suo obbligo morale e giuridico come legge universale della Chiesa, prevedendo gravi sanzioni per i sacerdoti che lo infrangono. La disciplina della Chiesa *in subiecta materia* è poi sempre rimasta sostanzialmente la medesima, salvo la specificazione di altre fattispecie, come l'assoluzione del complice, fin in antico, ovvero, più recentemente, la dilatazione della violazione del sigillo mediante strumenti tecnici. Nella normativa canonica riguardante il sigillo sacramentale la Chiesa, quindi, intende trasmettere da una parte la pedagogia d'amore del Padre della misericordia e, dall'altra, desidera orientare i Suoi ministri a sperimentare e vivere il dono della paternità ministeriale e spirituale, che permette loro, in ogni esperienza di questo *sigillo-segreto del dialogo auricolare della confessione*, di essere testimoni privilegiati della santità di questo sacramento sull'esempio di San Giovanni Nepomuceno (1349-1393), che giunse fino al martirio di sangue per custodire la portata assoluta della valenza dell'inviolabilità del sigillo sacramentale. Pertanto, neppure la morte del penitente potrà sciogliere il confessore da questo vincolo. La legge del sigillo sacramentale non ammette eccezioni. Nessun confessore può esserne dispensato, anche se nel voler rivelare il contenuto di una Confessione intendesse evitare un grave e imminente male. Il sigillo sacramentale, così inteso, diventa anche garanzia delle *mirabilia Dei* nel cuore di ogni singolo penitente, che si consegna al

---

gli *Annali* riportano anche la notizia che Giovanni era il confessore della regina Giovanna di Baviera ed il re Venceslao, avendo dei dubbi sulla fedeltà della moglie, chiese ripetutamente e con molta insistenza a Giovanni di rivelargli quanto detto in confessione dalla regina. Giovanni non accettò mai ed assolutamente di violare il segreto delle confessioni della regina e perciò il 16 maggio del 1393 venne fatto gettare nella Moldava dal re Venceslao, dove annegò. Il mattino seguente il corpo venne ritrovato sulle rive del fiume, circondato da una particolare ed intensa luce.

cuore dei pastori, che riverberano nel qui ed ora esistenziale di ciascuno la bellezza dell'Amore misericordioso e trasfigurante del Padre, donato dal sacrificio redentore di Cristo.

PAROLE CHIAVE

*Sigillo sacramentale; segreto confessionale; Sacramento della Penitenza; confessore; penitente; inviolabilità del sigillo sacramentale; violazione del segreto confessionale; peccato; delitto; scomunica latae sententiae; foro interno; foro esterno*

ABSTRACT

The Author highlights how the Church has always attributed particular relevance to the privacy of the encounter between the faithful and the priest in the administration of the Sacrament of Penance. The protection of what in the course of time will be defined as the “*seal of the confessional*” is intertwined with the historical development of the form of the Sacrament – when the progressive disappearance of public penance and the introduction of auricular confession, already generalized by the end of the twelfth century, in the form known to us today assumes particular importance – and the development of canonical discipline in its elaboration into juridical forms properly so called, and not only theological or moral. In fact, before entering into the specifics of the eminently canonical subject on hand, the violation of the sacramental seal as a crime, the Author first of all presents some theological reflections, in order the better to understand the reasons why the Church attributes this particular importance to absolute inviolability of the confessional seal. It is with the Fourth Lateran Council (1215) that a canon sanctions for the first time the moral and juridical obligation as a universal law of the Church, foreseeing grave penalties for priests who break it. The discipline of the Church *in subiecta materia* has always remained substantially the same, except for the specification of other types, as the absolution of one’s accomplice, way in the past, or, more recently, the extension of the violation of the seal through technical means. In canonical legislation regarding the sacramental seal, the Church, then, intends to transmit the pedagogy of the love of the Father of mercy on the one hand and on the other She desires to direct Her ministers to try to live the gift of ministerial and spiritual paternity, which enables them, in every experience of this *seal-secret of the auricular dialog of confession*, to be privileged witnesses of the sanctity of this sacrament after the example of Saint John of Nepomuk (1349-1393), who endured even martyrdom of blood in maintaining the importance of the absolute value of the inviolability of the seal of confession. Therefore not even the death of the penitent can release the confessor from this bond. The law of the sacramental seal does not admit any exceptions. No confessor can be dispensed from it, even if in wanting to reveal the contents of a confession he intends to avoid a grave and imminent evil. The sacramental seal, understood in this way, also becomes a guarantee of the marvels of God in the heart of every individual penitent, who entrusts himself to the heart of the pastors, who echo in the existential here and now of each one the beauty of the merciful and transforming Love of the Father, given by the redeeming sacrifice of Christ.

KEY WORDS

*Sacramental seal; confessional secret; sacrament of penance; confessor; penitent; inviolability of the sacramental seal; violation of the seal; sin;; delict; automatic excommunication; internal forum; external forum.*

# *L'Islam, la radicalizzazione islamista e il terrorismo di ispirazione religiosa. Il caso italiano*

FRANCESCO ALICINO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Terrorismo di matrice religiosa e atti di terrorismo – 2.1. Prevenzione del terrorismo di ispirazione religiosa – 3. Terrorismo di matrice religiosa e Islam – 3.1. Ideologia basata sull'intolleranza – 3.2. Interpretazioni radicali – 4. Comportamenti imprevedibili – 5. Conclusioni

## *1. Introduzione*

Con la Risoluzione del 2015 riguardante le misure antiterrorismo il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione di «presentare una definizione chiara e generale di *'foreign fighter'* al fine di precisarne il significato giuridico»<sup>1</sup>.

La Risoluzione è simile a molti atti legislativi che sono stati adottati a livello nazionale e che mirano a contrastare la minaccia del terrorismo. Leggendoli risulta evidente che il loro contenuto è stato impresso tenendo a mente le attuali forme di terrorismo di ispirazione religiosa. Allo stesso tempo, però, è altrettanto chiaro che questi documenti non ne forniscono una definizione chiara e giuridicamente comprensibile. Non ci spiegano cioè cosa s'intenda

---

\* Il titolo originale di questo contributo è il seguente: *The practical and the legal meaning of (religious) terrorism and foreign fighters within the European Union*. Tradotto dalla lingua inglese, questo contributo riproduce il paper che l'Autore ha presentato durante il corso CEPOL (Agenzia dell'Unione europea per la formazione delle Forze di polizia) dal titolo «*De-radicalization of foreign fighters*», che si è svolto presso la Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia, a Roma, dal 26 al 28 giugno 2018.

<sup>1</sup> Parlamento europeo, *Risoluzione dell'11 febbraio 2015 sulle misure anti-terrorismo* (2015/2530(RSP)), par. 3. Cfr. anche Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta al terrorismo, che ha sostituito la Decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI e ha emendato la Decisione del Consiglio 2005/671/GAI. Si veda anche EUGENIA DUMITRIU, *The E.U.'s definition of terrorism: the council frame-work decision on combating terrorism*, in *German law review*, 5, 2005, pp. 585-602.

realmente per «terrorismo religioso»<sup>2</sup>.

Il che riflette anche le parole della maggior parte degli atti prodotti dalle forze dell'ordine e dagli organi giudiziari che, a livello statale ed europeo, al più si limitano a definire alcune azioni terroristiche come crimini ispirati dall'islamismo jihadista. Molti di questi delitti, si sostiene, si riferiscono a soggetti che, presumibilmente, hanno reclutato, indottrinato, finanziato o facilitato il viaggio di individui in Medio Oriente, affinché entrassero a far parte del c.d. Stato Islamico (ISIS o *Daesh*), di Al-Qaeda o di altri gruppi estremisti che insistono in quell'area del pianeta. Le forze di polizia e i giudicanti prendono peraltro in considerazione anche le singole cellule terroristiche che preparano attentati in Europa. Il fatto è che, nonostante l'ingente quantitativo di dati, anche in questi casi non è possibile ottenerne una definizione chiara e generalizzata<sup>3</sup>.

Lo stesso avviene con la nozione di radicalizzazione, che le istituzioni europee e gli Stati membri non riescono a definire con precisione. Salvo poi evidenziare la necessità di prevenire la radicalizzazione, specialmente quando legata ad alcuni specifici fenomeni, come quelli dei *foreign fighters*. Si tratta di combattenti che fanno ritorno in Occidente dopo aver trascorso un periodo di tempo nei territori controllati dall'ISIS e che, attualmente, costituiscono una delle minacce più insidiose per l'Europa. Si presume che questo pericolo persisterà nel tempo. Al punto che si rende necessario adottare nei suoi confronti un approccio efficace ed efficiente, escogitando azioni a carattere sostanzialmente preventivo e di lungo termine. Al fine di raggiungere questo obiettivo è tuttavia importante conoscere i fenomeni della radicalizzazione e dei *foreign fighters*, ciò che implica una corretta comprensione delle forme esistenti di terrorismo di ispirazione religiosa. Il che assume ancora più importanza con riferimento ai presunti legami tra il terrorismo e la religione, in particolar modo l'Islam<sup>4</sup>.

Nella prima parte di questo contributo ho evidenziato le questioni giuridiche riguardanti il terrorismo d'ispirazione religiosa, analizzandoli alla luce della normativa nonché dei procedimenti e delle decisioni degli organi giudiziari adottati a livello degli Stati membri. Ho analizzato, in particolare, gli strumenti afferenti al diritto penale e alle misure di prevenzione utilizzate in

---

<sup>2</sup> Ufficio di ricerca del Parlamento europeo, *Understanding definitions of terrorism*, novembre 2015, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/571320/EPRS\\_ATA\(2015\)571320\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2015/571320/EPRS_ATA(2015)571320_EN.pdf) (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>3</sup> Cfr. EUROJUST, *Terrorism convictions monitor*, in <http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/operational/Pages/Terrorism-Convictions-Monitor.aspx>.

<sup>4</sup> CHRISTOPHER BAKER-BEALL, *The European Union's fight against terrorism: discourse, policies and identity*, Manchester University Press, Manchester, 2016.

Italia che, in questo ambito, assurge a caso studio estremamente interessante. La seconda parte del presente lavoro esamina la relazione esistente tra l'Islam e le attuali forme di terrorismo di ispirazione religiosa. Qui si evidenzia come tale connessione sia molto più complicata di quanto si possa immaginare, specialmente se si considera il modo con cui i principali mezzi di comunicazione di massa si rapportano al tema in oggetto. Importante è considerare i presupposti teorico-teologici che armano la mano dei terroristi, a loro volta alimentati da una propaganda religiosa malleabile, duttile e flessibile. Di modo che essa possa poi adattarsi alle mutevoli condizioni politiche e sociali, conformando il suo contenuto ai differenti contesti territoriali e alle varie comunità locali o globali sparse per il mondo, comprese quelle virtuali che nascono e si sviluppano su Internet. Ciò spiega anche perché il terrorismo d'ispirazione religiosa sia estremamente pericoloso e difficile da prevenire e contrastare. Si tratta di un fenomeno in rapida trasformazione, di grande complessità e dai contorni incerti. In questo senso, la lunga e dolorosa 'palestra' italiana nella lotta al terrorismo interno e alle varie forme di criminalità organizzata può fornire un valido ausilio per rapportarsi a una materia tanto difficile da gestire, quanto fondamentale per le sorti future del modello occidentale di Stato, chiaramente improntato all'ideale della democrazia costituzionale.

## *2. Terrorismo di matrice religiosa e atti di terrorismo*

Da un punto di vista giuridico, l'individuazione di una definizione generalizzata di terrorismo è una questione particolarmente controversa. Al punto che non esiste, non ancora, a livello internazionale alcuna nozione comune. Per quanto riguarda l'Unione Europea (UE), il terrorismo è definito in base agli scopi che si prefigge chi compie o tenta di compiere atti terroristici. E qui si scoprono spaesanti tendenze definitorie a carattere sostanzialmente pleonastico: come quelle che definiscono atti terroristici le azioni commesse per perseguire scopi legati al terrorismo. Altri documenti cercano di essere più precisi e dettagliati, affermando che tali azioni mirano a diffondere un profondo senso di paura tra la popolazione: esse obbligano le autorità statali ad adottare o a evitare di adottare determinate iniziative, oppure mirano a destabilizzare o a distruggere le fondamentali strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali di un Paese o di un'organizzazione sovrastatale<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta al terrorismo, che sostituisce la Decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI e che emenda la Decisione del Consiglio 2005/671/GAI, del 15 marzo 2017.*

Alla luce dell'esigenza di prevenire azioni di questo genere, nell'ultimo decennio in Europa i legislatori hanno evidenziato come l'attività terroristica implichi l'indottrinamento di gruppi di persone con lo scopo di diffondere interpretazioni radicalizzanti riguardanti l'Islam e i precetti musulmani. In alcuni contesti tali interpretazioni tentano di giustificare e provocare atti criminali, incoraggiando altri individui a eseguire attacchi violenti e indiscriminati ai danni di civili indifesi. Sotto questo aspetto, l'atto terroristico rinvia, tra le altre cose, all'esaltazione e alla giustificazione dell'islamismo radicale ovvero alla divulgazione *online* e *offline* dei suoi contenuti mediante messaggi o immagini terrificanti, compresi quelli riguardanti le vittime del terrore islamista. Lo scopo finale è di ottenere sostegno per la causa estremistica, diffondendo paura, panico e sgomento tra la popolazione<sup>6</sup>.

Tale comportamento dovrebbe essere punibile nel caso in cui provochi un rischio concreto di attentati. Lo attesta la legislazione penale statale incentrata, nel caso di specie, sul concetto di reato di pericolo. In altre parole, quando un soggetto mette in pericolo le fondamenta di una democrazia costituzionale, compresa la sicurezza dello Stato, sanzioni particolarmente afflittive a carattere penalistico possono essere imposte nei suoi confronti. E questo anche nel caso in cui il soggetto in questione non sia l'autore materiale dell'attentato né direttamente connesso con l'atto terroristico che, come tale, provoca danni concreti, a cominciare dal ferimento o dalla morte di persone. In base alla strategia-necessità preventiva, volta cioè a prevenire azioni violente e indiscriminate, la mera divulgazione di messaggi o immagini inneggianti al radicalismo islamista può quindi essere giuridicamente definita come attività criminale di tipo terroristico.

Onde evitare arbitrarie limitazioni dei diritti costituzionali delle persone sospettate, devono essere attentamente esaminate le circostanze concrete del caso, come ad esempio quelle riguardanti l'autore e i destinatari dei messaggi, nonché il contesto all'interno del quale i messaggi vengono divulgati. Va comunque rilevato che, in questi casi, lo strumento del diritto penale è utilizzato in maniera insolita.

In condizioni normali, condizioni cioè non sottoposte all'emergenza terroristica, quel tipo di condotta (divulgazione di messaggi o immagini) è tutelata in ossequio al rispetto delle fondamentali libertà di espressione e di religione. In condizioni normali, al massimo queste condotte possono essere considerate come diffusione non autorizzata di immagini o come atto di negligenza. Alla

---

<sup>6</sup> *Direttiva (UE) 2017/541* del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta al terrorismo, che sostituisce la Decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI e che emenda la Decisione del Consiglio 2005/671/GAI, del 15 marzo 2017, par. 10.

luce dell'emergenza provocata dalle attuali forme di terrorismo, tali condotte possono invece essere considerate come un grave reato, rispetto al quale vengono applicate sanzioni che incidono profondamente sulla vita delle persone. Si tratta di un approccio che si riflette in molte disposizioni dei Codici penali statali, compreso quello italiano che, nella prevenzione e nel contrasto del terrorismo, rinvia a uno dei più interessanti casi studio.

## *2.1. Prevenzione del terrorismo di ispirazione religiosa*

L'attenzione si focalizza su alcuni articoli (270-bis, 270-bis.1, 270-ter, 270-quater, 270-quarter.1, 270-quinquies, 270-quinquies.1, 270-quinquies.2, 270-sexies, 270-septies) del Codice penale italiano<sup>7</sup>. È importante notare che l'entrata in vigore di queste disposizioni è stata tragicamente ritmata dai numerosi attentati o progetti di attentati che, a partire dall'11 settembre 2001, i terroristi islamisti hanno eseguito in Occidente, compreso il territorio europeo<sup>8</sup>.

Nel corso della storia repubblicana, l'Italia ha dovuto far fronte ad altre forme di estremismo interno, come ad esempio il terrorismo di destra e di sinistra, che fu particolarmente attivo dagli anni '60 agli anni '80 del secolo scorso, nel periodo dei c.d. anni di piombo o della strategia della tensione. Inoltre, non si può dimenticare la lunga e intensa storia di lotta contro le complesse e multiformi organizzazioni criminali quali la *mafia*, la *'ndrangheta* e la *camorra*<sup>9</sup>. Per queste ragioni, l'Italia ha acquisito competenze di alto livello, speciali capacità investigative e ha creato efficaci strumenti giuridici che, attualmente, vengono utilizzati anche per contrastare il terrorismo di ispirazione religiosa. Il sofisticato sistema delle misure di prevenzione lo dimostra apertamente.

Oggi questo sistema è regolato dal Codice anti-mafia, entrato in vigore con

---

<sup>7</sup> Si veda il numero speciale pubblicato dall'ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, 21 dicembre 2016, in *Dir. pen. cont.* – <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5087-la-societa-punitiva-populismo-diritto-penale-simbolico-e-ruolo-del-penalista> (ultimo accesso 1 dicembre 2018).

<sup>8</sup> ADELMO MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, numero speciale di *Dir. pen. cont.*, 2016, pp. 7-13; VINCENZO MILITELLO, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2017, pp. 168-169; ROBERTO BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, pp. 223-259; EDOARDO MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2017, pp. 193-197.

<sup>9</sup> ADRIANO PROSPERI, *L'esperienza della storia italiana, antica e recente*, in *Quest. giust.*, Numero speciale, 2016, pp. 16-25.

il Decreto legislativo del 6 settembre 2011<sup>10</sup>. Dopo l'approvazione del Decreto anti-terrorismo n. 7/2015<sup>11</sup>, questo sistema può essere applicato per contrastare gli attuali fenomeni di terrorismo di ispirazione religiosa<sup>12</sup>. Più specificamente, le misure di prevenzione possono essere applicate nei confronti di

«coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale»<sup>13</sup>.

In particolare, il Codice anti-mafia prevede misure preventive personali e patrimoniali. Le autorità di polizia possono applicarne alcune, come il *foglio di via obbligatorio* o l'*avviso orale*, nei confronti di soggetti sospettati di essere implicati in attività criminali di impronta terroristica. Anche l'autorità giudiziaria (incardinata nelle sezioni per le misure di prevenzione dei distretti giudiziari) può applicarle quando si rende necessaria una *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza*.

In questi casi, a carico dei soggetti ritenuti socialmente pericolosi si può disporre di:

tenere un comportamento conforme alle leggi vigenti;

non dare adito a sospetti;

non associarsi a persone condannate per reati penali o soggette a misure di prevenzione;

non possedere o trasportare armi da fuoco;

non entrare in bar o night-club;

non prendere parte a riunioni pubbliche.

La violazione delle prescrizioni è punibile con la carcerazione.

Lo scopo delle misure di prevenzione è di integrare il sistema italiano del diritto penale. L'idea di base è che la tutela degli interessi fondamentali dello

---

<sup>10</sup> Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*».

<sup>11</sup> Decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, «*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*».

<sup>12</sup> LUKAS STAFFLER, *Politica criminale e contrasto al terrorismo internazionale alla luce del d.l. antiterrorismo del 2015*, in *Archivio penale*, 3, 2016, pp. 7-11.

<sup>13</sup> Art. 4 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, modificato dal Decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7.

Stato (come il mantenimento di un buon livello di sicurezza per contrastare potenziali minacce, incluse quelle provenienti dal terrorismo d'ispirazione religiosa) non può essere delegata esclusivamente alla funzione repressiva. La prevenzione di atti criminali di questo genere rappresenta un compito essenziale per lo Stato. Ciò implica un attivismo degli organi statali che precede la fase propriamente penalistica che, peraltro, le misure in questione vogliono evitare con un approccio eminentemente preventivo. Il diritto penale interviene invece dopo che sia stata accertata la commissione del reato, con tutto quello che ciò comporta sul piano delle garanzie processuali<sup>14</sup>.

Va segnalato, però, che nonostante il Codice penale non ne regoli formalmente il sistema, le prescrizioni e le sanzioni collegate alle misure di prevenzione non differiscono molto da quelle di carattere penalistico<sup>15</sup>. Detto con altre parole, la principale differenza tra le disposizioni penali e le misure di prevenzione consiste nel fatto che mentre queste ultime vengono applicate indipendentemente dalla commissione di reati, le prime vengono applicate per punire delitti. L'applicazione delle disposizioni penali è insomma successiva a indagini o a riscontri che rilevano comportamenti definiti dalla legge come crimini. Le misure di prevenzioni si muovono diversamente.

La loro applicazione è basata su un 'indizio di pericolosità' che la legge identifica come comportamento socialmente nocivo<sup>16</sup>. Le misure di prevenzione non possono tuttavia essere applicate se la pericolosità non è evidente e concreta poiché, in questo caso, non sussiste alcuna condotta che debba essere proibita o controllata. In sintesi, la necessità di impedire che alcuni soggetti possano commettere o supportare gravi reati giustifica l'adozione di prescrizioni *ante delictum*. Si tratta di misure che, per la stessa ragione, sono giustificate sotto il profilo costituzionale<sup>17</sup>. Lo Stato non può farne a meno, anche

---

<sup>14</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, *sent. 14 luglio 2016, n. 48001*.

<sup>15</sup> MARCO PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 3, 2016, [http://questionegiustizia.it/speciale/2016/1/contrasto-al-terrorismo-internazionale-e-il-diritto-penale-al-limite\\_10.php](http://questionegiustizia.it/speciale/2016/1/contrasto-al-terrorismo-internazionale-e-il-diritto-penale-al-limite_10.php) (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>16</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, *Sez. I pen., sent. 6 ottobre 2015, n. 47489*. Per questa decisione si veda CHIARA ROSSI, *Osservazioni a Cass. pen., 6 ottobre 2015, n. 47489*, in *Cass. pen.*, 6, 2016, pp. 24-70; STEFANO ZIRULIA, *Apologia dell'IS via internet e arresti domiciliari. Prime prove di tenuta del sistema penale rispetto alla nuova minaccia terroristica*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2015, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4356-apologia-dell-is-via-internet-e-arresti-domiciliari-prime-prove-di-tenuta-del-sistema-penale-rispet> (ultimo accesso 30 novembre 2018). Si veda anche CORTE DI CASSAZIONE, *sent. 20 luglio 2016, n. 31249*.

<sup>17</sup> VINCENZO MAIELLO, *La prevenzione ante delictum, lineamenti generali*, in FRANCESCO PALAZZO, CARLO ENRICO PALIERO, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 325; VINCENZO MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 2015, p. 1528; ANTONIO BALSAMO, *La prevenzione ante delictum*, in ROBERTO E. KOSTORIS, RENZO ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

se esse di fatto limitano le libertà fondamentali di persone che, sebbene non autrici di reati, hanno posto in essere comportamenti socialmente pericolosi<sup>18</sup>.

L'efficacia di questo approccio potrebbe essere pienamente apprezzata alla luce di fenomeni allarmanti, come quelli riguardanti le attuali forme di terrorismo. Allo stesso tempo, però, onde evitare che il sistema di prevenzione diventi uno strumento per legittimare indebite sopraffazioni da parte delle autorità statali, tali misure sollevano delicate questioni, soprattutto con riferimento al rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, pilastri portanti delle democrazie costituzionali<sup>19</sup>.

### 3. *Terrorismo di matrice religiosa e Islam*

Se si prendono in considerazione gli attentati terroristici commessi in Europa negli ultimi decenni, ci si rende conto dell'utilità di questo approccio, basato essenzialmente sulla prevenzione. Si tratta di un approccio che, come ha affermato la Corte costituzionale italiana, deve caratterizzare tutte le misure di sicurezza, soprattutto quando informate alla protezione dei beni e delle strutture fondamentali della democrazia costituzionale<sup>20</sup>. In particolare, la Corte ha definito la sicurezza come una situazione nella quale ai cittadini è garantito, per quanto possibile, l'esercizio pacifico dei diritti di libertà previsti dalla Costituzione:

«esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la 'sicurezza' riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito del-

---

<sup>18</sup> Cfr. CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Grand Chamber, De Tommaso v. Italy*, 23 febbraio 2017 (Istanza n. 43395/09); FRANCESCO VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana sulle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, pp. 370-382. Si veda anche Corte di cassazione, Sezioni unite, sent. 27 aprile 2017, n. 40076; FRANCESCO MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, pp. 127-174.

<sup>19</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Quest. giust.*, numero speciale, 2016, pp. 8-15. Cfr. MICHAEL IGNATIEFF, *The lesser evil: political ethics in an age of terror*, Princeton University Press, Princeton, 2004: «Costituzione democratica ... permettere la sospensione dei diritti in situazioni di emergenza», p. 2; BRUCE ACKERMAN, *The emergency Constitution*, in *The Yale law journal*, 5, 2004, pp. 1029-1091; WIM SMIT, *Security versus liberty? Ethical lesson from post-9/11 american counter-terrorist security politics*, in TED VAN BAARDA, DÉSIÉE VERWEIJ (ed.), *The moral dimension of asymmetrical warfare: counter-terrorism, democratic values and military ethics*, Brill, Leida, 2009, pp. 401-418; MARK TUSHNET, *Some reflections on method in comparative constitutional law*, in SUJIT CHOUDHRY (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 72-78.

<sup>20</sup> MICHAEL WALZER, *Just and unjust wars: a moral argument with historical illustrations*, Basic Books, New York, 2015, pp. 228-243; BEN SAUL, *Old and new terrorist threats: what form will they take and how will States respond?*, in *Legal studies research paper*, Settembre 2015, pp. 1-20.

la Costituzione dare alla parola 'sicurezza' il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'ordinato vivere civile', che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»<sup>21</sup>.

La base giuridica delle misure di prevenzione è determinata dalla necessità di garantire un ordinato e pacifico svolgimento delle relazioni sociali. Obiettivo, questo, perseguibile non solo attraverso una legislazione che punisca le azioni illecite, ma anche attraverso provvedimenti che siano finalizzati a prevenire l'esecuzione di atti criminali. In fondo, nel contesto dell'anti-terrorismo le misure di prevenzione costituiscono uno strumento attraverso il quale è possibile garantire il bene essenziale della sicurezza, presupposto per una più effettiva tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti<sup>22</sup>.

Tutto ciò trova conferma in un episodio verificatosi recentemente nel sud dell'Italia, dove le misure di prevenzione anti-terrorismo hanno riguardato un cittadino italiano. Egli è stato il destinatario di un provvedimento che prescriveva l'obbligo di soggiorno. Tale soggetto, infatti, è stato considerato persona pericolosa per la sicurezza nazionale e per l'ordine pubblico dello Stato a causa delle sue dichiarazioni *online* e di altre attività *offline* a favore di interpretazioni radicali del Corano. Inoltre, in conformità all'art. 8 del Codice antimafia, nel secondo semestre del 2017 sia il Tribunale<sup>23</sup> che la Corte d'appello di Bari<sup>24</sup>, facendo leva sulla possibilità di prescrivere "misure atipiche" ritagliate sul singolo caso, avevano disposto che il prevenuto seguisse uno specifico "programma di de-radicalizzazione". È importante osservare che questo programma è stato attuato con il supporto di alcuni istituti universitari<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> CORTE COSTITUZIONALE, *sent. 14 giugno 1956*, n. 2. Si veda anche CORTE COSTITUZIONALE, *sent. 5 maggio 1959*, n. 27 e CORTE COSTITUZIONALE, *sent. 5 maggio 1983*, n. 126.

<sup>22</sup> DONATELLA DI CESARE, *Terrore e modernità*, Einaudi, Torino, 2017, pp. 1-50; JAN ASSMANN, *Religione totale. Origini e forme dell'inasprimento puritano*, Lorenzo de' Medici Press, Firenze, 2017.

<sup>23</sup> TRIBUNALE DI BARI, *Decreto del 25 gennaio 2017*, n. 71. In relazione a questo Decreto si veda VERA VALENTE, *Misure di prevenzione e de-radicalizzazione religiosa alla prova della laicità (a margine di taluni provvedimenti del Tribunale di Bari)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoeChiese.it](http://www.statoeChiese.it)), 37, 2017.

<sup>24</sup> CORTE D'APPELLO DI BARI, *Decreto del 4 dicembre 2017*, che fa riferimento al Decreto emanato dal Tribunale di Bari del 25 gennaio 2017.

<sup>25</sup> Per quanto riguarda questo punto si veda GIOVANNI SALVI, *Conoscere il terrorismo jihadista, strumenti e tecniche di indagine*, in *Quest. giust.* 2016, consultabile all'indirizzo: [http://questionegiustizia.it/articolo/conoscere-il-terrorismo-jihadista\\_strumenti-e-tecniche-di-indagine\\_23-03-2016.php](http://questionegiustizia.it/articolo/conoscere-il-terrorismo-jihadista_strumenti-e-tecniche-di-indagine_23-03-2016.php) (ultimo accesso 30 novembre 2018).

Ritengo che esso sia stato utile non solo per il prevenuto, ma anche per gli operatori coinvolti nel programma. In particolare, questi ultimi sono stati in grado di meglio comprendere importanti aspetti riguardanti il collegamento tra il processo di radicalizzazione e la religione islamica; ch  rappresenta il primo fondamentale passo per migliorare la comprensione dell'estremismo islamista o del terrorismo di ispirazione religiosa<sup>26</sup>. Il che porta a sua volta a evidenziare elementi di particolare complessit , non sempre analizzati con la dovuta attenzione e seriet , soprattutto quando riportati dai principali mezzi di comunicazione di massa<sup>27</sup>.

### 3.1. Ideologia basata sull'intolleranza

Si ritiene che il terrorismo d'ispirazione religiosa sia strettamente collegato a una confessione. Il fatto   che, per quanto riguarda il c.d. terrorismo jihadista, le motivazioni religiose vengono costantemente utilizzate in combinazione con altri fattori. Anzi, nella maggior parte dei casi questi fattori esercitano un peso molto pi  preponderante di quello afferente alla religione<sup>28</sup>. Le dinamiche attraverso le quali   nato e si   costituito l'ISIS pu  contribuire a chiarire questo aspetto.

Com'  noto, tali dinamiche sono strettamente collegate alla situazione geo-politica dei Paesi MENA (Medio Oriente e Nord Africa) dopo la Guerra del Golfo e dopo la pi  recente Primavera araba. Si tratta di fenomeni che, per un verso (la Guerra del Golfo), hanno gettato nel disordine l'Iraq e, per l'altro (la Primavera araba), hanno provocato grandi movimenti di ribellione. Ne sono derivate proteste e scontri di pi  ampie dimensioni, che hanno coinvolto contestualmente il governo di Nouri al-Maliki (in Iraq) e il regime di Bashar al-Assad (in Siria).

In entrambi i casi l'ISIS ha efficacemente sfruttato uno stato di profonda crisi, approfittando delle tensioni religiose ovvero fornendo risposte violen-

---

<sup>26</sup> ALESSANDRO ORSINI, *L'Isis in Europa. Un'analisi comparata delle stragi jihadiste*, in *Rivista di politica*, 3, 2017, pp. 157-175.

<sup>27</sup> COMMISSIONE EUROPEA, IMMIGRAZIONE E AFFARI INTERNI, GRUPPO DI ESPERTI DELLA COMMISSIONE SULLA RADICALIZZAZIONE, *Final report* (18 maggio 2018), in [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20180613\\_final-report-radicalisation.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20180613_final-report-radicalisation.pdf) (ultimo accesso 30 novembre 2018); GREGG S. HEATHER, *Defining and distinguishing secular and religious terrorism*, in *Perspectives on terrorism*, 8, 2014, pp. 1-16; Consiglio dell'Unione europea, *Revised EU strategy for combating radicalisation and recruitment to terrorism*, 19 maggio 2014, in <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9956-2014-INIT/en/pdf> (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>28</sup> ROBERT A. PAPE, *Dying to win: the strategic logic of suicide terrorism*, New York, 2005, 79-170.

temente insensate a problemi di natura politica e sociale di grande portata<sup>29</sup>. Ciò spiega anche l'acuirsi di antiche divergenze e dissidi propri del mondo arabo-musulmano, a cominciare dalla storica divisione tra sciiti e sunniti, cui si è congiunto il mai assopito risentimento nei confronti dell'Occidente colonialista<sup>30</sup>.

Allo stesso tempo, sulla scorta dell'attività di marketing condotta da Al-Qaida dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, con l'aiuto della rete informatica e del *cyber jhiadismo*, anche l'ISIS ha cercato di espandere la sua sfera di influenza in Europa e in Occidente, trovando nuovi seguaci in queste aree geografiche. E lo ha fatto mediante messaggi ornati da concetti religiosi tanto rozzi quanto deliranti, nondimeno capaci di attirare un'ampia gamma di persone. Essi si basano su letture di precetti religiosi a tendenza radicale, che si rivolgono essenzialmente a persone affette da un profondo malessere sociale e un acuto disagio psicologico. L'obiettivo principale è incrementare il numero dei membri dell'organizzazione, incoraggiandoli a eseguire azioni violente e attacchi indiscriminati.

In ciò l'ISIS semplifica le interpretazioni del Testo sacro, il Corano, e i relativi riferimenti storici<sup>31</sup>. Rinvia alla plurisecolare tradizione musulmana al fine di inventare dal nulla una ideologia terrificante, che si rinnova costantemente attraverso una flessibile, duttile e malleabile attività di propaganda. In questo modo, l'ideologia terroristica si conforma rapidamente alle situazioni politiche e sociali in continua trasformazione, adattando il suo contenuto ai vari contesti (*online* ed *offline*) di riferimento. Ma senza per questo rinunciare ai tradizionali riferimenti di carattere storico e teologico. Le riviste *Dābiq* e *Rumiyah* o i video che *Daesh* ha pubblicato sin dalla sua fondazione costituiscono alcuni dei migliori esempi di quanto si va qui affermando<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> ASMA AFSARUDDIN, *The «Islamic State»: genealogy, facts and myths*, 2006, 1, in *Journal of Church and State*, 2006.

<sup>30</sup> TARIQ RAMADAN, *Islam, the west and the challenges of modernity*, Kube publishing, Leicestershire, 2009; ANDREW F. MARCH, *Islam and liberal citizenship. The search for an overlapping consensus*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 97-164; K. DALACOURA, *Islam, liberalism and human rights*, London, 2007, 39-75; KAI HAFEZ, *Islam in liberal Europe. freedom, equality, and intolerance*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2014, pp. 13-108; JOSEPH A. MASSAD, *Islam in liberalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2015, pp. 14-109; ABDYOU FILALI-ANSARY, *L'Islam est-il hostile à la laïcité?*, Actes Sud, Casablanca, 1997.

<sup>31</sup> Cfr. OLIVIER ROY, *Le djihad et la mort*, Seuil, Paris, 2016; ANDRÉ GLUCKSMANN, *Dostoïevski à Manhattan*, Liberal libri, Paris, 2002; JOHN KEEGAN, *Why the new terrorism threatens all of humanity*, in *The Telegraph*, 25 ottobre 2001.

<sup>32</sup> Si vedano i numeri della rivista *Dābiq* (ad esempio <http://jihadology.net/category/dabiq-magazine/> – ultimo accesso 1 dicembre 2018) e *Rumiyah* (ad esempio <https://qb5cc3pam3y2ad0tm1zruhho-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/Rumiyah-9.pdf> – ultimo accesso 1 dicembre 2018). Per il modo in cui *Daesh* usa le parole «radicale» e «radicalizzazione», si veda l'articolo

Solo in tal senso il terrorismo islamista può essere definito d'ispirazione religiosa<sup>33</sup>. I gruppi estremisti radicalizzano il significato dei precetti religiosi in modo da intercettare i bisogni e il rancore di determinati individui. Va sottolineato che queste interpretazioni sono molto facili da comprendere. Come tali, esse non richiedono particolari sforzi intellettuali, soprattutto quando occorre aizzare i seguaci a passare dalle parole ai fatti, trasformando i precetti in azioni criminali d'inusitata violenza.

Si prenda, ad esempio, le differenze religiose e culturali che attualmente caratterizzano la società, un problema che al radicalismo islamista appare di facile risoluzione: chiunque la pensa diversamente deve essere considerato un nemico del vero Islam e, come tale, deve essere eliminato. I terroristi citano gli insegnamenti musulmani affermando che la violenza è assolutamente necessaria per la difesa della vera fede. Predicano una purezza assoluta e presentano una visione messianica della guerra santa (definita impropriamente come *jihad*) basata sull'intolleranza e il disprezzo dei diversamente credenti e dei non credenti (atei e agnostici). Dal loro punto di vista, questa è l'unica maniera per servire Dio e i suoi scopi divini, vale a dire l'unica maniera per essere ricompensati sulla terra, non solo in cielo dopo la morte.

Tali forme di terrorismo possono essere individuate in Europa non soltanto tra i giovani musulmani e gli immigrati di seconda generazione. Studi approfonditi hanno infatti dimostrato che non esiste una figura-tipo di *foreign fighter* o di terrorista jihadista<sup>34</sup>.

### 3.2. Interpretazioni radicali

Va comunque chiarito che soltanto una piccola parte della popolazione musulmana può essere identificata con le frange radicali e violente. Al punto che proprio i musulmani sono le vittime più frequenti del terrore islamista<sup>35</sup>. Ciò

---

pubblicato sul numero 1 della rivista *Rumiyah, The religion of Islam and the Jama'ah of the muslims*, pp. 4-8, in <https://clarionproject.org/factsheets-files/Rumiyah-ISIS-Magazine-1st-issue.pdf> (ultimo accesso 1 dicembre 2018).

<sup>33</sup> ABU BAKR NAJI, *The management of savagery: the most critical stage through which the Umma will pass*, tradotto dall'arabo all'inglese da WILLIAM MCCANTS, JOHN M. OLIN, Istituto di Studi Strategici, Università di Harvard, 23 maggio 2006, reperibile in <https://azelin.files.wordpress.com/2010/08/abu-bakr-naji-the-management-of-savagery-the-most-critical-stage-through-which-the-umma-will-pass.pdf> (ultimo accesso 1 dicembre 2018).

<sup>34</sup> FRANCESCO ALICINO, *Lo Stato laico costituzionale di diritto di fronte all'emergenza del terrorismo islamista*, 2, 2018, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)).

<sup>35</sup> ALI KHAN, *Commentary on the Constitution of Medina*, in HISHAM M. RAMADAN (ed.), *Understanding islamic law: from classical to contemporary*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham,

avviene perché la tendenza a semplificare il significato dei precetti religiosi porta i gruppi estremisti a non fare distinzioni tra musulmani e non musulmani<sup>36</sup>. Il che, d'altro canto, rivela ulteriori caratteristiche di questa forma di terrorismo. La loro ideologia è sì rozza e grossolana da creare dal nulla un ingente numero di nemici i quali, secondo questa logica, sono considerati come agenti patogeni che, come tali, devono essere eliminati con qualsiasi mezzo a disposizione<sup>37</sup>. Lo scopo del terrorismo d'ispirazione religiosa è quello di purificare il mondo dagli influssi negativi che corrompono la 'vera credenza'.

Ma non tutte le interpretazioni radicali sono pericolose. Al fine di comprendere in profondità questo tipo di terrorismo, l'attenzione deve focalizzarsi sul radicalismo violento, che persegue scopi tanto generici quanto brutali: uccidere tutti gli infedeli, intimidire la popolazione, destabilizzare o distruggere le fondamentali strutture politiche e sociali di un Paese, creare un clima di terrore<sup>38</sup>.

In tal senso, il radicalismo è spesso associato al fondamentalismo violento che, a sua volta, è basato sui precetti del Testo sacro, così come interpretati dai vari gestori della brutalità (Ayman al-Zawahiri, Osama bin Laden, Abu Mus'ab al-Zarqawi, Abu Bakr al-Baghdadi, per citare i più famosi)<sup>39</sup>. La loro interpretazione è divulgata via Internet e attraverso altri mezzi di comunicazione, mentre si organizzano, supportano o semplicemente si incitano i seguaci all'esecuzione di attentati. A essere presi di mira sono luoghi frequentati da civili indifesi, che possono essere uccisi facilmente senza particolari sforzi logistici e importanti risorse finanziarie<sup>40</sup>.

---

2006, pp. 205-209; MICHAEL LECKER, *Constitution of Medina. Muhammad's first legal document*, The Darwin Press, Princeton, 2004; ANVER EMON, *Reflections on the «Constitution of Medina»: an essay on methodology and ideology in islamic legal history*, in *UCLA – Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 1, 2001, pp. 103-133; ROBERT B. SERGEANT, *The Constitution of Medina*, in *Islamic Quarterly*, 8-9, 1964-1965, pp. 3-16.

<sup>36</sup> PRYANGI AGARWAL, *70, 000 clerics issue fatwa against terrorism, 15 lakh muslims support it*, 9 dicembre, in *The Times of India*, 2015. Si veda anche ANDREW WHEATCROFT, *Infidels. A history of the conflict between Christendom and Islam*, Penguin, London, 2004.

<sup>37</sup> ROBERT A. PAPE – JAMES K. FELDMAN, *Cutting the fuse: the explosion of global suicide terrorism and how to stop it*, Chicago University Press, Chicago, 2010, pp. 19-43.

<sup>38</sup> HAKIM KHATIB, *Radicalisation between prevention and instrumentalisation of religion*, 2017, in *Mashreq Politics and Culture Journal* – <http://mpc-journal.org/blog/2017/02/21/radicalisation-between-prevention-and-instrumentalisation-of-religion/> (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>39</sup> Ufficio ricerche del Parlamento europeo, *Religious fundamentalism and radicalisation*, in <http://www.europarl.europa.eu/EPRS/EPRS-briefing-551342-Religious-fundamentalism-and-radicalisation-FINAL.pdf>, marzo 2015 (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>40</sup> Cfr. anche *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla prevenzione della diffusione di contenuti terroristici online. Contributo della Commissione europea alla riunione dei leader, riunitisi a Salisburgo il 19-20 settembre 2018* (COM(2018) 640 final –

Le interpretazioni dei precetti religiosi hanno carattere violento e radicale perché non tollerano alcuna divergenza di opinione o compromesso. Non lasciando spazio ad alcun dubbio o incertezza. Il che spiega anche l'importanza di un'azione di contrasto che le forze di polizia e le autorità statali devono condurre con un approccio necessariamente preventivo. Nel nome della sicurezza, occorre prevenire le azioni terroristiche concentrandosi sui suoi elementi più imprevedibili e pericolosi (come i *foreign fighter* e i lupi solitari). Il che implica l'individuazione dei luoghi e dei contesti umani in cui la radicalizzazione violenta più facilmente attecchisce e si sviluppa<sup>41</sup>.

#### 4. Comportamenti imprevedibili

La forma di terrorismo d'ispirazione religiosa è estremamente pericolosa e difficile da sconfiggere. Ciò è anche dovuto al fatto che non esiste un idealtipo di terrorista. Il che è ancora più evidente per quanto riguarda i lupi solitari, che sono dei militanti attivi, terroristi in attesa di entrare in azione<sup>42</sup>. Per questi

---

2018/0331 (COD)). Si vedano anche: *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme online e il mercato unico digitale* (2016/2276(INI)); *Raccomandazione della Commissione del marzo 2018 sulle misure per contrastare efficacemente il materiale divulgato illegalmente online* (C(2018) 1177 final).

<sup>41</sup> La prima ovvia risposta è che la propaganda è essenziale per legittimare le idee degli estremisti. Oltre a sostenere le azioni terroristiche, questa propaganda serve anche per costruire una sorta di identità e solidarietà ispirate al terrorismo. Anche la radicalizzazione nelle scuole è stata per decenni motivo di preoccupazione. È noto che alcuni predicatori ed organizzazioni estremiste hanno fatto propaganda presso specifiche università, alla presenza di un ingente numero di studenti musulmani. Come molti sanno, gli estremisti considerano le moschee come un luogo ideale per il reclutamento. Per questa ragione, è importante creare alcuni strumenti giuridici per mezzo dei quali le moschee ufficiali e riconosciute siano separate da quelle non ufficiali e clandestine. In questa maniera, le moschee ufficiali, che non vengono etichettate come spazi clandestini, possono aiutare le autorità pubbliche a prevenire la radicalizzazione focalizzando l'attenzione su alcuni potenziali terroristi. Anche il carcere rappresenta un terreno fertile per la radicalizzazione. In questo senso, è importante garantire che gli Imam nelle carceri siano controllati attentamente e siano in grado di insegnare i precetti dell'Islam moderato, offrendo ideali alternativi alle idee estremistiche, spesso acquisite prima dell'ingresso in prigione. Si veda anche: GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, COMITÉ INTERMINISTÉRIEL DE PRÉVENTION DE LA DÉLINQUANCE ET DE LA RADICALISATION (CIPDR), *Radicalisation: les cinq grands axes du plan «Prévenir pour protéger»* (23 febbraio 2018), in <https://www.gouvernement.fr/radicalisation-les-cinq-grands-axes-du-plan-prevenir-pour-protéger> (ultimo accesso 30 novembre 2018); KAWSER AHMED, PATRICK BELANGER, SUSAN SZMANIA, *Community-focused counter-radicalization and counter-terrorism projects: experiences and lessons learned*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2018; MARK S. HAMM, *The spectacular few: prisoner radicalization and the evolving terrorist threat*, NYU Press, New York, 2013; DANIELA MILANI, ALESSANDRO NEGRI, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la prevenzione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena*, 23, 2018, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)).

<sup>42</sup> ANTOINE GARAPON, MICHEL ROSENFELD, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, PUF, Paris, 2016.

motivi, la loro attività è connotata da una estrema imprevedibilità: utilizzano multiformi stratagemmi, facendo leva innanzitutto sull'effetto sorpresa e sulle molteplici possibilità che la cultura giuridica occidentale mette loro a disposizione attraverso le libertà democratiche; libertà che, ad esempio, portano quotidianamente milioni di persone a utilizzare i mezzi di trasporto (come aerei e treni) affollando luoghi pubblici più o meno celebri (piazze, ponti, luoghi di culto, monumenti). E anche in questo caso l'esperienza italiana può contribuire a meglio comprendere il livello di pericolo e di minaccia che devono affrontare tutti coloro che sono impegnati a contrastare e soprattutto a prevenire il terrore islamista<sup>43</sup>.

Ciò è dovuto anche al fatto che, a partire dalla prima metà degli anni '90 del secolo scorso, l'Italia è stata la base logistica per diversi gruppi terroristici. Inoltre, il territorio italiano rappresenta un obiettivo simbolico per tali gruppi. Roma, in particolare, ha un grande valore iconico, essendo la culla della religione cristiana nonché uno dei simboli più famosi della civiltà occidentale. Nella propaganda islamista la Capitale è stata spesso menzionata fra gli obiettivi più importanti, come testimoniano vari articoli pubblicati sulla rivista dell'ISIS *Rumiyah* (che peraltro in arabo sta proprio a indicare Roma, anche se in questo caso si fa riferimento all'antica Costantinopoli)<sup>44</sup>. Si aggiunga che il Governo italiano ha svolto un ruolo attivo in vari conflitti verificatisi nell'area MENA, dalla Libia all'Afghanistan<sup>45</sup>.

Pertanto, anche se i livelli di radicalizzazione interna sono piuttosto bassi rispetto alla maggior parte dei Paesi europei, in Italia la minaccia terroristica rimane attuale e concreta. Ciò non è solo dovuto al fatto che l'Italia è sempre stata uno dei maggiori obiettivi degli islamisti, ma anche a causa della presenza sul territorio nazionale di soggetti che si sono radicalizzati o, comunque, si sono avvicinati agli ambienti radicali islamisti<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> ROBERTO MAZZOLA, «Stato d'urgenza», «ragion di stato» e fattore religioso, in ROBERTO MARTINO, FRANCESCO ALCICINO, ANTONIO BARONE (eds.), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 15-44.

<sup>44</sup> PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – SISTEMA DI INFORMAZIONE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA, *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza 2017*, 20 febbraio 2018, in <http://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2018/02/Relazione-2017.pdf>. (ultimo accesso 1 dicembre 2018).

<sup>45</sup> LORENZO VIDINO, FRANCESCO MARONE, EVA ENTENMANN, *Fear thy neighbor. Radicalization and jihadist attacks in the west*, Ledizioni, Milano, 2017, [https://www.ispionline.it/sites/default/files/pubblicazioni/radicalization\\_web.pdf](https://www.ispionline.it/sites/default/files/pubblicazioni/radicalization_web.pdf) (ultimo accesso 1 dicembre 2018).

<sup>46</sup> PETER R. NEUMANN, RAJAN BASRA, *The crime-terror nexus in Italy and Malta*, Febbraio 2018, in [https://crimeterrornexus.com/wp-content/uploads/2018/02/Crime-Terror-Nexus-Italy\\_eng\\_web.pdf](https://crimeterrornexus.com/wp-content/uploads/2018/02/Crime-Terror-Nexus-Italy_eng_web.pdf). (ultimo accesso 1 dicembre 2018); FRANCESCO MARONE, *The Italian way of counterterrorism: from a consolidated experience to an integrated approach*, in SCOTT NICHOLAS ROMANIUK ET AL. (eds.), *The*

Come ho già affermato, l'Italia ha una sua storia di lotta al terrorismo interno e alla criminalità organizzata, dalla quale derivano alcuni validi strumenti legislativi e ottime capacità investigative. Tuttavia, in relazione alla specifica minaccia proveniente dal terrorismo di ispirazione religiosa, negli ultimi decenni le autorità italiane hanno ampliato la loro capacità elaborando nuovi e sofisticati dispositivi, come quelli che sottolineano l'importanza di un efficace scambio di informazioni e un alto livello di coordinamento tra le forze dell'ordine. Il miglior esempio è in tal senso rappresentato dal coordinamento interforze, che costituisce la principale caratteristica del Comitato di Analisi Strategica Antiterrorismo (CASA)<sup>47</sup>.

Il CASA è stato costituito nel 2004 nell'ambito del Ministero dell'interno con il compito di organizzare e valutare i dati riguardanti le minacce interne e internazionali e al fine di coordinare le attività di prevenzione. Si tratta di un organismo flessibile ed efficiente, formato da rappresentanti di alto livello delle forze di polizia e dei servizi di intelligence. I suoi membri si incontrano regolarmente almeno una volta alla settimana per condividere le informazioni, elaborare piani di azione e coordinare le varie operazioni.

Per quanto riguarda la radicalizzazione è interessante notare che, facendo leva sul sistema di prevenzione, nell'estate del 2017 un parlamentare italiano, Stefano Dambroso, presenta un progetto di legge riguardante, nello specifico, "le misure per la prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo jihadista"<sup>48</sup>. Il Senato italiano lo approva, ma il documento si arena definitivamente nella Camera dei Deputati in limine della XVII legislatura. Il progetto di legge non entrerà mai in vigore. Questo fatto, a mio parere, può essere considerato come una marcia indietro nella lotta alla radicalizzazione. Come ho già spiegato, misure di questo genere sono estremamente necessarie per poter rafforzare la strategia finalizzata a contrastare le minacce provenienti dalle attuali forme di terrorismo di ispirazione religiosa.

---

*Palgrave Handbook of Global Counterterrorism Policy*, Palgrave Macmillan, London, 2017, pp. 479-494.

<sup>47</sup> FRANCESCO MARONE, *Jihadist radicalization and terrorism in Italy: a happy exception?*, 2018, in *European Eye on Radicalization* – <https://eeradicalization.com/jihadist-radicalization-and-terrorism-in-italy-a-happy-exception/> (ultimo accesso 30 novembre 2018); FRANCESCO MARONE, *The use of deportation in counter-terrorism: insights from the italian case*, 2017, in *ICCT – The Hague* – <https://icct.nl/publication/the-use-of-deportation-in-counter-terrorism-insights-from-the-italian-case/> (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>48</sup> Cfr. Atto Senato n. 2883, XVII Legislatura, *Misure per la prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo violento di matrice jihadista*, 26 Ottobre 2017, in <http://www.senato.it/versionestampa/stampa.jsp?url=/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/48213.htm&thispage> (ultimo accesso 30 novembre 2018).

## 5. Conclusioni

Negli ultimi decenni, e specialmente dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, sul territorio europeo sono state registrate molte vittime a causa di attentati terroristici<sup>49</sup>. L'Unione europea e i suoi Stati membri hanno intensificato gli sforzi per contrastare questa minaccia. Il loro scopo è di rafforzare le politiche comuni e creare efficaci strumenti transnazionali in grado di contrastare, e soprattutto prevenire, l'attività terroristica. Ma tutto questo implica una conoscenza più approfondita del fenomeno.

È difficile capire e definire il terrorismo di ispirazione religiosa, anche perché si tratta di un fenomeno in rapida trasformazione, di grande complessità e dai contorni incerti. Esso viene considerato come una minaccia sempre attuale e pericolosamente concreta, spesso associata a nuovi allarmanti scenari, come quelli in cui proliferano i lupi solitari, i terroristi di seconda generazione e i *foreign fighters*. Anche in questo caso, l'esperienza italiana può risultare particolarmente significativa. Può, ad esempio, sottolineare l'importanza delle informazioni e della loro gestione<sup>50</sup>. A tal fine, le informazioni devono essere condivise tra le autorità competenti, non solo a livello nazionale, ma anche e soprattutto a livello internazionale. Il che rileva innanzitutto per l'area dell'UE.

Ad esempio, collaborando con le aziende di servizi Internet, l'Unione europea può contrastare la propaganda *online* divulgata dai terroristi e combattere la radicalizzazione, presupposto essenziale per arginare l'opera di reclutamento da parte degli islamisti nelle scuole, nelle prigioni e nelle moschee, soprattutto quelle clandestine e non riconosciute dagli Stati. Al fine di evitare che i terroristi si spostino liberamente in tutta Europa, le istituzioni dell'UE possono poi migliorare la gestione delle banche dati sulle persone ricercate, mediante anche il rafforzamento del Sistema di Informazione Schengen (SIS); il che potrebbe fornire adeguata assistenza alle forze di polizia nazionali, nonché ai giudici e ai pubblici ministeri di tutti gli Stati membri. In questo modo, l'UE può facilitare le indagini prevenendo la commissione di gravi reati, anche attraverso un migliore coordinamento delle azioni poste in

---

<sup>49</sup> EUROPOL, *European Union terrorism situation and trend report*, 2017, in <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/2017-eu-terrorism-report-142-failed-foiled-and-completed-attacks-1002-arrests-and-142-victims-died>.

<sup>50</sup> THERRY BALZACQ, SARAH LÉONARD, *Information-sharing and the EU counter-terrorism policy: a «securitisation tool» approach*, in CHRISTIAN KAUNERT, SARAH LÉONARD (eds.), *European security, terrorism and intelligence. Tackling new security challenges in Europe*, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire- New York, 2013, pp. 127-142.

essere dalle autorità nazionali<sup>51</sup>.

I leader europei dovrebbero anche comprendere l'importanza di contrastare i gruppi politici promotori dell'ideologia nazionalista e xenofoba, i quali, in molti Stati, stanno tentando di consolidare il loro successo elettorale fornendo false o fuorvianti informazioni circa il legame fra il terrorismo e l'Islam. Alcuni di essi, ad esempio, affermano senza esitazioni che tutti i musulmani sono potenziali terroristi, oppure che esiste un innegabile collegamento tra la questione degli immigrati e la lotta all'estremismo violento di ispirazione religiosa. Paradossalmente, tutto ciò riflette il pensiero e l'obiettivo della stragrande maggioranza dei gruppi terroristici, che cercano disperatamente di arruolare alla loro causa tutti i fedeli musulmani: trasformarli in terroristi in servizio effettivo e permanente è il sogno più ambito degli islamisti. Il che trova modo di affermarsi anche mediante l'exasperazione del fenomeno migratorio, elevato nella percezione della popolazione a fonte di tutti i problemi sociali, economici e di ordine pubblico<sup>52</sup>.

Non tenere conto di questi fattori (interni ed esterni a uno Stato) porta inevitabilmente a diminuire in modo significativo la possibilità di offrire un'alternativa valida alla propaganda nazionalista e xenofoba. Un pericolo, questo, ancora più evidente alla luce di una situazione socio-economica caratterizzata da alti indici di incertezza e instabilità. Ciò che, d'altro canto, si riflette in uno scenario nel quale le varie forme di terrore, nonché le politiche ispirate alla paura, trovano modo di dare sfogo alle loro principali aspirazioni, alimentando uno sgomento collettivo destinato a durare nel tempo.

#### RIASSUNTO

Sotto l'aspetto legale, la definizione di terrorismo evidenzia la difficoltà degli operatori giuridici e delle forze di polizia di comprendere il legame reale e concreto che sussiste fra le attuali forme di terrorismo e la religione. Lo stesso avviene con la nozione di radicalizzazione, che le istituzioni europee e gli Stati membri non riescono a definire con precisione. Questa difficoltà si acuisce alla luce del terrorismo islamista e dei processi di radicalizzazione religiosa, le loro affinità (presunte o reali) con la religione musulmana. Con il presente lavoro, l'Autore affronta questa delicata quanto strategica tematica, foca-

---

<sup>51</sup> Cfr. DIREZIONE GENERALE PER LE POLITICHE INTERNE DEL PARLAMENTO EUROPEO, *The European union's policies on counter-terrorism. Relevance, coherence and effectiveness*, 2017, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL\\_STU\(2017\)583124\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU(2017)583124_EN.pdf) (ultimo accesso 30 novembre 2018).

<sup>52</sup> IMMIGRAZIONE E AFFARI INTERNI DELLA COMMISSIONE EUROPEA, *Crisis & Terrorism*, giugno 2018, in [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/crisis-and-terrorism\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/crisis-and-terrorism_en) (ultimo accesso 30 novembre 2018).

lizzando l'attenzione sull'esperienza italiana che – considerata anche la lunga storia italiana di lotta al terrorismo di destra e di sinistra e alle complesse e multiformi organizzazioni criminali – rappresenta uno dei più interessanti casi di studio in Europa e in Occidente.

PAROLE CHIAVE

*Islam, radicalizzazione; terrorismo*

ABSTRACT

From a legal point of view, the issue of defining terrorism is particularly controversial and, to date, no generally accepted definition exists. For example, many legal documents normally define terrorist acts in a quasi-pleonastic way, saying that they are committed with a specific terrorist aim. This is even more evident in relation to the religion-inspired terrorism, which underlines the fact that we barely know the real-concrete relationship between the existing forms of terrorism and religion, namely Islam. The same can be said about the notion of religion-inspired radicalization, which the European institutions and the Member States unsuccessfully attempt to define. The article tries to address this issue, focusing the attention on the Italian case, also taking into account the Country's experience in combatting domestic terrorism and organized crimes. That is the reason why Italy's experience represents one of the most interesting cases in Europe and in the West.

KEY WORDS

*Islam; radicalization; terrorism*

# *Segreto confessionale e derive giurisdizionaliste nel rapporto della Royal Commission australiana*

MATTEO CARNÌ

SOMMARIO: 1. *Un neo-giurisdizionalismo?* – 2. *Il sigillo sacramentale nel rapporto finale della Royal Commission* – 3. *La sorte del sigillo sacramentale in alcuni provvedimenti normativi circa l'obbligo di denuncia degli abusi sessuali su minori* – 4. *Segreto professionale, sigillo sacramentale e obbligo di denuncia tra ius conditum e ius condendum* – 5. *Il segreto confessionale tra libertas Ecclesiae e libertà religiosa*

## *1. Un neo-giurisdizionalismo ?*

La triste e nota vicenda degli abusi sessuali sui minori in Australia ha portato all'insediamento di una commissione reale per offrire risposte istituzionali alle predette violenze<sup>1</sup>.

Il lavoro della *Royal Commission* – protrattosi per cinque anni (dal 2013 al 2017) – ha passato al setaccio istituzioni religiose, scuole, associazioni sportive e ricreative, enti di assistenza domiciliare e strutture detentive, facendo emergere un quadro squallido e desolante che è stato fedelmente riprodotto nel rapporto finale del 31 dicembre 2017. Gran parte del XVI volume del predetto rapporto è dedicato alla posizione ed alle responsabilità della Chiesa cattolica nella storia degli abusi sui minori in Australia<sup>2</sup>.

Sintomatiche di tale imbarazzante vicenda sono le odissee giudiziarie dell'arcivescovo Philip Wilson (condannato a un anno di reclusione per non aver denunciato gli abusi sessuali commessi da un presbitero, e poi assolto in

---

<sup>\*</sup> Il presente contributo riproduce, con integrazioni e note, il testo della relazione tenuta al convegno *Il segreto dei ministri di culto tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, Università degli Studi di Macerata, 4 marzo 2019.

<sup>1</sup> *Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse* (in seguito sarà indicata con la sigla RC).

L'ingente mole di documenti prodotti dalla RC è consultabile sul sito <https://www.childabuse-royalcommission.gov.au>.

<sup>2</sup> RC, Final report, *Religious institutions*, vol. 16, book 2, Part D, 13 *Catholic Church*.

appello) e del cardinale George Pell (condannato in primo grado per aggressione sessuale a due minori all'epoca in cui era vescovo ausiliare di Melbourne).

Dal corposo documento, al quale si aggiunge la lunga serie di raccomandazioni rivolte alla Conferenza episcopale australiana, scaturisce una dura critica alla Chiesa cattolica che solleva numerosi nodi problematici sia a livello intra-ecclesiale che a livello di rapporti tra Stato e Chiesa.

Dalla lettura delle raccomandazioni rivolte sembra emergere – a prima vista – una singolare forma di ingerenza del governo australiano negli affari interni della Chiesa cattolica.

Sembra cioè di rivedere alcuni rigurgiti di quel giurisdizionalismo che imperversò in Europa dal 1500 fino a lambire il XX secolo<sup>3</sup>.

Come noto, il sovrano interveniva direttamente nella vita e nell'organizzazione interna della Chiesa, riformando i costumi del clero e dei religiosi, o rivendicando competenze circa la nomina o le scelte degli ecclesiastici<sup>4</sup>.

La lunga serie di *iura maiestatica circa sacra* consentiva al sovrano di intromettersi nel più intimo nucleo della Chiesa cattolica e, *servatis servandis*, molto simile risulta essere di primo acchito il quadro oggi emergente dalle raccomandazioni della *Royal Commission*.

Si pensi alla raccomandazione 16.7 secondo cui «la Conferenza episcopale australiana dovrebbe condurre una revisione nazionale del sistema di governo e delle strutture di gestione delle diocesi e delle parrocchie, anche in relazione a questioni di trasparenza, responsabilità, consultazione e partecipazione di laici e donne. Questa revisione dovrebbe attingere agli approcci al governo della sanità, dei servizi comunitari e delle agenzie educative della Chiesa cattolica».

In tema di nomine episcopali la raccomandazione 16.8 afferma che «nell'interesse della sicurezza dei bambini e di migliori risposte istituzionali alla violenza sessuale su minori, la Conferenza episcopale australiana dovrebbe chiedere che la Santa Sede: a) pubblichi criteri per la scelta dei vescovi, anche in relazione alla promozione della sicurezza sui minori; b) stabilisca un processo trasparente per la nomina dei vescovi che comprenda la partecipa-

---

<sup>3</sup> Sul giurisdizionalismo in generale cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 185-190; CARLO FANTAPPIÈ, *Giurisdizionalismo. Dalla classificazione dogmatica alla nozione storico-politica*, in DANIELE EDIGATI, LORENZO TANZINI (a cura di), *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani. Premesse, ricerche, discussioni*, Aracne, Roma, 2015, pp. 305-322.

<sup>4</sup> Cfr. CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, IV. ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 69-71.

zione diretta dei laici»<sup>5</sup>.

Senza creare anacronistici e inopportuni parallelismi, si può parlare di una logica neo-giurisdizionalista alla base delle predette raccomandazioni<sup>6</sup>?

Considerare con attenzione le ragioni della reazione degli Stati alla piaga della pedofilia nella Chiesa cattolica porta sicuramente a ridimensionare ogni valutazione in termini strettamente negativi delle attuali ingerenze statuali su persone e istituzioni ecclesiastiche<sup>7</sup>.

Proprio l'incapacità della gerarchia cattolica di arginare un fenomeno divenuto mondiale, che soprattutto negli Stati Uniti d'America, nel Cile, in Irlanda, in Germania e nella stessa Australia ha avuto una capillare diffusione, ha costretto gli Stati ad intervenire in via legislativa e giudiziaria, contribuendo positivamente al miglioramento dei costumi ecclesiastici e spronando la Chiesa a intraprendere scelte coraggiose verso la guarigione ed il rinnovamento.

Considerare *in toto* le raccomandazioni alla Chiesa cattolica come una delle tante manifestazioni in cui può incarnarsi la politica neo-giurisdizionalista di uno Stato, non contribuirebbe, pertanto, ad offrire una lettura obiettiva del faticoso lavoro svolto dalla *Royal Commission*.

Si tratta infatti di raccomandazioni eterogenee in cui si rinvergono finalità e toni diversi in base alla materia trattata.

Nelle raccomandazioni sul sistema di governo di diocesi e parrocchie e

---

<sup>5</sup> RC, *Final report recommendations*, vol. 16, *Religious institutions recommendations*, Recommendations to the Catholic Church, Recommendation 16.7: «*The Australian Catholic Bishops Conference should conduct a national review of the governance and management structures of dioceses and parishes, including in relation to issues of transparency, accountability, consultation and the participation of lay men and women. This review should draw from the approaches to governance of Catholic health, community services and education agencies*»;

Recommendation 16.8: «*In the interests of child safety and improved institutional responses to child sexual abuse, the Australian Catholic Bishops Conference should request the Holy See to: a) publish criteria for the selection of bishops, including relating to the promotion of child safety b) establish a transparent process for appointing bishops which includes the direct participation of lay people*».

<sup>6</sup> Si veda l'analisi di MASSIMO FAGGIOLI, *Un nuovo giurisdizionalismo? Reso noto il Rapporto finale della Royal Commission*, in *Il Regno, Attualità*, 2018, 2, pp. 12-14.

<sup>7</sup> Con riferimento ai secoli XVI-XVIII, PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, I, rist. riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 262-263, sottolineava che «il sistema giurisdizionalista [...] viene ad assegnare un *imperium* allo Stato sulla Chiesa, affermando che, quante volte il benessere del popolo e le necessità sociali e politiche lo esigano, lo Stato ha il diritto di arrestare l'attività regolatrice della Chiesa e di invocare a sé la disciplina della materia, anche se per natura sua prettamente ecclesiastica e spirituale, e sostenendo che il giudizio sull'esistenza o meno di una siffatta ipotesi nel caso concreto sia compito esclusivo e sovrano dello Stato».

Sempre con riguardo ai predetti secoli, ARTURO CARLO JEMOLO, *Giurisdizionalismo*, cit., p. 187, precisava che lo Stato giurisdizionalista – essendo ad un tempo protettore della Chiesa e tutore e rappresentante dei propri sudditi – «deve esercitare la sua vigilanza contro i rilassamenti della disciplina dei chierici, contro i loro abusi, le infrazioni loro alle leggi della Chiesa, controllare la materia liturgica, impedire che i sudditi siano ingiustamente molestati con censure ecclesiastiche».

sulla nomina dei vescovi viene sostanzialmente chiesto alla Chiesa cattolica di modellare le sue istituzioni ed il suo ordinamento giuridico alla stregua di istituzioni e ordinamenti giuridici secolari. Lo stesso dicasi per le raccomandazioni vertenti sulla revisione del diritto penale canonico<sup>8</sup>.

A volte il tono è puramente parenetico, come avviene nella raccomandazione 16.18 in cui la *Royal Commission* esorta la Conferenza episcopale australiana a «chiedere che la Santa Sede prenda in considerazione l'introduzione del celibato volontario per il clero diocesano».

Le preoccupazioni e gli sforzi degli Stati nella lotta contro gli abusi sono di palmare evidenza, essendo finalizzati a garantire l'incolumità dei minori in una determinata serie di contesti religiosi, sociali e aggregativi.

Per quanto riguarda invece il versante della Chiesa cattolica, risulta davvero immane lo scossa riformatrice *ab imis fundamentis* data da papa Francesco a persone ed istituzioni nella lotta agli orrendi crimini commessi sui minori.

Si pensi all'istituzione della Pontificia Commissione per la Tutela dei Minori, avvenuta col chirografo «*L'effettiva tutela dei minori*» («*Minorum tutela actuosa*») del 22 marzo 2014<sup>9</sup>, in cui viene messa in risalto la promozione, ad opera della commissione, della «responsabilità delle Chiese particolari per la protezione di tutti i minori e degli adulti vulnerabili». Una tale promozione, da svolgere unitamente alla Congregazione per la Dottrina della Fede, esalta le funzioni del vescovo diocesano e dei superiori maggiori, ai quali «spetta il compito di verificare che nelle parrocchie e nelle altre istituzioni della Chiesa venga garantita la sicurezza dei minori e degli adulti vulnerabili»<sup>10</sup>. In tale direzione si colloca, altresì, il *motu proprio* «*Come una madre amorevole*»<sup>11</sup> del 4 giugno 2016, con cui papa Francesco ribadisce la «cura vigilante» e la protezione dei bambini quali compiti della Chiesa tutta ma specialmente dei vescovi diocesani, degli eparchi e di coloro che hanno la responsabilità di una Chiesa particolare. I predetti pastori «devono impiegare una particolare dili-

---

<sup>8</sup> Come ad esempio le raccomandazioni 16.9-16.13.

<sup>9</sup> *Chyrographum, quo Papa Franciscus Pontificia Commissionem pro Tutela Minorum die 22 mensis martii 2014 instituit*, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2015, 6, pp. 562-563. Lo statuto è stato invece approvato per mandato pontificio dal cardinale Segretario di Stato il 21 aprile 2015. Cfr. *Acta Apostolicae Sedis*, 2015, 6, pp. 564-567.

<sup>10</sup> *Ad Praesides Coetuum Episcoporum et Antistites Institutorum vitae consecratae Societatumque vitae apostolicae de Pontificia Commissione pro pupillis tuendis*, 2 febbraio 2015, in *Acta Apostolicae Sedis*, 2015, 2, p. 131.

<sup>11</sup> Il testo può leggersi in *Communicationes*, 2016, 1, pp. 34-36.

Sulla valenza giuridico-ecclesiale del *motu proprio* si veda MASSIMO DEL POZZO, *Rilievi costituzionalistici a proposito della nuova disciplina per la rimozione del Vescovo*, in *Ius missionale*, 2017, pp. 257-270, e, più di recente, GERALDINA BONI, *Il buon governo nella Chiesa. Inidoneità agli uffici e denuncia dei fedeli*, Mucchi, Modena, 2019, pp. 196-203.

genza nel proteggere coloro che sono i più deboli tra le persone loro affidate». La rivoluzione di papa Francesco risiede nell'annoverare – tra le cause gravi che possono determinare la rimozione dall'ufficio ecclesiastico – «la negligenza dei Vescovi nell'esercizio del loro ufficio, in particolare relativamente ai casi di abusi sessuali compiuti su minori ed adulti vulnerabili».

Significativa importanza riveste altresì *Lettera a tutto il popolo di Dio* del 20 agosto 2018, in cui papa Francesco sostiene che «il clericalismo, favorito sia dagli stessi sacerdoti sia dai laici, genera una scissione nel corpo ecclesiale che fomenta e aiuta a perpetuare molti dei mali che oggi denunciamo. Dire no all'abuso significa dire con forza no a qualsiasi forma di clericalismo»<sup>12</sup>.

A tal proposito si è giustamente osservato che «quando papa Francesco ripete “dire no all'abuso significa dire con forza no a qualsiasi forma di clericalismo”, è chiaramente consapevole che il tipo di autorità e di potere riconosciuti al clero nella Chiesa cattolica deve essere riformato. Perché, nella fattispecie, ciò facilita il passaggio all'azione dei potenziali trasgressori, fornisce loro anche una copertura ed è ciò che ha portato alla gestione disastrosa di questi abusi e violenze»<sup>13</sup>.

Giova evidenziare come dalla risposta della Conferenza episcopale australiana sul rapporto della *Royal Commission* – resa nota il 31 agosto 2018 – risulta che i vescovi australiani ed i superiori degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica hanno condiviso in linea di massima il 98 % delle raccomandazioni, ribadendo che l'unica raccomandazione che non può essere accettata è quella relativa al sigillo del sacramento della penitenza (raccomandazione 7.4)<sup>14</sup>, in quanto la predetta raccomandazione è contraria alla fede cattolica e nemica della libertà religiosa<sup>15</sup>.

L'analisi della questione del segreto confessionale – che rientra nell'oggetto del convegno di oggi – permette dunque di cogliere pienamente un ulteriore aspetto delle raccomandazioni australiane vale a dire la richiesta, alla Chiesa cattolica, di rinunciare ad acquisizioni giuridiche e teologiche plurisecolari, fino a rinnegare la sua natura e la sua missione come delineate dal suo fondatore.

---

<sup>12</sup> In *L'Osservatore romano*, 20-21 agosto 2018, p. 7.

<sup>13</sup> HERVÉ LEGRAND, *Perché non abbiamo agito? Ragioni storiche e canonistiche di una Chiesa non ancora sinodale*, in *Il Regno, Attualità*, 2019, 2, p. 4.

<sup>14</sup> Per la traduzione italiana della raccomandazione 7.4 si rinvia al paragrafo successivo. Il testo inglese può leggersi nella nota num. 22.

<sup>15</sup> Australian Catholic Bishops Conference and Catholic Religious Australia's Response to the RC, 31 August 2018, Preamble: «*the one recommendation we cannot accept is Recommendation 7.4, which refers to the seal of the sacrament of Penance. This is because it is contrary to our faith and inimical to religious liberty. We are committed to the safeguarding of children and vulnerable people while maintaining the seal. We do not see safeguarding and the seal as mutual exclusives*».

## 2. Il sigillo sacramentale nel rapporto finale della Royal Commission

Il tema del *confessional seal* – vale a dire del sigillo sacramentale consistente nel segreto della confessione, assolutamente inviolabile senza eccezione alcuna<sup>16</sup> – è uno dei problemi chiave al quale il rapporto finale della *Royal Commission* ha dedicato una particolare attenzione.

Per introdurre l'analisi delle raccomandazioni rivolte alla Chiesa cattolica in materia di segreto confessionale, giova riportare un passaggio del sommario esecutivo del rapporto finale dedicato al sacramento della riconciliazione<sup>17</sup>.

I membri della *Royal Commission* testualmente affermano: «siamo convinti che la pratica del sacramento della riconciliazione (confessione) abbia contribuito sia al verificarsi di violenza sessuale sui minori nella Chiesa cattolica sia alle inadeguate risposte istituzionali alla stessa. Nelle nostre analisi specifiche e approfondite e nelle sessioni private abbiamo sentito che le rivelazioni di violenza sessuale da parte di autori o vittime durante la confessione non furono riferite alle autorità civili o affrontate in altro modo. Abbiamo sentito che il sacramento è basato su una teologia del peccato e del perdono, e che alcuni capi della Chiesa cattolica hanno considerato la violenza sessuale su minori un peccato da trattare mediante l'assoluzione e la penitenza privata piuttosto che un crimine da denunciare alla polizia. Il sacramento della riconciliazione ha permesso agli autori di violenza sessuale di risolvere il loro senso di colpa senza timore di essere denunciati alla polizia. Il sacramento della riconciliazione ha creato anche una situazione nella quale i minori erano soli con un sacerdote; in alcuni casi dei minori hanno subito violenza sessuale da parte di sacerdoti cattolici in confessionale»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. DAVID MARIA A. JAEGER, *Sigillo sacramentale*, in MANLIO SODI, KRZYSZTOF NYKIEL, NICOLA REALI (a cura di), *Peccato misericordia riconciliazione. Dizionario Teologico-Pastorale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, pp. 393-394; EGIDIO MIRAGOLI, *Il sigillo sacramentale*, in ID. (a cura di), *Il sacramento della penitenza. Il ministero del confessore: indicazioni canoniche e pastorali*, Ancora, Milano, 1999, pp. 143-154.

<sup>17</sup> Una traduzione italiana del sommario esecutivo e delle raccomandazioni rivolte alla Chiesa Cattolica può essere letta in *Il Regno, Documenti*, 2018, 9, pp. 310-328.

<sup>18</sup> *RC, Final Report, Preface and executive summary, Catholic Church, Sacrament of Reconciliation (Confession)*: «We are satisfied that the practice of the sacrament of reconciliation (confession) contributed to both the occurrence of child sexual abuse in the Catholic Church and to inadequate institutional responses to abuse. In case studies and private sessions we heard that disclosures of child sexual abuse by perpetrators or victims during confession were not reported to civil authorities or otherwise acted on. We heard that the sacrament is based in a theology of sin and forgiveness, and that some Catholic Church leaders have viewed child sexual abuse as a sin to be dealt with through private absolution and penance rather than as a crime to be reported to police. The sacrament of reconciliation enabled perpetrators to resolve their sense of guilt without fear of being reported. Also, the sacrament created a situation where children were alone with a priest. In some cases we heard

Si tratta di accuse pesanti che descrivono uno scenario desolante e complesso.

Alla luce di quanto emerso nelle indagini svolte negli anni, la *Royal Commission* ha espresso alcune generali raccomandazioni rivolte alle confessioni religiose operanti in Australia ed alle istituzioni civili.

In particolar modo la Commissione ha raccomandato che «ogni organizzazione religiosa che contempla un rito di confessione religiosa imponga che la stessa, quando coinvolge dei bambini, avvenga in un luogo aperto e alla vista di un altro adulto»<sup>19</sup>. È stata raccomandata altresì l'introduzione di un reato di «mancata segnalazione all'autorità giudiziaria»<sup>20</sup> nonché l'adeguamento/correzione delle «leggi relative alla denuncia obbligatoria alle autorità incaricate della protezione dei bambini, per assicurare che le persone impegnate nel ministero pastorale e religioso siano incluse come un gruppo di segnalazione obbligatoria»<sup>21</sup>.

La *Royal Commission* sollecita che «non vi siano esenzioni dagli obblighi di denuncia nelle leggi di segnalazione obbligatoria, o nel reato di “mancata segnalazione” [...], in circostanze nelle quali la conoscenza o i sospetti di violenza sessuale sui minori sono formati sulla base di informazione ricevuta nella, o in connessione con la, confessione religiosa»<sup>22</sup>.

---

*that children experienced sexual abuse perpetrated by Catholic priests in confessionals».*

La traduzione italiana è tratta da *Il Regno, Documenti*, 2018, 9, p. 326.

<sup>19</sup> *RC, Final report recommendations*, vol. 16, *Religious institutions recommendations*, Recommendations to all religious institutions in Australia, Recommendation 16.48: «*Religious institutions which have a rite of religious confession for children should implement a policy that requires the rite only be conducted in an open space within the clear line of sight of another adult. The policy should specify that, if another adult is not available, the rite of religious confession for the child should not be performed*».

<sup>20</sup> *RC, Criminal justice report recommendations* (2017), Recommendation 33: «*Each state and territory government should introduce legislation to create a criminal offence of failure to report targeted at child sexual abuse in an institutional context [...]*».

<sup>21</sup> *RC, Final report recommendations*, vol. 7, *Improving institutional responding and reporting recommendations*, Recommendation 7.3: «*State and territory governments should amend laws concerning mandatory reporting to child protection authorities to achieve national consistency in reporter groups. At a minimum, state and territory governments should also include the following groups of individuals as mandatory reporters in every jurisdiction: a) out-of-home care workers (excluding foster and kinship/relative carers) b) youth justice workers c) early childhood workers d) registered psychologists and school counsellors e) people in religious ministry*».

<sup>22</sup> Cfr. *RC, Final report recommendations*, vol. 7, *Improving institutional responding and reporting recommendations*, Recommendation 7.4: «*Laws concerning mandatory reporting to child protection authorities should not exempt persons in religious ministry from being required to report knowledge or suspicions formed, in whole or in part, on the basis of information disclosed in or in connection with a religious confession*».

*RC, Final Report, Criminal justice report recommendations* (2017), Recommendation 35: «*Each state and territory government should ensure that the legislation it introduces to create the criminal*

Si tratta del problema del cosiddetto “*mandatory reporting*” cioè della configurazione del ministro di culto come soggetto obbligato a denunciare/ segnalare l’abuso sessuale alle autorità civili anche se le informazioni siano pervenute in ragione del ministero, incluso il sacramento della confessione.

Il predetto problema ci conduce alla raccomandazione 16.26 rivolta alla Conferenza episcopale australiana.

Ad avviso della commissione reale, l’assemblea dei vescovi australiani «dovrebbe consultarsi con la Santa Sede e rendere pubblico ogni parere ricevuto, per chiarire se: a) l’informazione di aver subito violenza sessuale, ricevuta da un minore durante il sacramento della riconciliazione, è coperta dal sigillo della confessione; b) se a una persona che confessa durante il sacramento della riconciliazione di compiere violenza sessuale su un minore, si possa e debba negare l’assoluzione finché non lo riferisce alle autorità civili»<sup>23</sup>.

### *3. La sorte del sigillo sacramentale in alcuni provvedimenti normativi circa l’obbligo di denuncia degli abusi sessuali su minori*

Dalla lettura in combinato disposto delle varie raccomandazioni riportate, è emersa la preoccupazione dei vescovi australiani sulla sorte del sigillo sacramentale.

Alcuni vescovi hanno infatti interpretato le predette raccomandazioni come una richiesta di rompere il sigillo della confessione.

La complessità del problema deriva altresì dalla frequente confusione tra sacramento della penitenza (che riguarda il peccato e il perdono) ed il *counsel-*

---

*offence of failure to report recommended in recommendation 33 addresses religious confessions as follows: a) The criminal offence of failure to report should apply in relation to knowledge gained or suspicions that are or should have been formed, in whole or in part, on the basis of information disclosed in or in connection with a religious confession. b) The legislation should exclude any existing excuse, protection or privilege in relation to religious confessions to the extent necessary to achieve this objective. c) Religious confession should be defined to include a confession about the conduct of a person associated with the institution made by a person to a second person who is in religious ministry in that second person’s professional capacity according to the ritual of the church or religious denomination concerned».*

<sup>23</sup> RC, *Final report recommendations*, vol. 16, *Religious institutions recommendations*, Recommendations to the Catholic Church, Recommendation 16.26: «*The Australian Catholic Bishops Conference should consult with the Holy See, and make public any advice received, in order to clarify whether: a) information received from a child during the sacrament of reconciliation that they have been sexually abused is covered by the seal of confession b) if a person confesses during the sacrament of reconciliation to perpetrating child sexual abuse, absolution can and should be withheld until they report themselves to civil authorities*».

ling, la direzione spirituale e le varie forme di richiesta di aiuto e consigli al ministro di culto cattolico.

Il panorama normativo e giurisprudenziale australiano sul segreto dei ministri di culto – come vedremo a breve – non consente di pervenire a risposte certe in merito alla tutela del sigillo della confessione.

Nel marzo del 2018 il *Truth Justice and Healing Council*, cioè la commissione creata dalla Chiesa australiana per offrire un'analisi ragionata in risposta al rapporto finale della *Royal Commission*, ha affermato che l'obbligo di denuncia dell'abuso sessuale in capo al ministro di culto dovrebbe essere esteso a tutti i sacerdoti, eccetto il caso in cui la divulgazione della notizia si traduca in una violazione del sigillo della confessione<sup>24</sup>.

Quanto sostenuto dal predetto organismo sembra cogliere pienamente la differenza tra segreto confessionale e segreto – potremmo dire – confidenziale, cioè un segreto che riguarda le informazioni di cui il sacerdote sia venuto a conoscenza per ragioni del suo ministero ma al di fuori del sacramento della confessione<sup>25</sup>.

Nel frattempo le agenzie di stampa hanno riportato la notizia di un disegno di legge del 7 giugno 2018, presentato dall'assemblea legislativa del territorio della capitale australiana – che è una delle circoscrizioni territoriali che compongono la federazione australiana –, alludendo nei vari comunicati alla

---

<sup>24</sup> Truth Justice and Healing Council, vol. 2 *The Royal Commission's recommendations, and responses from the Truth Justice and Healing Council*, As delivered to the Supervisory Group March 2018: «*So far as concerns mandatory reporting, the Council's position is reflected in the submission responding to Issues Paper No 8, Police and Prosecution Responses, par 7, where the Council said:*

The Council is of the view that there should be a nationally consistent criminal law provision in Australia requiring a person who has information leading the person to form a reasonable belief that a sexual offence has been committed against a child to disclose that information to the police unless the person has a reasonable excuse for not doing so.

*The seal would constitute 'a reasonable excuse'. In short, the Council's position was that mandatory reporting should be extended to all priests, except where disclosure would be contrary to the seal of confession».*

Il testo citato è reperibile sul sito <http://www.tjhcouncil.org.au>

<sup>25</sup> È il problema del rapporto tra segreto confessionale (più ristretto e riferito al solo segreto della confessione) e segreto ministeriale *tout court* (più ampio e che comprende quanto appreso dal ministro di culto in ragione del suo ministero, anche al di fuori del sacramento della confessione).

In dottrina si veda CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, cit., pp. 283-287; ANGELO LICASTRO, *Facoltà di astensione dalla testimonianza e «sacramentale sigillum»: verso una ridefinizione dei confini del segreto ministeriale?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2016, 3, pp. 901-920; DANIELA MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, Eupress Ftl, Lugano, 2008; ALBERTO PERLASCA, *La tutela giuridica civile del segreto confessionale*, in EGIDIO MIRAGOLI (a cura di), *Il sacramento della penitenza. Il ministero del confessore: indicazioni canoniche e pastorali*, cit., pp. 179-208, in part. p. 201.

cancellazione del segreto legato alla confessione<sup>26</sup>.

Si tratta dell'*Ombudsman Amendment Bill 2018* che include i ministri di culto – ovviamente di questo stato australiano non quindi dell'intera federazione australiana – tra i soggetti tenuti per legge a denunciare l'abuso sessuale subito dai minori.

Da ultimo – vale a dire il 31 agosto 2018 – è stata resa nota la risposta della Conferenza episcopale australiana sul rapporto della *Royal Commission*.

Come già evidenziato, i vescovi australiani ed i superiori degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica hanno condiviso in linea di massima il 98 % delle raccomandazioni, ribadendo che l'unica raccomandazione che non può essere accettata è quella relativa al sigillo del sacramento della penitenza (raccomandazione 7.4), in quanto la predetta raccomandazione è contraria alla fede cattolica e nemica della libertà religiosa<sup>27</sup>.

Nonostante le resistenze della Chiesa cattolica australiana e dell'arcidiocesi di Canberra e Goulburn, l'assemblea legislativa dell' Australian Capital Territory si è definitivamente orientata verso l'inclusione dei ministri di culto tra i *mandated reporters*, cioè tra i soggetti tenuti per legge a denunciare l'abuso sessuale subito dal minore. Ciò è avvenuto con il *Royal Commission Criminal Justice Legislative Amendment Act* del 19 marzo 2019.

Quest'ultimo provvedimento normativo non costituisce una novità in Australia giacché nel territorio dello stato federato del South Australia dal 1 ottobre 2018 è in vigore il *Children and Young People (Safety) Act 2017* che annovera i «*ministers of religion*» tra i soggetti tenuti al «*reporting of suspicion that child or young person may be at risk*»<sup>28</sup> prevedendo – in caso di mancata denuncia – una sanzione pecuniaria di 10.000 dollari australiani.

Il dibattito apertosi circa la reale incidenza dell'abolizione del sigillo sacramentale sulla prevenzione degli abusi sessuali va ad inserirsi nella più vasta problematica dell'esistenza e della tutela del segreto confessionale nel

---

<sup>26</sup> Notizie anche in MARIA ELISABETTA GANDOLFI, *L'onda d'urto*, in *Il Regno, Attualità*, 2018, 12, p. 336; ANDREA BETTETINI, *Abusi sessuali e segreto confessionale*, in *Vita e pensiero*, 2019, 3, pp. 36-42.

Con riferimento a quanto riportato dalle agenzie di stampa sulle iniziative del legislatore australiano si veda l'editoriale di ELIAS FRANK, *Il sigillo sacramentale sotto accusa*, in *Ius missionale*, 2018, pp. 5-8, che tra l'altro afferma: «in un contesto in cui le autorità civili cercano di sabotare il sacramento della penitenza, l'uso della griglia divisoria può in qualche misura essere d'aiuto, in quanto il confessore non conoscerà l'identità del penitente» (p. 7).

<sup>27</sup> Vedi *supra* nota num. 15.

<sup>28</sup> La prima proposta legislativa nel South Australia – poi naufragata – risale al settembre del 2003 quando fu presentato il *Children's Protection (Mandatory Reporting) Bill*. Notizie in KEITH THOMPSON, *Religious Confession Privilege and the Common Law*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2011, pp. 193, nota 104, e 213, nota 242.

*common law* in generale, ed in Australia in particolare<sup>29</sup>.

Vengono in rilievo molteplici aspetti che riguardano l'assetto costituzionale australiano<sup>30</sup>, la difesa dei diritti fondamentali tra cui la libertà religiosa individuale, i rapporti tra Stato e Confessioni religiose nel ricco e variegato panorama pluralistico e multiculturale australiano<sup>31</sup>, e la normativa federale e dei singoli stati in materia di segreto professionale e dei mezzi di prova nel processo civile e penale<sup>32</sup>.

#### 4. *Segreto professionale, sigillo sacramentale e obbligo di denuncia tra ius conditum e ius condendum*

A livello di normativa federale, la materia del segreto dei ministri di culto è contenuta attualmente nell'*Uniform Evidence Act* del 1995.

Si tratta di una legge appartenente al gruppo di *consolidated acts* del *Commonwealth* australiano la quale tutela la segretezza delle comunicazioni tra fedele e ministro di culto nella *section 127*, attraverso il cosiddetto *priest-penitent privilege*<sup>33</sup>.

Da notare come la predetta norma circoscriva la portata dell'espressione «*religious confession*» affermando che essa indica la confessione fatta da una persona al ministro di culto con riferimento al rituale della relativa chiesa.

---

<sup>29</sup> Si rinvia in merito all'importante monografia di KEITH THOMPSON, *Religious Confession Privilege and the Common Law*, cit., ricca di spunti storici e di analisi particolareggiate con riguardo all'Australia, al Regno Unito e Irlanda, agli Stati Uniti d'America, al Canada, alla Nuova Zelanda ed al Sud Africa.

<sup>30</sup> Si veda in merito CARLA BASSU, *Australia*, Il Mulino, Bologna, 2013 [collana *Si governano così*].

<sup>31</sup> FRANCESCO ONIDA, *Stato e religione nell'ordinamento australiano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1988, I, pp. 38-54, ora in Id., *Il giro del mondo in duecentocinquanta pagine. Itinerari di diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 95- 113.

<sup>32</sup> Cfr. KEITH THOMPSON, *Religious Confession Privilege and the Common Law*, cit., in part. pp. 13-28; 181-215.

<sup>33</sup> La norma afferma: «(1) *A person who is or was a member of the clergy of any church or religious denomination is entitled to refuse to divulge that a religious confession was made, or the contents of a religious confession made, to the person when a member of the clergy.*

(2) *Subsection (1) does not apply if the communication involved in the religious confession was made for a criminal purpose.*

(3) *This section applies even if an Act provides:*

(a) *that the rules of evidence do not apply or that a person or body is not bound by the rules of evidence; or*

(b) *that a person is not excused from answering any question or producing any document or other thing on the ground of privilege or any other ground.*

(4) *In this section:*

*religious confession means a confession made by a person to a member of the clergy in the member's professional capacity according to the ritual of the church or religious denomination concerned».*

Semberebbe pertanto che il *priest-penitent privilege* debba applicarsi alla sola confessione rituale e non anche ad ogni altra comunicazione tra fedele e ministro di culto.

Il problema – tutt’altro che marginale – si era posto nel 1954 nel celebre caso *Regina vs Lynch*<sup>34</sup>, pronuncia sulla quale Francesco Onida ha richiamato l’attenzione della scienza ecclesiasticistica<sup>35</sup>.

Nella vicenda giudiziaria si trattava di determinare quale “confessione” resa a un ministro di culto fosse coperta dal privilegio del segreto ai sensi dell’*Evidence Act* all’epoca vigente in Tasmania, consentendo al ministro di rifiutarsi di rendere testimonianza in giudizio.

Per la difesa il termine “*confession*” era da intendere in senso processuale e non religioso per cui sarebbe stata coperta dal privilegio ogni caso di confessione fatta ad un ministro di culto, senza limitazione al caso della confessione come atto sacramentale. Per la corte, invece, la parola “*confession*” nel linguaggio del *common law* era già usata – ai fini del privilegio – con significato limitato al solo rito di culto e tale sarebbe il significato ripreso dall’*Evidence Act*.

Quand’anche il legislatore avesse voluto estendere il concetto di “*confession*” oltre il limite sacramentale, per la corte occorreva rimanere sempre nel campo spirituale, con l’esclusione – dal privilegio – del ricorso al ministro di culto quale persona autorevole e stimata che può aiutare a risolvere una situazione difficile, come avvenuto nella fattispecie portata davanti ai giudici<sup>36</sup>.

Quanto previsto dalla *section 127* dell’*Uniform Evidence Act* del 1995 è stato richiamato dalle legislazioni di gran parte degli Stati e Territori australiani.

Ad oggi il *religious confession privilege* è dunque tutelato dall’*Evidence Act* del New South Wales, di Victoria, della Tasmania, del Northern Territory, dell’Australian Capital Territory e del Norfolk Island.

Tra gli *Evidence Act* che non tutelano il *priest-penitent privilege* rimangono quelli del Queensland, del South Australia e del Western Australia<sup>37</sup>.

Come conciliare dunque la norma dell’*Evidence Act* con eventuali speci-

---

<sup>34</sup> Supreme Court of Tasmania, 1954, SR 47.

<sup>35</sup> FRANCESCO ONIDA, *Stato e religione nell’ordinamento australiano*, cit., pp. 105-106.

<sup>36</sup> Supreme Court of Tasmania, 1954, SR 47. Interessante quanto affermato dal giudice Crisp «*at common law I have no doubt [religious privilege] was confined to a ritual confession made according to the discipline of the particular faith in so far as a privilege existed at all. I do not wish to be taken as deciding that nothing other than a ritual confession is covered by the section. It may be that in our statute we have gone further [...] but here the confession was not made for any spiritual purpose.*».

<sup>37</sup> In dottrina si veda PATRICK VAN ESCH, LINDA JENA VAN ESCH, *The Australian Priest-Penitent Privilege: Are They Protected*, in *Journal of Politics and Law*, 2013, 4, pp. 90-94

fiche previsioni normative che sanciscano per i ministri di culto l'obbligo di denuncia degli abusi sessuali?<sup>38</sup>

Negli stati e territori australiani in cui non vige l'*Evidence Act*, e quindi il privilegio del segreto ministeriale, esiste un privilegio analogo sulla base di un'interpretazione sistematica dello stesso *common law* e della costituzione australiana?

I tentativi di abolire il privilegio del segreto confessionale attraverso leggi federali o dei singoli stati si pongono in contrasto con la costituzione australiana e con le convenzioni di diritto internazionale che tutelano la libertà religiosa?

Abolire il segreto confessionale contribuirebbe a proteggere i minori dagli abusi?

Si tratta di interrogativi<sup>39</sup> che presuppongono uno studio approfondito del grande sistema giuridico del *common law*, degli influssi del diritto canonico sul *common law* ed infine della tutela accordata dalla costituzione australiana alla libertà religiosa individuale e collettiva.

Nel *common law* il segreto dei ministri di culto<sup>40</sup> è considerato spesso come una sottocategoria del segreto professionale ed è molto radicata la concezione che configura il privilegio del segreto nell'interesse del solo fedele che si rivolge al ministro di culto e non anche del medesimo ministro.

Si è già visto come il *Truth Justice and Healing Council* abbia affermato che l'obbligo di denuncia dell'abuso sessuale in capo al ministro di culto dovrebbe essere esteso a tutti i sacerdoti, eccetto il caso in cui la divulgazione della notizia si traduca in una violazione del sigillo della confessione.

L'affermazione del predetto organismo ribadisce ancora una volta l'importanza di distinguere tra segreto confessionale (più ristretto) e segreto ministeriale *tout court* (più ampio), cioè un segreto che riguarda le informazioni di cui il sacerdote sia venuto a conoscenza per ragioni del suo ministero ma al di fuori del sacramento della confessione.

La distinzione accennata è di cruciale importanza, specie per quanto attie-

---

<sup>38</sup> KEITH THOMPSON, *Religious Confession Privilege and the Common Law*, cit., pp. 277-281, nell'analizzare l'esperienza degli Stati Uniti d'America, dedica un paragrafo all'eventuale erosione del privilegio del segreto confessionale ad opera delle leggi che prescrivono l'obbligo di denuncia [*«Have mandatory reporting child abuse reporting laws eroded religious confession privilege?»*].

<sup>39</sup> Un'argomentata risposta a gran parte dei predetti interrogativi può leggersi in KEITH THOMPSON, *Should Religious Confession Privilege Be Abolished in Child Abuse Cases? Do Child Abusers Confess Their Sins?*, in *The Western Australian Jurist*, 2017, 8, pp. 95-136.

<sup>40</sup> Per l'esperienza del Canada e degli Stati Uniti d'America cfr. PEDRO LOPEZ-GALLO, *Are confidential communications protected by common law privilege? The seal of sacramental confession in the Catholic Church*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1996, II, pp. 305-324.

ne ai profili di un'eventuale obbligo di denuncia in capo al ministro di culto sancito dalla legislazione civile.

La Chiesa cattolica recentemente sembra aver preso pienamente coscienza della problematica *de qua*. Si pensi al comunicato (18 dicembre 2018) della Conferenza episcopale del Belgio intitolato *Segreto professionale e segreto della confessione*<sup>41</sup>, nel quale testualmente si afferma: «I presbiteri che agiscono in quanto persona di fiducia o guide spirituali devono [...] operare accuratamente la distinzione o la transizione fra un colloquio in quanto guida (coperto dal segreto professionale ordinario e in cui esiste il diritto di comunicare) e la confessione stessa (coperta dal segreto della confessione)», precisando altresì che «in caso di urgenza, il segreto della confessione non può servire da pretesto per non prendere misure precauzionali. Ciò è particolarmente valido in caso di violenze sessuali su minori o persone vulnerabili [...]. Un presbitero può esortare un autore di violenze sessuali su minori a presentarsi davanti al tribunale o alla propria autorità superiore».

Giova ricordare altresì che nel *summit* sulla protezione dei minori (Città del Vaticano, 21-24 febbraio 2019) è stata ribadita – ancora una volta – la necessità di segnalare gli abusi sessuali<sup>42</sup>.

Quasi a coronamento del predetto incontro, il 26 marzo 2019 papa Francesco ha promulgato un *motu proprio* sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili prevedendo per tutta una serie di soggetti gravitanti nella Curia romana e nello Stato della Città del Vaticano l'obbligo di denuncia – fatto salvo il sigillo sacramentale – circa gli abusi subiti da un minore<sup>43</sup>. Al *motu proprio*

---

<sup>41</sup> Editto in lingua italiana in *Il Regno, Documenti*, 2019, 7, pp. 229-231.

Per il problema della tutela del segreto ministeriale in Belgio si rinvia a RIK TORFS, *Secret et religion en Belgique*, in JACQUELINE FLAUSS-DIEM (sous la direction de), *Secret, religion, normes étatique*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, pp. 93-102.

<sup>42</sup> Cfr. ad esempio la relazione del cardinale Blase Joseph Cupich, il cui testo provvisorio può leggersi in *L'Osservatore romano*, 23 febbraio 2019, pp. 11-12.

Si veda anche quanto affermato da mons. Stefano Russo, segretario generale della CEI, nell'intervista rilasciata a Gian Guido Vecchi sul *Corriere della sera*, 21 febbraio 2019, p. 25: «La collaborazione attiva con le autorità è necessaria per prendere di petto il problema degli abusi sui minori: va fatta secondo verità e giustizia, superando ogni atteggiamento di chiusura o nascondimento, altamente lesivo per la credibilità della Chiesa. Per questo, a mio parere, una volta valutata la verosimiglianza di una notizia di reato, occorrerebbe segnalarla all'autorità competente, nel rispetto della legge civile e della privacy della vittima e dei suoi familiari. Anche su questo nei prossimi mesi ci sarà un'ampia consultazione dei vescovi».

<sup>43</sup> *Lettera apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, 26 marzo 2019, in *L'Osservatore romano*, 30 marzo 2019, p. 6, in cui peraltro si afferma: «1. I competenti organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano esercitano la giurisdizione penale anche in ordine ai reati di cui agli articoli 1 e 3 della Legge N. CCXCVII, sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili, del 26 marzo 2019, commessi, in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai soggetti di cui al punto 3 del Motu Proprio «Ai nostri

si affianca la legge n. CCXCVII sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili dello Stato della Città del Vaticano<sup>44</sup>.

Con riferimento invece alla Chiesa universale papa Francesco ha promulgato il *motu proprio* «*Vos estis lux mundi*» (7 maggio 2019), che costituisce il più recente tassello del mosaico normativo in tema di tutela dei minori<sup>45</sup>. Il testo contempla l'obbligo canonico di segnalazione in capo al chierico o al membro di un istituto di vita consacrata o di una società di vita apostolica ogni qual volta abbia notizia o fondati motivi per ritenere che sia stato commesso uno dei delitti (individuati nell'art. 1) su minori e persone vulnerabili, facendo comunque salvo il can. 1548, § 2, che libera dall'obbligo i chierici per quanto fu loro manifestato in ragione del sacro ministero, e rimanendo inviolabile la confessione sacramentale.

Trattasi di una segnalazione alle autorità ecclesiastiche (puntualmente indicate nel testo del *motu proprio*) e non alle autorità civili. A tal proposito il *motu proprio* precisa che «le presenti norme si applicano senza pregiudizio dei diritti e degli obblighi stabiliti in ogni luogo dalle leggi statali, particolarmente quelli riguardanti eventuali obblighi di segnalazione alle autorità civili competenti».

---

tempi», dell'11 luglio 2013.

2. Fatto salvo il sigillo sacramentale, i soggetti di cui al punto 3 del Motu Proprio «Ai nostri tempi», dell'11 luglio 2013, sono obbligati a presentare, senza ritardo, denuncia al promotore di giustizia presso il tribunale dello Stato della Città del Vaticano ogniqualvolta, nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano notizia o fondati motivi per ritenere che un minore o una persona vulnerabile sia vittima di uno dei reati di cui all'articolo 1 della Legge N. CCXCVII, qualora commessi anche alternativamente: *i.* nel territorio dello Stato; *ii.* in pregiudizio di cittadini o di residenti nello Stato; *iii.* in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai pubblici ufficiali dello Stato o dai soggetti di cui al punto 3 del Motu Proprio «Ai nostri tempi», dell'11 luglio 2013».

<sup>44</sup> Legge n. CCXVII sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili, 26 marzo 2019, in *L'Osservatore romano*, 30 marzo 2019, p. 7. Si veda in particolare l'art. 3 (Obbligo di denuncia): «1. Fatto salvo il sigillo sacramentale, il pubblico ufficiale, che nell'esercizio delle sue funzioni abbia notizia o fondati motivi per ritenere che un minore sia vittima di uno dei reati di cui all'articolo 1, deve presentare denuncia senza ritardo qualora i reati siano anche alternativamente commessi: a) nel territorio dello Stato della Città del Vaticano; b) in pregiudizio di residenti o di cittadini dello Stato; c) in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai pubblici ufficiali dello Stato della Città del Vaticano o dai soggetti di cui al punto 3 del Motu Proprio «Ai nostri tempi», dell'11 luglio 2013.

2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale che omette o indebitamente ritarda la denuncia di cui al comma precedente è punito con la multa da euro mille a euro cinquemila. Se il fatto è commesso da un agente o ufficiale di polizia giudiziaria, la pena è la reclusione fino a sei mesi.

3. Fatto salvo il sigillo sacramentale, può presentare denuncia ogni altra persona, anche totalmente estranea ai fatti, che sia a conoscenza di comportamenti in danno di un minore.

4. Qualora il procedimento sia a carico di un chierico o di un membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica, il promotore di giustizia, ricevuta la denuncia, ne informa tempestivamente l'Ordinario o il Superiore Maggiore competente per l'adozione delle misure previste dal diritto canonico».

<sup>45</sup> Lettera apostolica in forma di «Motu Proprio» del Sommo Pontefice Francesco «*Vos estis lux mundi*», 7 maggio 2019, in *L'Osservatore romano*, 10 maggio 2019, p. 10.

Proprio la mancanza dell'obbligo di denunciare gli abusi all'autorità civile è stata ritenuta da alcuni il *punctum dolens* del provvedimento normativo di papa Francesco<sup>46</sup>. Altri hanno invece ravvisato nel mancato obbligo di denuncia all'autorità secolare una scelta rispettosa della reciproca autonomia tra l'ordinamento canonico e quello statale<sup>47</sup>.

## 5. *Il segreto confessionale tra libertas Ecclesiae e libertà religiosa*

La sezione 116 della costituzione australiana vieta sia di stabilire una religione o di imporre l'osservanza di alcune regole religiose sia di proibire il libero esercizio. Nel quadro delle ripartizioni costituzionali delle competenze, la materia religiosa è assegnata – come residuale – ai singoli stati<sup>48</sup>.

Qual è dunque il ruolo della libertà religiosa in questa intricata vicenda australiana del segreto confessionale?

Viene in mente – a tal proposito – il pensiero di Jeremy Bentham secondo cui il privilegio del segreto confessionale si giustifica con la necessità della libertà di coscienza e di religione.

Secondo il filosofo e giurista inglese la pratica di estorcere i segreti al clero cattolico usando la forza comunque durerebbe poco, perché le persone smetterebbero di confessare i propri peccati ai sacerdoti sapendo che la confessione è compromessa<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> In tal senso la dichiarazione di Marie Collins, già membro della Pontifica Commissione per la Tutela dei Minori. Cfr. *Avvenire*, 10 maggio 2019, p. 4.

<sup>47</sup> In tal senso l'arcivescovo Charles Scicluna nell'intervista rilasciata a Gian Guido Vecchi, in *Corriere della Sera*, 10 maggio 2019, p. 21: «La Santa Sede, facendo una legge universale, deve ricordarsi della diversità delle culture e delle scelte che fanno le autorità civili. Dare una normativa universale che impone un obbligo non previsto dalle leggi dello Stato, sarebbe un'ingerenza», e la *Nota esplicativa del motu proprio* redatta dall'arcivescovo Filippo Iannone (pubblicata in *L'Osservatore romano*, 10 maggio 2019, p. 11, § 7). Per il dibattito sull'obbligo di denuncia all'autorità civile sia consentito il rinvio a MATTEO CARNÌ, *La responsabilità civile della diocesi per i delitti commessi dai presbiteri. Profili canonistici ed ecclesiasticistici*, Prefaz. di CARLO CARDIA, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 72-83.

<sup>48</sup> Si veda FRANCESCO ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extra-europei*, in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, CESARE MIRABELLI, FRANCESCO ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 306-310.

<sup>49</sup> JEREMY BENTHAM, *Rationale of judicial evidence, specially applied to english practice*, vol. IV, Hunt and Clarke, London, 1827, pp. 588-589 [libro IX, cap. VI]: «*I set out with the supposition, that [...] the catholic religion was meant to be tolerated. But with any idea of toleration, a coercion of this nature is altogether inconsistent and incompatible. In the character of penitents, the people would be pressed with the whole weight of the penal branch of the law; inhibited from the exercise of this essential and indispensable article of their religion; prohibited, on pain of death, from the confession of all such misdeeds as, if judicially disclosed, would have the effect of drawing down upon them that*

Si tratta di un'osservazione che dimostra l'acutezza e l'ampiezza del pensiero di Bentham e che dimostra tutta la complessità del problema che tocca non solo il fedele che si accosta al sacramento ma soprattutto il sacerdote che ascolta la confessione.

La situazione paradossale che si è venuta a creare in alcuni stati dell'Australia e che potrà crearsi in altre nazioni prevede che il ministro di culto cattolico non possa obbedire alla norma civile sull'obbligo di denuncia senza violare la norma canonica sul sigillo confessionale con la conseguenziale comminazione delle pene canoniche previste.

Nell'allocuzione del 1994 ai penitenzieri delle basiliche romane, papa Giovanni Paolo II affermava che il sacerdote-confessore è un uomo senza difesa, che la divina istituzione e la legge della Chiesa obbligano al totale silenzio *usque ad sanguinis effusionem*<sup>50</sup>.

Nel convegno organizzato nel 2014 nella sede della Penitenzieria apostolica – avente ad oggetto proprio il tema del sigillo confessionale e privacy pastorale – veniva giustamente sottolineato che l'inviolabilità come caratteristica propria del sigillo della confessione procede *ex religione* trattandosi – nella celebrazione del sacramento della penitenza – di un atto di culto, e che la tutela del sigillo in sede civile non potrà che ripartire dalle specificità della religione cattolica, che richiede il rispetto di questo atto di culto<sup>51</sup>.

È dunque nella tutela della *libertas Ecclesiae*<sup>52</sup> e della libertà religiosa in-

---

*punishment; and so, in the case of inferior misdeeds, combated by inferior punishments. Such would be the consequence to penitents. To confessors, the consequences would be at least equally oppressive. To them, it would be a downright persecution: if any hardship, inflicted on a man on a religious account, be susceptible of that, now happily odious, name. To all individuals of that profession, it would be an order to violate what by them is numbered amongst the most sacred of religious duties. In this case, as in the case of all conflicts of this kind, some would stand firm under the persecution, others would sink under it. To the former, supposing arrangements on this head efficient and consistent, it would have the effect of imprisonment – a most severe imprisonment for life. As to those who sunk under it, – what proportion of the number would on this occasion be visited by the torments of a wounded conscience, and to what degree of intensity those torments would amount in the instance of each individual, are questions, the answer to which must on this occasion be referred by a non-catholic to the most competent judges amongst catholics: but a species of suffering, the estimation of which does not require any such appropriate and precise information, is the infamy that could not but attach itself to the violation of so important a professional as well as religious duty. The advantage gained by the coercion – gained in the shape of assistance to justice, would be casual, and even rare: the mischief produced by it, constant and all-extensive».*

<sup>50</sup> IOANNES PAULUS PP. II, *Ad Em. P. D. Cardinalem Paenitentiarium necnon minores Urbis basilicarum paenitentiariorum coram admissos*, 12 martii 1994, in *Acta Apostolicae Sedis*, 1995, pp. 75-79, in part. p. 78.

<sup>51</sup> DAVID MARIA A. JAEGER, *Situazioni particolari e questioni specifiche del ministero penitenziale*, in KRZYSZTOF NYKIEL, PAOLO CARLOTTI, ALESSANDRO SARACO (a cura di), *Il sigillo confessionale e la privacy pastorale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 94 e 96.

<sup>52</sup> Sulla distinzione tra libertà religiosa individuale e collettiva e *libertas Ecclesiae* si rinvia a

dividuale<sup>53</sup> che va trovata la risposta ai numerosi interrogativi sollevati dalla vicenda australiana senza dimenticare che la persona del ministro di culto rappresenta il campo in cui si gioca la battaglia tra gli obblighi di riservatezza (a volte assoluta, come nel caso del sacramento della confessione<sup>54</sup>) derivanti dal diritto canonico, e quelli – di origine civilistica – che impongono di collaborare con l'autorità giudiziaria all'accertamento dei fatti penalmente rilevanti, specialmente se riguardano i minori umiliati e offesi.

#### RIASSUNTO

Il contributo è dedicato alle recenti vicende della Chiesa cattolica in Australia in merito al segreto confessionale. In particolare vengono esaminati i provvedimenti normativi statali con cui si obbligano i sacerdoti a denunciare gli abusi sessuali di cui siano venuti a conoscenza, anche durante il sacramento della penitenza. Si tratta di un recente attacco alla libertà religiosa individuale ed alla *libertas Ecclesiae* che ignora la particolarità della confessione sacramentale quale rapporto tra Dio e il penitente, in cui il ruolo del sacerdote confessore è quello di mediatore.

#### PAROLE CHIAVE

*Segreto confessionale; sigillo sacramentale; clero cattolico; obbligo di denuncia; Australia*

#### ABSTRACT

This paper aims to show the defense of confessional seal by Australian Catholic Church. A special attention is given to Australian state legislation on mandatory reporting and sexual abuse of minors, which priests heard also in the act of confession. The article specially considers the sacrament of penance as a matter between God and a penitent, where the confessor is a mediator. The demand on confessors to report to civil authorities the confessional matters is one of the latest attacks on religious freedom and *libertas Ecclesiae*.

#### KEY WORDS

*Sacrament of penance; confessional seal; catholic clergy; mandatory reporting; Australia*

---

GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 61-90.

<sup>53</sup> La recente *Nota* della Penitenzieria Apostolica *Sull'importanza del foro interno e l'inviolabilità del sigillo sacramentale* (29 giugno 2019) ha affermato che ogni azione politica o iniziativa legislativa tesa a "forzare" l'inviolabilità del sigillo sacramentale costituirebbe offesa verso la *libertas Ecclesiae* nonché violazione della libertà religiosa sia dei penitenti sia dei confessori.

<sup>54</sup> In relazione al segreto confessionale ARTURO CARLO JEMOLO, *Il segreto confessionale*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, (Atti del convegno nazionale, Roma, 26-28 ottobre 1981), Cedam, Padova, 1983, p. 163, sottolineava che «siamo in un ambito che nulla ha a vedere né con il segreto di Stato, né con quello professionale. Qui siamo fuori del diritto umano, siamo al rapporto con Dio».

# *Laicità e gestione delle differenze nella democrazia costituzionale\**

MARCO PARISI

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Laicità come strumento di governo delle diversità nel pluralismo ideale contemporaneo. – 3. Il ‘farsi’ della laicità nell’epoca della globalizzazione e del multiculturalismo. – 4. Conclusioni*

## *1. Introduzione*

La questione della laicità si lega oggi, in modo inestricabile, a quella dell’integrazione e della convivenza in società fortemente pluraliste e caratterizzate dall’avvento del multiculturalismo. Nel momento in cui viene in rilievo la neutralità degli apparati statali e degli assetti sociali, infatti, non si può non partire dall’intreccio fra il marcato (e crescente) pluralismo religioso, le richieste di riconoscimento avanzate dai gruppi minoritari (da alcuni più di altri, e tutti in modo diverso tra loro), l’esigenza di integrazione delle differenze nella democrazia costituzionale<sup>1</sup>.

All’interno dell’ormai mutato orizzonte sociale, è importante comprendere quali conseguenze possano venire sul piano dell’inclusione dall’applicazione del principio di laicità. In altre parole, può essere utile valutare quali modelli d’integrazione siano più compatibili con il concetto di laicità, verificando in che modo esso possa rappresentare un valido riferimento anche nella pianificazione delle strategie per la costruzione di una società pluralista e – per quanto

---

\* Intervento, corredato di note, al Convegno di Studi 1948-2018. *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant’anni*, tenutosi il 13 dicembre 2018 presso il Dipartimento Giuridico dell’Università degli Studi del Molise.

<sup>1</sup> L’esigenza di integrare le alterità «(...) è fenomeno che appartiene alle dinamiche sociali, attivate come manifestazioni critiche di una società che si autocomprende nella sua dimensione evolutiva. In questa dimensione, il riconoscimento delle alterità e dei differenti patrimoni tradizionali e religiosi, che appartengono alle differenti comunità, le quali coabitano per destino storico e politico in uno stesso territorio, diventa un atto politico imprescindibile per un sistema sociale alla ricerca delle regole cui orientare la convivenza tra i diversi soggetti e il contemperamento tra i diritti dei singoli e il diritto della società». Così GAETANO DAMMACCO, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 83.

possibile – coesa. Si tratta di problematiche che involgono anche le questioni della libertà religiosa, nel più vasto contesto del rispetto delle identità diverse, da accompagnare con l'irrinunciabilità di alcune acquisizioni fondamentali, quali la democrazia politica, la tutela della persona umana, l'uguaglianza dei diritti, la valorizzazione della funzione sociale delle comunità intermedie<sup>2</sup>.

L'individuazione del 'prototipo' di laicità più adeguato alla composizione dei problemi della convivenza contemporanea e ad una costituzionalmente equilibrata disciplina dei rapporti con e tra le comunità religiose non può non partire dalla sottolineatura di alcune caratteristiche comuni alle odierne società occidentali e proprie, in modo distintivo, dell'assetto comunitario italiano.

Un primo elemento è dato dalla centralità (fattuale) del fattore religioso nella sfera pubblica, in contrasto con ogni tentativo, ipotizzato o sperimentato in passato, di privatizzazione della fede<sup>3</sup>. Già da tempo si è osservato il fenomeno del ritorno del 'sacro' nel dibattito pubblico, con una certa enfasi definita come 'la rivincita di Dio'; una ricomparsa dell'interesse sociale per il fatto religioso favorita dall'ormai incessante circolazione delle culture e dagli imponenti flussi migratori che hanno determinato un significativo indebolimento della percezione dell'identità e del senso di appartenenza delle società occidentali, spingendole alla ricerca di una nuova fisionomia di esse da valorizzare e da difendere. Allo stesso tempo, l'irruzione della religione nella sfera pubblica ha finito per produrre continue interferenze con la libertà di scelta dei singoli, con i loro diritti fondamentali civili e politici e, quindi, con le decisioni e le norme costituzionali ed ordinarie che il potere statale pone a loro tutela ed è

---

<sup>2</sup> La Costituzione, riconoscendo le formazioni sociali, ha abbandonato il modello del rapporto diretto 'Stato-cittadino', e, quindi, oltre a riconoscere altri ordinamenti, garantisce, in una dimensione sociale e pubblica, la presenza dei gruppi spirituali e delle confessioni religiose. Con la valorizzazione delle comunità intermedie risulta superata l'articolazione tra la sfera pubblica e la sfera privata su cui è costruito il sistema di separazione, e il contributo positivo della laicità può essere individuato nella capacità di regolare l'ambito d'azione del fattore religioso nella comunità politica. Così, all'interno dello Stato democratico contemporaneo il principio supremo di laicità si confronta con il riconoscimento della dimensione sociale e pubblica del fatto religioso. Cfr. GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive*, in RAFFAELE COPPOLA, CARMELA VENTRELLA (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive. Atti del I Convegno Nazionale di Studi A.D.E.C.*, Cacucci Editore, Bari, 2012, pp. 7-8.

<sup>3</sup> La nuova tendenza viene inquadrata come una generale 'rinascita' delle religioni; più precisamente con il termine 'post secolarizzazione' si indica il fenomeno per cui, a partire appunto dai primi anni Ottanta del secolo scorso, tradizioni diverse quali il cattolicesimo, il buddismo, l'ebraismo, l'induismo, il protestantismo e l'Islam hanno iniziato a fare resistenza e a rifiutare di rimanere confinate nella sfera privata. Un fenomeno che si è reso particolarmente evidente in quei contesti socio-politici nei quali esse venivano a configurarsi nella forma di religioni minoritarie. Cfr. MAURIZIO AMBROSINI, EVA GARAU, *Religioni, immigrazione e laicità degli Stati: equilibri mobili e dinamiche di cambiamento*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2016, pp. 253-254.

tenuto a fare rispettare<sup>4</sup>. A ciò si aggiunga come le correnti spirituali tradizionali del ceppo giudaico-cristiano sembrano, nel momento attuale, rappresentare una preziosa riserva simbolica in grado di arginare il senso di disorientamento e di precarietà sociale<sup>5</sup>. Diversamente è, invece, in Italia e in Europa, per le correnti spirituali di matrice islamica, soprattutto allorquando esse vengano proposte in modo integralista, ovvero sottraendole all'atteggiamento critico della discussione, al dialogo e al dibattito e ove esse vengano rappresentate nel loro nucleo di verità assolute, da affermare anche in forme violente. Al di là delle cause alla base dell'aggressività di alcune manifestazioni dell'esperienza spirituale, l'osservazione della realtà contemporanea ha fatto sì che il tema del fondamentalismo religioso abbia cessato di essere oggetto di scarsi ed episodici interessi accademici e sia divenuto uno dei principali temi della nostra società post-secolare. Così, inevitabilmente, l'intensificarsi, negli ultimi decenni, di atti di terrorismo e di guerre (in vario modo) a sfondo religioso ha finito per condizionare un corretto inquadramento delle teorie sulla laicità<sup>6</sup>.

Un secondo elemento da tenere in considerazione è dato dalla particolare forma assunta dal pluralismo delle nostre società. L'elemento di novità rispetto al passato, con cui il modello contemporaneo di laicità è tenuto a fare i conti, è costituito dalla particolare complessità di tale pluralismo, la quale costituisce una sfida per società che vogliano continuare a definirsi e strutturarsi nella logica della neutralità e della non identificazione tra apparati statali ed orientamenti ideali<sup>7</sup>. Ciò che si è verificato, da ben più di un quindicennio, è

---

<sup>4</sup> Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *La 'forma' attuale della laicità e la (legge sulla) libertà religiosa possibile*, in *Dir. Eccl.*, 1-2, 2007, p. 108.

<sup>5</sup> Cfr. IVANA VECCHIO CAIRONE, *Forme di Stato e forme del sacro. Percorsi storici*, Aracne Editrice, Roma, 2009, p. 139.

<sup>6</sup> Il fatto è che, almeno nel nostro Paese, la rottura del monismo culturale e l'avvento di una quantità di persone provenienti da aree geografiche diverse (in special modo dal vicino Oriente) ci ha trovati impreparati. Comunemente si ha una visione riduttiva e superficiale del fenomeno migratorio, fino al punto di identificare l'islamismo col terrorismo e di percepire l'immigrazione come un problema di 'scontro fra civiltà'. Invece, proprio per superare i preconcetti, appare indispensabile discutere ed elaborare dottrine organiche su quali relazioni debbano, laicamente, stabilirsi fra i residenti storici e i nuovi consociati. Cfr. VALERIO TOZZI, *La libertà religiosa in Italia e nella prospettiva europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 10 novembre 2014, n. 35 del 2014, pp. 32-38.

<sup>7</sup> Come rilevato da DANIELA BIFULCO, *Spunti di riflessione su pluralismo, multiculturalismo e laicità*, in MARCO PARISI (a cura di), *Per una disciplina democratica delle libertà di pensiero e di religione: metodi e contenuti*, Arti Grafiche La Regione, Campobasso, 2014, p. 103, si ha l'impressione «(...) complessiva che molte democrazie contemporanee – e l'Italia, tra queste – siano impegnate, oltre che nelle sfide del multiculturalismo, nel perfezionamento del passaggio da un multiculturalismo e una pluralità (*di fatto*) al pluralismo (*giuridico*) e che quel dato di fatto (la pluralità, il multiculturalismo) non si sia ancora compiutamente inverteo in una precisa opzione (di metodo istituzionale, oltre che di valore) pluralista» (corsivi testuali).

un fenomeno di ‘pluralizzazione del pluralismo’ che non è riduttivamente traducibile in un semplice aumento delle etnie che convivono in un determinato territorio. Con particolare riferimento al fattore religioso, la problematizzazione della diversità non si è materializzata solo a mezzo della mera (e, di per sé, già molto conflittuale e complessa da gestire) pluralità di religioni nel medesimo territorio, ma attraverso la sovrapposizione tra questo aspetto e la varietà di orientamenti, tradizioni locali e correnti spirituali all’interno di ciascuna religione; un quadro composito osservato in società già altamente differenziate sotto ogni altro aspetto della vita civile ed economica. Lo spazio pubblico europeo, ed italiano in particolare, insomma, appare segnato, da un’inedita e radicale polverizzazione della diversità, in cui all’indebolimento del tradizionale monopolio di essa da parte di una singola tradizione religiosa si è accompagnata una accentuata moltiplicazione di posizioni ideali, credenze, riti e pratiche. Una tendenza che, come è intuibile, è sempre più chiaramente contraddistinta dall’inclinazione al sospetto, alla mancanza d’integrazione e di fiducia, all’ostilità o – addirittura – al conflitto reciproco tra le istituzioni politiche e i soggetti del pluralismo sociale, con ricadute negative in termini di percezione collettiva del valore aggiunto per la convivenza comune arrecato dalla religiosità nella sua ampia poliformità<sup>8</sup>.

Un ulteriore elemento, conseguente a quelli appena indicati e anch’esso tale da mutare profondamente l’orizzonte di riferimento, è dato dal carattere identitario, più di recente, assunto dalla dimensione religiosa e dall’appartenenza confessionale. Infatti, la ricomparsa del ‘sacro’ sulla scena pubblica, di cui si è detto, si è manifestata sia attraverso un più intenso individualismo religioso che mediante una (parziale) trasformazione del patrimonio dogmatico e spirituale di alcune religioni in prassi con forte carattere identitario. Ovvero, soprattutto alcune correnti spirituali, nell’attuale contesto secolare e multi-religioso, riescono ad imporsi sulla scena sociale grazie alla loro capacità di svolgere un ruolo di consolidamento delle identità collettive. Ciò è particolarmente vero per le comunità di migranti, come quelle di fede islamica, nelle quali le tradizioni religiose esercitano una funzione identitaria, dando forma alle specificità culturali di cui esse sono espressive, anche al di là della effet-

---

<sup>8</sup> In questa prospettiva ANTONIO FUCCILLO, *Superare la sola eguaglianza formale: verso la libertà religiosa delle opportunità*, in Id. (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 61-62, secondo il quale l’idea prevalente per cui ‘il diverso da noi’ sia del tutto estraneo al tessuto sociale tradizionale e che la sua presenza determini, quasi inevitabilmente, tensioni sociali possa favorire l’affermazione di un’idea di laicità ostile in generale al fenomeno religioso. Ovvero, si possa assistere alla diffusione della tesi secondo cui «(...) una società libera dalle religioni sia moderna, mentre una compiutamente attenta a tale fenomeno per converso non lo sia, o per lo meno non appaia tale».

tiva adesione dei singoli alle particolari dogmatiche ed esperienze spirituali proprie di ciascun credo.

Sotto questo profilo, si è reso evidente come il tema della laicità sia venuto a connettersi alle riflessioni relative al necessario riconoscimento delle identità dei singoli e dei gruppi religiosi di minoranza.

Non può negarsi come, nell'epoca contemporanea, gli strumenti di tutela della libertà religiosa e le modalità di relazione tra pubblici poteri e comunità spirituali siano divenuti una questione afferente alle esigenze di riconoscimento identitario della persona umana. Basta far correre il pensiero ai problemi 'classici' della laicità, osservati nell'esperienza italiana e di altri Paesi europei, e confrontarli con le questioni odierne per avere contezza di tale mutamento. Le tematiche storiche del divorzio e dell'aborto, così come quelle più recenti delle unioni civili e del testamento biologico, nel loro essere questioni di principio e di valore, del rapporto tra diritto ed etica in ordinamenti secolari, della relazione tra scelte politiche e protezione della coscienza individuale non possono di certo essere considerate come problematiche di visibilità culturale o di affermazione delle identità spirituali minoritarie. Di sicuro non appare essere così quando si discute dei simboli religiosi e del velo islamico<sup>9</sup>, o della macellazione rituale, o della protezione contro le discriminazioni basate sull'identità religiosa, o dei casi di *hate speech* contro alcune comunità religiose<sup>10</sup>, o di

---

<sup>9</sup> La questione problematica dei simboli religiosi si propone come la cartina di tornasole dei cambiamenti interessanti la società contemporanea, sempre più multi-etnica e multi-religiosa. Le richieste di identità e di presenza dei simboli nello spazio pubblico non possono non interessare il mondo del diritto, soprattutto allorché gli operatori giuridici – magistratura e legislatore – assumono una posizione rispetto alle rivendicazioni identitarie, finendo per coinvolgere una data interpretazione del principio di laicità e degli effetti che da esso derivano sull'ordinamento giuridico e sulla convivenza giuridicamente regolata. In argomento cfr. MARCO PARISI, *Società multi-etnica e simboli religiosi tra laicità delle istituzioni pubbliche e pluralismo culturale*, in RAFFAELE COPPOLA, CARMELA VENTRELLA (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive. Atti del I Convegno Nazionale di Studi A.D.E.C.*, cit., pp. 459-463.

<sup>10</sup> Al di là delle semplificazioni, sussistono alcune difficoltà legate alla definizione dei discorsi d'odio, che possono, in modo concreto, essere individuati nelle espressioni idonee (in virtù del loro contenuto offensivo, ingiurioso e diffamatorio) a generare ostilità, rancore, disprezzo, discriminazione, intolleranza, pregiudizio, senso di rifiuto, razzismo, fanatismo, misoginia, omofobia e xenofobia, con l'obiettivo di distruggere l'identità altrui e di incitare alla commissione di atti di violenza, nei confronti dei singoli o dei gruppi identificati in base a loro specifiche caratteristiche differenziali. Come è intuibile, gli *hate speeches*, oltre a produrre gravi violazioni dei diritti della personalità e della dignità umana, sono anche atti a generare significative tensioni sociali, ponendo in serio pericolo la tenuta della pacifica convivenza comunitaria e l'armonia dell'intero sistema costituzionale. Si è di fronte, infatti, a discorsi in grado di mettere in discussione tutti i valori fondativi dello Stato sociale e democratico di diritto: la tolleranza, il pluralismo, la partecipazione e le libertà fondamentali. In questo senso, i discorsi d'odio costituiscono delle forme espressive *borderline*, collocantesi al confine tra ciò che un sistema costituzionale può e deve permettere e ciò che, invece, non può essere consentito includere nell'ambito del costituzionalmente ammissibile. Al riguardo IRENE SPIGNO, *La difesa della «polis» europea: i discorsi d'odio*, in ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi*.

altre pratiche a forte carattere identitario<sup>11</sup>. In tutte queste ipotesi vengono in rilievo, innanzitutto, le dinamiche di riconoscimento sociale unitamente a problemi di conflitto tra valori, che, tuttavia, risultano essere secondari rispetto alle preminenti questioni identitarie.

In una democrazia matura e in un ordinamento autenticamente laico, ad esempio, il *foulard* islamico, se è indossato come semplice adempimento di un precetto religioso, non dovrebbe sollevare problemi (salvo che la sua impenetrabilità non ostacoli l'identificazione della persona), dato che tra le finalità di uno Stato democratico rientra anche la valorizzazione di tutte le esigenze individuali e collettive, pure di natura identitaria. Tuttavia, laddove il copricapo proprio della tradizione religiosa musulmana venga utilizzato per rimarcare l'estraneità alla cultura dello Stato ospitante, allora esso diviene espressione di un problema politico-sociale, che non ha riferimento con la religione nella misura in cui si contraddistingue per l'afferire a questioni di giustizia sociale e di ordine pubblico<sup>12</sup>. È evidente che non tutte le consuetudini, regole o precetti religiosi possono essere accolti nell'ambito della politica dell'accoglienza,

---

*Nuove esigenze di ponderazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 249-255.

<sup>11</sup> Tuttavia, oggi, come quarant'anni fa, all'epoca della discussione in materia di regolamentazione legislativa dell'aborto e del divorzio, le questioni connesse all'identità spirituale della persona umana consentono l'individuazione dei due significati essenziali che, rispettivamente e congiuntamente, il giurista, il politico e l'uomo comune conferiscono al concetto di laicità, nonché delle garanzie giuridiche conseguenti al principio in questione. Nel primo caso, si riconosce nella nozione di laicità l'obbligo di neutralità dello Stato rispetto alle fedi e la garanzia dei diritti di cittadinanza. Invece, quanto alla seconda declinazione del concetto, si legittimano in nome della laicità le pretese di riconoscimento pubblico delle religioni e delle rivendicazioni etiche ed identitarie provenienti dal magistero delle Chiese. Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Laicità e postdemocrazia*, in AUGUSTO BARBERA, ALDO LOIODICE, MICHELE SCUDIERO, PASQUALE STANZIONE (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, tomo I, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2010, p. 148.

<sup>12</sup> Sotto questo profilo, «(...) la validità e l'efficacia delle differenti tradizioni giuridiche della libertà di religione può essere valutata comparativamente a condizione che il confronto non venga effettuato tra sistemi di valori o di credenze ma tra le risposte date a concreti e specifici problemi. Il velo integrale, nelle forme del *burqa* o del *niqab*, costituisce un buon *test* per valutare l'efficacia del metodo (...). Fermo restando che in ogni caso il velo deve essere una scelta libera e consapevole della donna che lo indossa e che ogni forma di imposizione deve essere respinta, la questione può essere affrontata in due modi: facendone una battaglia di civiltà, come è avvenuto in Francia, ed interpretando la questione del velo come uno scontro tra due sistemi culturali incompatibili perché fondati su due visioni differenti dei diritti della donna; oppure, come è accaduto in altri Paesi, identificando i luoghi, tempi ed attività che richiedono di vedere il volto di una persona e proibendo di coprirsi il volto in relazione ad essi ma non ad altri in cui questa esigenza non si pone. La seconda soluzione sembra essere più adeguata a salvare gli interessi della collettività senza sacrificare la libertà religiosa della donna. Naturalmente non sempre è possibile trovare una soluzione soddisfacente alle espressioni di differenze culturali e religiose ma questo esempio mostra la fecondità di un approccio contingente e pragmatico a questi problemi». Così SILVIO FERRARI, *La libertà di religione è un diritto universale?*, in GIUSEPPE D'ANGELO, GIUSEPPE FAUCEGLIA (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 423-424.

perché l'implementazione culturale risultante dal contatto fra tradizioni diverse è un fenomeno progressivo e reciproco. Così, anche le pratiche identitarie dell'infibulazione e dell'escissione, indipendentemente dal loro essere di matrice religiosa o culturale, sono in contrasto con la nostra formazione giuridica di rispetto della dignità umana e, ove considerate in una prospettiva di rigidità e di assolutezza, risultano essere di difficile accettazione<sup>13</sup>.

È all'interno di questo orizzonte che va collocata l'idea di laicità, al fine di chiarire in che modo una particolare configurazione della neutralità e della non identificazione possa risultare utile per la gestione della odierna convivenza giuridicamente organizzata. Ovvero, occorre, con metodo laico, riflettere sulla «(...) possibile interrelazione tra dinamiche religiose e della religiosità e diritto applicato, cioè verificare come gli strumenti giuridici vengono concretamente utilizzati (...). La nuova sfida per il diritto ecclesiastico contemporaneo, quindi, è anche quella di individuare i profili di un diritto vivente, inteso come utilizzazione di strumenti giuridici per il soddisfacimento di interessi religiosi, ed ivi verificare come tali bisogni trovino (o possano trovare) nella società multiculturale il loro appagamento<sup>14</sup>».

## 2. *Laicità come strumento di governo delle diversità nel pluralismo ideale contemporaneo*

Storicamente, come è ben noto, la laicità è stata assunta dagli ordinamenti nazionali come strumento per emanciparsi dalla tutela ecclesiastica, come principio fondante per far fronte al bisogno di costruire valori civili (autonomi dal gradimento delle Chiese) ai quali ispirarsi, per indicare ai consociati i principi cardine della vita in comune. Il perseguimento della ricerca della

---

<sup>13</sup> La positiva tendenza al riconoscimento dei diritti culturali e religiosi in favore dei gruppi di minoranza, anche in una logica di attenzione per l'evolversi del fenomeno religioso e delle politiche multiculturali, non potrebbe mai tradursi nella libertà di diffusione di pratiche oppressive esercitate dalle stesse minoranze nei confronti dei propri membri. Si dovrebbe, invece, porre in essere delle politiche finalizzate, da un lato, a consentire agli immigrati (che lo vogliano) di esprimere la loro peculiare identità etnica e, dall'altro, ad attenuare la pressione esterna che spinge gli stessi immigrati ad assimilarsi. In questo senso, si dovrebbe sempre opporre un deciso rifiuto (anche in termini normativi) a che gli immigrati possano perseverare nella pratica di costumi o di abitudini tradizionali comportanti la mortificazione dei loro diritti fondamentali, specialmente ove essi siano lesivi di beni costituzionali di prima grandezza, come il diritto alla salute o la dignità umana. Cfr. GIUSEPPE RIVETTI, *Migrazione e fenomeno religioso: problemi (opportunità) e prospettive*, in GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, pp. 116-117.

<sup>14</sup> Si esprime in questi termini ANTONIO FUCILLO, *La multireligiosità tra possibile «normazione» ed ipotetica «autonormazione»*, in ID. (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 283.

felicità attraverso la garanzia per tutti della libertà, dell'uguaglianza e della fratellanza, valori tipicamente laici propugnati dalla rivoluzione francese, ha rappresentato un passaggio fondante di una nuova etica destinata a porre le basi del superamento della visione cristiana della vita e dell'ordine sociale naturale che essa propugna.

In questo senso, la laicità è uno strumento di creazione di un'etica possibile e relativa, che permette alla persona umana di essere diversa e al tempo stesso uguale, di non essere prigioniera di un orientamento ideale e spirituale 'totalizzante', ma che consente ad ognuno di partecipare con gli altri consociati alla costruzione di un modello di convivenza in cui si è liberi di ricercare se stessi nella propria unicità e, al tempo stesso ed eventualmente, in un Dio. Così, proprio «(...) per questa sua attitudine a garantire tutti senza chiedere garanzie, o adesioni culturali o religiose ai movimenti storici da cui è nata, la laicità conserva la capacità di fungere da criterio direttivo delle politiche di riconoscimento delle differenze in un quadro di uguaglianza dei diritti pur nel mutato scenario della società multiculturale<sup>15</sup>».

Intesa in questi termini, la laicità si propone come strumento essenziale di governo dell'epoca contemporanea, di gestione delle appartenenze nella società ormai pluriculturale, di tutela delle diversità che sperimentano la contraddizione di vivere in uno spazio sociale costantemente rivendicato da ognuna di esse come proprio ed esclusivo, ma che è in realtà destinato ad una necessaria ed inevitabile condivisione. Se priva dello strumento della laicità, l'odierna organizzazione sociale non riuscirebbe a preservare il bene fondamentale della pace, non sarebbe in grado di gestire il relativismo dei valori e delle conoscenze, non potrebbe garantire le diversità dei comportamenti e degli stili di vita. Pertanto, la laicità assume il valore di formante culturale, di strumento operativo che permea di sé l'ordinamento, inserendosi ed insinuandosi nelle norme che regolano i diversi istituti giuridici, così da plasmarli e da renderli tra di loro coerenti, contribuendo a fornire al sistema normativo i mezzi per l'assicurazione della libertà e di una efficace gestione dei conflitti<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Così NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 44.

<sup>16</sup> In questo senso, lo Stato laico e democratico non necessita di riferimenti metapolitici, dal momento che esso non compie più le proprie scelte sulla base del criterio di verità-autorità. La laicità degli ordinamenti moderni coincide, così, con lo spazio pubblico democratico entro cui tutti i cittadini, credenti e non, si scambiano i loro argomenti e attivano procedure concorsuali di decisioni, senza interrogarsi autoritativamente sulle ragioni delle proprie verità di fede o sul fondamento dei propri convincimenti in generale. Ciò che conta è la capacità di reciproca persuasione, in termini pacifici e sulla base di un confronto rispettoso, in una logica di leale osservanza delle procedure. Cfr. LUCIANO ZANOTTI, *La sana democrazia. Verità della Chiesa e principi dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 255.

Ciò detto, se realmente si intende perseguire l'integrazione sociale in modo laico, o, per meglio dire, laddove si intenda costruire uno Stato capace di includere le diverse identità ideali e religiose, è necessario partire da un'idea di laicità che implichi la (chiara ed inequivoca) neutralità delle istituzioni e dello spazio pubblico intesa come imparzialità e non confessionarietà delle scelte politiche. Una laicità che, tuttavia, possa consentire, nella logica propria dello Stato sociale, interventi di sostegno o di promozione di alcuni aspetti della vita spirituale, nella misura in cui essi possano essere funzionali al riconoscimento delle specificità ideali dei singoli e delle formazioni sociali, nella logica costituzionale del perfezionamento della persona umana<sup>17</sup>. Così, le istituzioni civili dovrebbero «(...) mettersi laicamente a servizio dell'esplicazione della personalità umana, dotandosi di norme ed altri strumenti idonei a garantire il pluralismo etico-culturale in condizioni di effettiva parità, senza cioè consentire ad alcuna particolare convinzione di monopolizzare la sfera pubblica<sup>18</sup>». Allo stesso tempo, sarebbe opportuno giungere all'individuazione di un modello di laicità in grado di garantire il contesto giuridico strumentale alla realizzazione di una convivenza che, nel rispettare il pluralismo ideale, possa creare «(...) un vincolo di solidarietà in grado di competere con le lealtà particolari e di neutralizzarne le spinte centrifughe<sup>19</sup>».

Così, ci si interroga, inevitabilmente, su quali siano i confini entro cui dovrebbe collocarsi una concezione della laicità che possa soddisfare queste esigenze. L'assetto sociale entro cui essa è chiamata ad operare, ovviamente, nel suo essere animato da una vasta pluralità di orientamenti ideologici, non è indifferente alle sollecitazioni ideali, ma è contraddistinto da una linea direttrice irrinunciabile, che tutti i soggetti in campo (anche quelli religiosamente qualificati) dovrebbero adeguatamente considerare in una condivisa prospettiva di conservazione della vita in comune. Vale a dire, l'impegno ad escludere – in modo esplicito e netto – che le tesi fondate su un riferimento diretto alla dimensione della trascendenza possano essere accolte come base della discussione pubblica (e, in particolare,

---

<sup>17</sup> Come si vedrà meglio in seguito, è da ritenersi compatibile con il progetto costituzionale di politica ecclesiastica una laicità che possa farsi carico di politiche pubbliche di intervento (non eccessivamente invasivo) sul fenomeno religioso. Ovvero, una laicità che – nella logica della distinzione e dell'alterità – costruisca l'ambiente per un positivo dialogo con le autorità religiose, al fine di promuovere la diversità senza che si determini un sacrificio intollerabile per l'eguaglianza. Cfr. MARCO VENTURA, *Funerali o battesimo della laicità? Una nuova politica religiosa italiana ed europea*, in ROBERTO DE VITA, FABIO BERTI, LORENZO NASI (a cura di), *Democrazia, laicità e società multireligiosa*, Franco Angeli, Milano, 2005, p. 83.

<sup>18</sup> In questi termini FORTUNATO FRENI, *La libertà religiosa tra solidarietà e pluralismo. Analisi e proposte sul modello di laicità «all'italiana»*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 15.

<sup>19</sup> Così SILVIO FERRARI, *Diritto e religione nello Stato laico: islam e laicità*, in GIAN ENRICO RUSCONI (a cura di), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 317.

politica) a mezzo della quale pervenire all'adozione di norme cogenti. Così, ad esempio, non sarebbe possibile, in determinate ipotesi, fissare una circoscritta proibizione del consumo di alcolici motivando l'assunzione del parziale divieto sulla base di una prescrizione coranica. Invece, laicamente, l'ipotizzata proibizione potrebbe realizzarsi avendo considerazione per le esigenze di protezione della salute collettiva, opportunamente calibrate in rapporto alla contestuale necessità di salvaguardia della libertà individuale. Sostanzialmente, le soluzioni legislative finalizzate alla disciplina dell'organizzazione comunitaria ben potrebbero essere le più diverse, ma la loro eventuale ispirazione ideale è destinata a restare sullo sfondo. Infatti, il dibattito generale finalizzato all'assunzione delle scelte politiche, in una logica di adesione al principio di non identificazione e di neutralità, può e deve caratterizzarsi per l'adozione di regole organizzative decifrabili ed apprezzabili dall'intera collettività sociale, così da favorire un esito che possa essere poi accettato indipendentemente dalle differenti convinzioni e fedi religiose dei destinatari della norma giuridica<sup>20</sup>.

Alla conclusione del confronto propedeutico all'esercizio della funzione nomopoietica, la regola scaturente dal consenso parlamentare maggioritario deve essere oggetto della massima condivisione sociale. Ovvero, volendo nuovamente esemplificare, l'approvazione di una legge che regolamenti la macellazione rituale, nel suo essere l'esito di un procedimento democratico di discussione pubblica e di decisione politica delle Camere, deve essere rispettata anche da quanti possano avere una diversa idea della disciplina di questa materia. Pur restando impregiudicato il diritto degli oppositori del provvedimento di stimolare una sua successiva modifica normativa avvalendosi degli strumenti messi a disposizione dalla democrazia, la garanzia offerta dalla decisione laica ed imparziale delle istituzioni statali ben si presta a favorire l'effettività sociale e giuridica della legge.

---

<sup>20</sup> Sembra essere necessario riconsiderare la funzione primaria assegnata allo Stato di diritto costituzionale: la predisposizione di moduli procedurali (ovvero, i processi democratici di partecipazione politica) per consentire, da un lato, la libera realizzazione di un processo decisionale partecipato ed orientato al compromesso e, dall'altro, la prefigurazione di un processo di orientamento valoriale (vale a dire, di un insieme organico di idee-forza della organizzazione politica, tale da essere unanimemente condiviso) destinato, in modo stabile, a mitigare lo scontro politico in una società disomogenea negli interessi coltivati. In sostanza, democrazia e pluralismo, come elementi strutturali della organizzazione politica sociale contemporanea, presuppongono, in primo luogo, la necessità di predefinire le regole di coesione e di compatibilità delle diversità nella convivenza comunitaria. Nell'ambito dell'esperienza sociale religiosa, i principi di neutralità e di non identificazione dello Stato valgono, per l'appunto, a riconoscere la differenziazione delle opzioni di fede e, nello stesso tempo, a tutelare queste concrete istanze di diversità da processi decisionali che potrebbero svilirli o mortificarli. Cfr. IVANA VECCHIO CAIRONE, *Democrazie in crisi e credenze di fede*, in GIUSEPPE D'ANGELO, GIUSEPPE FAUCEGLIA (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, tomo I, cit., p. 753.

### 3. Il 'farsi' della laicità nell'epoca della globalizzazione e del multiculturalismo

Da quanto detto, può giungersi ad una prima conclusione relativamente alla fisionomia della laicità contemporanea, che dovrebbe prestarsi alla costruzione di canali di comunicazione tra la società civile, le istituzioni politiche e le convinzioni di più diversa matrice culturale ed ideale. Nell'epoca della globalizzazione e del multiculturalismo, la laicità non può che essere pacificatrice, per un verso secolarizzando i poteri pubblici ed inducendoli a rinunciare ad una propria etica religiosamente ispirata e, per un altro, collocando sullo stesso piano l'esercizio positivo e negativo della libertà di religione e stimolando credenti e non credenti al reciproco ascolto (al di là delle inevitabili divergenze di pensiero).

Proprio per questa sua attitudine alla composizione dei conflitti, la concezione odierna della laicità sembrerebbe, in modo apparente, esulare dal diritto in senso stretto, pur non dovendosi dimenticare, invece, che la sua genesi è squisitamente giuridica. Anzi, dovrebbe essere opportuno continuare a rievocare la sentenza n. 203 del 1989 della Consulta, nella quale il principio di laicità dello Stato veniva proclamato per evitare una dichiarazione di illegittimità di una norma concordataria, interpretata dalla giurisprudenza amministrativa nel senso di fissare l'obbligo di svolgimento di attività alternative in capo agli studenti non avvalentisi dell'insegnamento di religione cattolica. Una pronuncia del Giudice delle Leggi di portata storica, ma tuttora attualissima nella misura in cui la laicità viene asserita non in nome di un superato confessionismo di Stato, ma in funzione della salvaguardia della libertà di coscienza<sup>21</sup>, intesa come un bene giuridico fruibile da tutti: credenti, non credenti e diversamente credenti.

Nell'orizzonte di pensiero proposto dalla Corte, lo Stato è laico in quanto

---

<sup>21</sup> Nella prospettiva della Corte, il principio di laicità affonderebbe le sue radici in rivendicazioni connesse alla libertà della coscienza individuale e all'affermazione dell'eguaglianza. L'una e l'altra diventano un carattere identificativo dei diritti di cittadinanza, sulla base della necessaria valorizzazione politica e costituzionale del pluralismo ideologico, sociale e religioso. In quest'ordine di idee, per il Giudice delle Leggi, la coscienza religiosa e la religione in sé non dovrebbero essere sottoposte ad un processo astrattizzante mirante a concepirle come estranee (o estraniabili) dal contesto sociale in cui esse si manifestano, ma andrebbero considerate come una risorsa assiologica, motivazionale e politica della democrazia contemporanea. Questa modalità di concezione e di valorizzazione delle istanze coscienziali, pur essendo parzialmente valida perché in grado di promuovere la realizzazione della religiosità individuale, appare essere dubbia nel momento in cui, nella sentenza n. 203 del 1989, si presta a veicolare un'idea di laicità parametrata sulla (ingiustificata) rilevanza pubblica del cattolicesimo e sulla difesa del sistema pattizio di rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose come mezzo unico per una tutela differenziata delle esigenze religiose sulla base della rispettiva consistenza. Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Multiculturalismo e aconfessionalità: versioni attenuate dei principi di pluralismo e laicità*, in ANTONIO FUCCILLO (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., pp. 115-125.

non è etico o confessionale, così dall'essere separato da ogni cultura nella misura in cui riconosce il pieno valore delle differenze e, in sintonia con il carattere necessariamente relativistico della democrazia<sup>22</sup>, non ne privilegia alcuna, rispettandole tutte in egual misura. Una positiva attitudine delle pubbliche istituzioni laiche, che è destinata a concretarsi, nella logica propria dello Stato sociale, più in una eguale attenzione per i diversi bisogni socialmente rilevati che nelle forme di una eguale indifferenza verso gli interessi in campo, con la conseguente attuazione di interventi di promozione del pluralismo ideale<sup>23</sup>. La Consulta, quindi, propende per una interpretazione positiva della laicità, intesa come pari considerazione e non semplice ed asettica estraneità per le espressioni ideali e religiose, in una logica che si rivela strumentale alla composizione della conflittualità sociale nello scenario multiculturale contemporaneo. Ciò in quanto, per la Corte costituzionale, la laicità è apertura, inclusività, desiderio di conoscenza dell'altro e delle sue idee, essendo concepita come uno strumento di arricchimento reciproco, e non certo di diffidenza e di

---

<sup>22</sup> Ben può dirsi che il relativismo è connaturato alla democrazia, nella misura in cui essa si contraddistingue per l'essere contraria all'assolutismo etico ed ideale. In questo senso, il relativismo è anch'esso 'relativo' e non deve suscitare timore, nel momento in cui si abbia chiara la sua distinzione rispetto allo scetticismo, al nichilismo, all'anarchismo e al soggettivismo etico. Nella logica, che è stata fatta propria anche dalla Consulta, il relativismo viene assunto nelle forme della tolleranza, del dubbio rivolto nei confronti di tutte le certezze, della demistificazione di tutti gli idoli, della capacità di credere fortemente in alcuni valori, sapendo che ne esistono altri, pur essi rispettabili. Cfr. NICOLA COLAIANNI, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato. Il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), luglio 2008, pp. 43-44.

<sup>23</sup> Si può ritenere che l'approccio in chiave di interventi promozionali – ascrivibili alla categoria delle azioni positive – a sostegno, in un quadro di pluralismo religioso e culturale, delle libertà di religione di tutti, e in primo luogo delle minoranze religiose, così come prospettato e consolidato, nel corso degli anni, dalla evoluzione della giurisprudenza costituzionale, costituisce una specificità del carattere laico della Repubblica. Ciò nella logica propria di una Repubblica 'interventista', che ha assunto a suo compito quello della rimozione di ogni ostacolo di ordine economico e sociale limitante di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini (art. 3, comma II, Cost.), determinando, in tal modo, cambiamenti molto importanti nei rapporti tra religione e ordinamento civile. Le azioni 'positive' (attuare nel quadro di una strategia volta sia a porre fine che a prevenire le discriminazioni) sono mirate a permettere la piena attuazione delle garanzie e delle tutele assicurate dall'art. 8, comma I°, e 19 Cost. nei rapporti tra pubblici poteri e privati cittadini, da un lato, e nelle relazioni tra privati, dall'altro. Tale orientamento ha la finalità di promuovere l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali della persona e di assicurare la realizzazione delle condizioni del pluralismo confessionale, che della laicità è uno dei pilastri. L'obiettivo perseguito è quello di assicurare a tutte le confessioni religiose una effettiva parità di *chances*, anche con il ricorso a vere e proprie ipotesi di 'discriminazione positiva' alla luce della contiguità tra l'adozione di alcune azioni concrete e l'eliminazione degli effetti di differenziazioni a carattere sistemico. Sostanzialmente, si è legittimato l'impiego, in modo temperato ed equilibrato, del 'diritto diseguale' in una prospettiva di perequazione delle disfunzioni in essere. Si veda GIUSEPPE CASUSCELLI, *La crisi economica e la reciproca collaborazione tra le Chiese e lo Stato per «il bene del Paese»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2011, pp. 30-32.

contrapposizione<sup>24</sup>.

Ovviamente, la dottrina ha posto molta enfasi sulla caratterizzazione separatista ed aconfessionale della laicità, che è il portato della sentenza n. 203 del 1989, per favorire, in sintonia con gli orientamenti proposti dal Giudice delle Leggi, l'affermazione di un modello pluralista di laicità, favorevole alla valorizzazione di tutte le differenti identità presenti nello spazio sociale. Una laicità inclusiva, quindi, in grado di accogliere anche le concezioni teoriche eterodosse, come quelle di matrice islamica, entro il limite invalicabile della salvaguardia dei principi di dignità della persona umana e di uguaglianza<sup>25</sup>.

L'idea di laicità, nella nostra esperienza storico-istituzionale e nella elaborazione suggerita dalla Consulta, parte dalla consapevolezza per cui i pubblici poteri costituiscono un servizio alla comunità civile, che è pluralista e pretende da loro la neutralità. Pertanto, la laicità, al giorno d'oggi, viene a configurarsi come «(...) un co-elemento indispensabile per garantire il senso di appartenenza, di unità, di solidarietà fra soggetti diversi, ma che si legano fortemente nell'identità condivisa di nazione, di popolo, di comunità coesa, per il raggiungimento di beni comuni come la pace, la prosperità, la felicità, senza imporre una omogeneità assoluta di convinzioni ideologiche o di modi di vita. In questa chiave la laicità riconosce le religioni, tutte le religioni seguite in un determinato contesto, ma anche l'ateismo e l'indifferentismo religioso, come modi di essere diversi di individui uguali per dignità, per genere (maschile e femminile), razza, religione, lingua o altro, in quanto solidalmente uniti<sup>26</sup>» per

---

<sup>24</sup> CARLO CARDIA, *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), novembre 2009, p. 23.

<sup>25</sup> Tale caratterizzazione della laicità sembra essere l'unica applicabile nei confronti dell'Islam, atteso che, proprio rispetto a tale corrente spirituale, l'attuazione del principio di neutralità viene a porsi in forme ambivalenti. Per un verso, infatti, alcune istanze provenienti dal mondo islamico si possono ritenere contrastanti con l'affermazione del principio di laicità, inteso in termini piuttosto latissimi; si pensi, sotto questo aspetto, ad esempio, ai propositi di controllo non solo dell'abbigliamento ma, in generale, della condizione sociale della donna (all'interno della famiglia o nella comunità scolastica) e della sua subordinazione all'uomo ed alla collettività di provenienza. Per un altro verso, poi, il timore nei confronti del mondo islamico si presta a produrre un *vulnus* nei confronti della laicità (intesa come neutralità dello Stato verso le diverse espressioni del fenomeno religioso), quando si intenda limitare, anche drasticamente, rispetto ad altre confessioni, la libertà di religione e di culto dei musulmani; ciò in un contesto caratterizzato da crescenti interventi normativi sub-legislativi, costituiti dalle ordinanze di non pochi sindaci del Nord Italia, favorite dalle modifiche della legislazione nazionale in tema di sicurezza ed incolumità pubblica. Cfr. STEFANO SICARDI, *Alcuni problemi della laicità in versione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), marzo 2010, p. 29.

<sup>26</sup> Così VALERIO TOZZI, *C'è una politica ecclesiastica dei Governi. E la dottrina?*, in PAOLO PICOZZA, GIUSEPPE RIVETTI (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 171.

il conseguimento degli obiettivi comuni della pacifica convivenza<sup>27</sup>.

Proprio per i ricordati caratteri di equidistanza e imparzialità, per il suo interagire con un ‘regime di pluralismo confessionale e culturale’, per cui si definisce pluralista, la laicità è salvaguardia delle differenze ed è a garanzia di tutte le fedi e le confessioni religiose<sup>28</sup>. La distinzione degli ordini distinti, come enunciata nell’art. 7 della Carta, tutela una differenza storica, ma nell’odierna società pluriculturale e multireligiosa protegge, in generale, ogni differenza culturale o religiosa e dovrebbe governare – in forme neutrali – i rapporti tra fedeli ed istituzione ecclesiastica<sup>29</sup>. Essa diventa la *ratio* del test di

---

<sup>27</sup> La preoccupazione principale dello Stato laico non può che essere l’esigenza di garantire il pluralismo culturale e religioso, contraddistinto dal riconoscimento dell’esistenza di una significativa vastità di etiche e dell’eguaglianza di rispetto che si deve ad ognuna di esse. Ovviamente, l’obiettivo perseguito, ben lungi dal rinfocolamento dello scontro tra assolutismi ed integralismi, è la garanzia della convivenza pacifica delle differenti identità presenti nelle attuali società multiculturali. Si è, quindi, in una prospettiva di favore per la realizzazione di un relativismo etico che, nell’esperienza costituzionale italiana, ha determinato la positivizzazione di esigenze trasformate in obblighi giuridici fondamentali. Infatti, la nostra Carta costituzionale ben esprime, in forma sintetica, la tendenza all’universalismo nei doveri inderogabili di solidarietà e di rispetto della persona umana, in una logica tesa alla creazione di una società giusta e all’inveramento di un’etica civile laica, a cui ognuno ha il dovere di essere fedele (art. 54 Cost.). Cfr. NICOLA COLALANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell’età dei diritti*, Cacucci Editore, Bari, 2017, pp. 305-306.

<sup>28</sup> Sotto questo profilo, in particolare, la tutela del sentimento religioso deve prescindere da dati statistici o da elementi quantitativi (come la diffusione numerica di una determinata religione nella società), e garantire sia le posizioni di minoranza che quelle maggioritarie. Ne ha preso atto la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 329 del 1997 relativamente al reato di vilipendio della religione cattolica, dopo aver affermato l’inammissibilità di una disuguaglianza di trattamento tra le varie fedi, ha precisato l’esigenza di proteggere con norme penali il sentimento religioso generalmente inteso, libero di manifestarsi indipendentemente dalla corrente spirituale (maggioritaria o minoritaria) che può essere riferita all’estrinsecazione del pluralismo religioso.

<sup>29</sup> Il problema della distinzione degli ordini tra Chiesa cattolica e Stato va impostato tenendo anche presente che una soluzione volta ad assicurare, ad ogni costo, il rispetto della sovranità statale non deve, d’altra parte, risolversi in un’eccessiva compressione dello *ius libertatis Ecclesiae*, privando le autorità ecclesiastiche della stessa possibilità di esplicitare con efficacia il proprio compito. Appare, invece, necessario trovare un criterio di soddisfacente contemperamento degli opposti interessi, il quale, facendo salvo da una parte il diritto di libertà della Chiesa, valga a conciliarne dall’altra, nei limiti del possibile, le manifestazioni concrete, socialmente rilevanti, con gli interessi dello Stato. Sotto questo profilo, non può certo sottovalutarsi la circostanza che il diritto di libertà della Chiesa, alla pari dell’omologo diritto delle altre confessioni (di cui al comma 1 dell’art. 8 Cost.), si configura come un diritto costituzionalmente garantito. Spetterà, allora, alla magistratura risolvere le singole controversie giudiziarie sottoposte al suo esame, valutando nel loro giusto rilievo le legittime esigenze della Chiesa ed i fondamentali interessi dello Stato. Nella soluzione delle singole questioni, l’interprete deve tener presente che la tendenza generale del diritto pubblico degli Stati moderni è quella di riconoscere maggiore tutela alla libertà religiosa individuale, pure a scapito della ‘libertà ecclesiastica’ delle confessioni religiose, con la conseguenza che, nell’eventuale contrasto tra lo *ius libertatis Ecclesiae* e la libertà di coscienza e di religione dei singoli, anch’esse costituzionalmente garantite, è il primo diritto che dovrebbe (teoricamente e preferibilmente) subire un sacrificio. In dottrina SERGIO LARICCIA, *Costituzione e fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 26 gennaio 2015, n. 3 del 2015, pp. 15-17.

ragionevolezza, che è ammissibile e doveroso al fine di saggiare la resistenza costituzionale dei prodotti dell'attività legislativa, e cioè la loro inquadrabilità nello stesso paradigma della laicità<sup>30</sup>.

#### 4. Conclusioni

Volendo indicare, in sintesi, i limiti e le risorse di questa laicità come profilo fondamentale della forma di Stato, si potrebbe dire che essa non regola alcun settore normativo ma illumina, combinata con gli altri principi fondanti della Costituzione, tutto l'ordinamento giuridico, salvaguardando le note che fanno delle istituzioni pubbliche la 'casa comune' di tutti. In quest'ottica, pur essendo un prodotto giurisprudenziale, la laicità è un portato diretto della Costituzione e, oggi, sempre più, si propone come strumento di *governance* della complessità determinata dalle diversità culturali e religiose della società contemporanea, in cui, inevitabilmente, come ha precisato la Consulta nelle sentenze nn. 440 del 18 ottobre 1995 e 508 del 20 novembre 2000, devono convivere fedi, culture e tradizioni diverse<sup>31</sup>. Troverebbe realizzazione, per questa via, un'esperienza più avanzata di democrazia, sia sul piano sostanziale (o assiologico) che su quello formale (o procedurale), consentendo a tutti i diversi orientamenti ideali un equilibrato protagonismo nella sfera pubblica e raccogliendo, in un unico sistema giuridico-sociale, determinazioni politiche e scelte etiche, secondo la cifra dei principi di laicità e di sussidiarietà, di uguaglianza e di diversità, di unità e di autonomia.

---

<sup>30</sup> Sotto questo profilo, la laicità rientra nel novero dei fattori generali di legittimazione del processo di produzione giuridica e di interpretazione normativa, operando come norma di riconoscimento della volontà del legislatore e come strumento di procedura comunicativa, che rimanda ad una neutrale visione della convivenza comune e del patto costituzionale sottostante ad essa. Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 53-56.

<sup>31</sup> Nell'opinione della Consulta, la laicità connota la qualità del contesto istituzionale e sociale all'interno del quale si manifesta il pluralismo religioso. Ne consegue, come compito dello Stato, l'assicurazione di una condizione di convivenza in cui si possano liberamente manifestare le convinzioni degli individui, cosicché tutti potranno riconoscervi un ambito comune. I poteri pubblici, nell'evitare – come è ovvio che sia – qualsiasi avallo in favore di uno specifico orientamento ideale o confessionale e nell'astenersi dall'ingerire in questioni interne ai gruppi spirituali, grazie alla centralità ordinamentale del principio di laicità e dell'interventismo dello Stato sociale, potranno riconoscere alle organizzazioni collettive religiosamente qualificate un'attitudine positiva, finalizzata all'attuazione del più ampio pluralismo e al perfezionamento della personalità umana. Cfr. GIANCARLO ROLLA, *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, in ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 113.

RIASSUNTO

Le trasformazioni delle società europee (e, quindi, anche di quella italiana) in senso multi-etnico stanno rilanciando un duplice dibattito: quello relativo al significato sociale e al ruolo pubblico delle religioni, e quello che riguarda la regolazione politica del pluralismo religioso in una prospettiva di rispetto della laicità dello Stato. Con l'avvento dell'immigrazione, le domande di riconoscimento pubblico delle appartenenze religiose, di istanze e di simboli spiritualmente connotati hanno rinvigorito il dibattito sul significato, i confini e le implicazioni della neutralità dei pubblici poteri. L'analisi delle diverse concezioni della laicità dello Stato e della sua posizione rispetto alle istanze religiosamente qualificate pone l'accento sulla necessità di ripensare l'attitudine alla neutralità delle istituzioni pubbliche. Ciò nel senso di promuovere un ampliamento dei diritti civili e di libertà in una logica di non discriminazione e di inclusione e attraverso gli strumenti del compromesso e del dialogo, così da porre rimedio alla possibile esclusione dal circuito democratico dei singoli e dei gruppi religiosi portatori di istanze contrastanti con i valori fondanti delle democrazie occidentali.

PAROLE CHIAVE

*Laicità; democrazia; pluralismo; globalizzazione*

ABSTRACT

The transformations of European societies (and therefore also of Italian society) in a multiethnic sense are reviving a double debate: the one concerning the social meaning and the public role of religions, and the one concerning the political regulation of religious pluralism in a perspective of respect for the secular State. With the advent of immigration, the questions of public recognition of religious affiliations, instances and spiritually connoted symbols have invigorated the debate on the meaning, the boundaries and the implications of the neutrality of public powers. The analysis of the different conceptions of the secular State and its position with respect to the religiously qualified instances emphasizes the need to rethink the attitude to the neutrality of public institutions. This in the sense of promoting a broadening of civil rights and freedoms in a logic of non-discrimination and inclusion and through the tools of compromise and dialogue, so as to remedy the possible exclusion from the democratic circuit of individuals and religious groups carrying instances conflicting with the founding values of Western democracies.

KEY WORDS

*Laicity; democracy; pluralism; globalization*

# *Il triplo talāq al vaglio della Corte Suprema indiana*

MARCO SEGHEGIO

*SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il concetto di diritto anglo-islamico – 2.1 La sua genesi – 2.2 ...E il suo sviluppo – 2.3 Il diritto anglo-musulmano nel formante legislativo – 3. Il triplo talāq – 4. L'intervento della Corte Suprema – 4.1 La decisione – 4.2 L'opinione di Khehar e Nazeer – 4.3 L'opinione di Joseph – 4.4 L'opinione di Nariman e Lalit – 5. Il dispositivo della sentenza – 6. Successive evoluzioni giurisprudenziali – 7. Iniziative legislative – 8. Conclusioni*

## *1. Introduzione*

Com'è noto, anche sotto il profilo giuridico, l'India contemporanea appare un sistema complesso, in cui si intersecano più sottosistemi od ordinamenti. Uno di questi è costituito dal diritto territoriale indiano, laico e di produzione statale, che vincola tutti coloro che si trovino all'interno del territorio su cui lo Stato indiano esercita il proprio *imperium*.

Per ragioni storiche, tuttavia, esso rimanda, nell'ambito dello statuto personale,<sup>1</sup> ad una pluralità di diritti personali,<sup>2</sup> applicabili sulla base dell'appartenenza del singolo ad una determinata comunità,<sup>3</sup> con la conseguenza

---

<sup>1</sup> Si tratta delle norme riguardanti lo stato e la capacità delle persone, il matrimonio, la filiazione, l'adozione, la tutela e le successioni.

<sup>2</sup> E ciò malgrado l'articolo 44 della Costituzione vincolò lo Stato a promulgare un Codice Civile che si applichi a tutti i cittadini indiani. Contro tale apatia del legislatore più volte ha avuto modo di esprimersi la Corte Suprema, ogni volta esortando il parlamento ad ottemperare a tale ordine; sul tema, si può rimandare, per esempio, a *Smt. Sarla Mudgal, President, Kalyani & Ors v Union of India & Ors*, AIR 1995 SC 1531. Per una breve analisi in lingua italiana dell'articolo di cui tratta si rimanda a LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, Cuem, Milano, 2006, p. 94 e ss.

<sup>3</sup> Si tratta dei diritti indù, islamico, cristiano, parsi ed ebreo; infatti, «il diritto di famiglia indiano è un labirinto in cui può sembrare difficoltoso orientarsi. [...] Per individuare la disciplina che regola una controversia in materia matrimoniale occorre, innanzitutto, considerare a quale comunità appartengono le parti coinvolte. Diverse leggi disciplinano la fattispecie e sono applicabili su base personale, ossia a seconda della comunità di appartenenza: esiste una normativa sul matrimonio e sullo scioglimento dello stesso per gli hindu, una per i musulmani, una per i parsi ed, inoltre, una applicabile ai matrimoni

che, in tali materie, ai cittadini indú si applica il diritto indú, *rectius* il diritto anglo-indú, e ai cittadini islamici si applica il diritto islamico, *rectius* il diritto anglo-islamico.

Si tratta di una scelta rispettosa del pluralismo della società indiana, che ha, però, talvolta, condotto ad antinomie fra le disposizioni dei diritti personali e quelle del diritto territoriale o della Costituzione stessa.<sup>4</sup> In queste circostanze, l'intervento della giurisprudenza è stato reso maggiormente complesso dalla considerazione che molte delle pratiche previste dai diritti di cui si tratta sono religiosamente orientate e, pertanto, possono ambire a godere delle tutele predisposte dalla legge fondamentale nei confronti della libertà religiosa.<sup>5</sup>

Un simile caso di contrasto è rappresentato dalla questione del divorzio mediante triplo *talāq*, che verrà qui esaminata.

## *2. Il concetto di diritto anglo-islamico*

L'espressione 'diritto anglo-islamico' è stata coniata per riferirsi all'ordinamento giuridico ibrido nato dalla commistione fra i principî giuridici islamici e i precetti del *common law*.

Infatti, sin da prima dell'arrivo dei colonizzatori britannici, nella sfera di cui si tratta, agli indiani si applicava il rispettivo diritto personale. Gli inglesi, desiderosi di non interferire oltremodo in tali questioni, mantennero in vigore il sistema previgente, con la conseguenza che ai musulmani ed agli indú, sia per nascita sia per conversione,<sup>6</sup> continuò ad applicarsi il diritto personale del-

---

tra appartenenti a comunità diverse o a coloro che hanno contratto solo matrimonio civile», LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, cit., p. 91. Una sintesi completa delle regole per determinare quale diritto si applichi si trova in PARAS DIWAN, PEEYUSHI DIWAN, *Family Law: Hindus, Muslims, Christians, Parsis and Jews*, Allahabad Law Agency, Faridabad, 2012, p. 2 e ss.

<sup>4</sup> Più in generale, un simile approccio improntato all'applicazione alle diverse comunità del proprio diritto personale ha, come conseguenza naturale, il prodursi di situazioni di disparità di trattamento, per esempio per quanto riguarda il trattamento delle donne. I tentativi di uniformazione finora fatti hanno, però, prodotto risultati limitati, frutto principalmente dell'intervento da parte del formante giurisprudenziale. Sul tema si può rimandare a CHIARA CORRENDO, DOMENICO FRANCAVILLA, *Legislazione e diritti personali in India*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2017, p. 357.

<sup>5</sup> Ed è stato, perciò, necessario determinare entro quali limiti le pratiche *de quibus* potessero essere considerate manifestazioni religiose protette dalla Costituzione, sia per risolvere i casi di antinomia, ma anche per individuare gli eventuali limiti all'attività del legislatore. Sul tema, *ex multis*, si può rimandare a FRANCESCO ALICINO, *Libertà religiosa e principio di laicità in India*, in DOMENICO AMIRANTE, CARMELA DECARO, EVA PFÖSTL (a cura di) *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Giappichelli, Torino, 2013 ed a VALENTINA RITA SCOTTI, *Defining religion: the Supreme Court of India and the 'Essential Practice of Religion' Doctrine*, in *Diritto e religioni*, 1, 2017, p. 440.

<sup>6</sup> Infatti, con la conversione, il convertito rinuncia *in toto* alla sua religione precedente ed al suo

la comunità di appartenenza,<sup>7</sup> nel rispetto delle prescrizioni ed interpretazioni proprie della specifica scuola.<sup>8</sup>

Tuttavia, i precetti di tali diritti personali erano applicati da giudici formati all'interno di un ordinamento totalmente diverso e, a causa di ciò, questi ultimi finirono, in maniera più o meno volontaria, per ibridare i sistemi giuridici tradizionali con quello britannico.

## 2.1. La sua genesi

La colonizzazione inglese dell'India cominciò nel corso del XVIII secolo. In questa fase, l'obiettivo principale dei britannici era ottenere il massimo guadagno possibile con il minimo dispendio di risorse, sia politiche sia militari.<sup>9</sup>

Per tale ragione, la Compagnia delle Indie Orientali, originariamente incaricata dello sfruttamento delle risorse locali e del commercio con la colonia,<sup>10</sup> trovò conveniente tollerare e adattarsi a molti aspetti della società indiana

---

status all'interno della stessa, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, C. Jamnadas, Bombay, 1967, p. 21. Tuttavia, per quanto riguarda la conversione all'islam, affinché essa sia considerata legittima e porti all'applicazione del diritto musulmano, il convertito deve dimostrare che la propria intenzione di adottare tale religione era genuina ed in buona fede, v. RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, Central Law Agency, Allahabad, 2006, p. 4. Per le problematiche offerte dalla conversione alla religione indù, si rimanda a PARAS DIWAN, *Family Law*, Allahabad Law Agency, Faridabad, 2009, p. 2. Si veda anche la sentenza della Corte Suprema nel caso *The Controller of Estate Duty, Mysore, Bangalore v Haji Abdul Sattar Sait & Ors*, 1973, 1 S.C.R., p. 231.

<sup>7</sup> In particolare, per quanto riguarda il matrimonio, nel 1872, gli inglesi promulgarono due leggi: il *Christian Marriage Act*, che si applicava ai matrimoni in cui almeno un nubendo fosse di religione cristiana, e lo *Special Marriage Act*, riguardante le unioni civili fra soggetti che non si professavano indù, musulmani, cristiani, parsi, o di religione ebraica, v. ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 3, 1954, p. 576 e p. 589.

<sup>8</sup> Per i musulmani, il riferimento è alle due scuole principali dell'islam, ossia i sunniti e gli sciiti, a loro volta suddivise in sotto-scuole. Per quanto riguarda l'India, la sotto-scuola sunnita in cui s'identifica la maggioranza dei fedeli è quella hanafita, mentre, per quanto riguarda gli sciiti, si tratta del filone dei duodecimani, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., pp. 24-25. Quanto agli indù, invece, il riferimento alle scuole si riferisce al *dayabhaga* e al *mitakshara*, a sua volta suddiviso in quattro sotto-scuole: *benares*, *mithila*, *maharashtra* e *dravida*, v. SATYAJEET A. DESAI, *Mulla's Principles of Hindu Law*, Butterworths, Nuova Delhi, 2012, pp. 58-59.

<sup>9</sup> Tale atteggiamento era perfettamente in linea con l'opinione dei colonizzatori che in Asia, contrariamente alla situazione americana, non sarebbe stato possibile convertire al cristianesimo le numerose popolazioni che essi volevano governare con massimo profitto e minima spesa. Gli inglesi si rendevano conto che i costi derivanti dall'imposizione del *common law* sarebbero stati troppo pesanti a fronte di interessi incerti. Cfr. JEAN LOUIS HALPÉRIN, *Western Legal Transplants and India*, in *Jindal Global Law Review*, 2, 2010, p. 14.

<sup>10</sup> La Compagnia delle Indie Orientali, dalla fine del XVIII secolo fino alla metà del XIX, go-

precoloniale, affidandosi persino alla collaborazione di intermediari nativi e reclutando agenti di polizia indigeni, al fine di mantenere l'effettivo controllo sul Paese senza che fosse necessario ricorrere ad un ampio uso della forza.<sup>11</sup>

Questo spinse, perlomeno in origine, i colonizzatori a cercare di non turbare l'ordine preesistente, in tal maniera conformandosi alle soluzioni adottate dall'impero Moghul, che controllava una buona parte del subcontinente prima dell'arrivo degli inglesi.<sup>12</sup> All'interno di tale sistema, ciascuna comunità normava lo statuto personale dei suoi appartenenti in base al proprio diritto religioso<sup>13</sup>. Così, tale struttura fu mantenuta dai britannici.

Tuttavia, col passare del tempo ed il graduale consolidamento del potere coloniale in India,<sup>14</sup> si assisté ad un mutamento di approccio, che si tradusse in una maggiore interferenza degli inglesi nella sfera di cui si tratta, con la promulgazione di leggi che intervennero a modificare i diritti tradizionali.<sup>15</sup>

Di conseguenza, le strutture indigene, in origine parzialmente tollerate e, perciò, mantenute, furono modificate mediante l'introduzione di innovazioni e di cambiamenti che, a loro volta, condussero alla creazione di nuove istituzioni, incorporando i vecchi meccanismi locali.<sup>16</sup> Tra questi è possibile annoverare il nuovo sistema di tribunali, istituito sulla base delle disposizioni del Piano Hastings del 1772.<sup>17</sup>

---

vernò direttamente sui territori del *muffassal*, vale a dire su quelle aree che non facevano parte delle cosiddette *presidency towns* ossia Madras, Calcutta e Bombay, dove la sovranità era condivisa con la corona britannica, su cui v. ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1954, p. 576.

<sup>11</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, Women Living Under Muslim Laws, Grabels, 1996, p. 4.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 4-5, dove l'autore scrive che gli inglesi esercitarono il potere adattandosi ai contorni del sistema politico pre-coloniale, ivi compreso l'ordinamento giuridico.

<sup>13</sup> Gli imperatori della dinastia Moghul appartenevano alla scuola hanafita, la piú importante scuola sunnita e, per tale motivo, il diritto applicato dalle corti fino all'arrivo degli inglesi fu quello hanafita, v. NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., p. 10.

<sup>14</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, in *The American Journal of Islamic Social Science*, 5, 1998, p. 135 e pp. 139-140.

<sup>15</sup> V. *amplius* ANDREA BORRONI, MARCO SEGHESSIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 543.

<sup>16</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 5.

<sup>17</sup> Warren Hasting fu nominato Governatore del Bengala e, poiché l'ordinamento giudiziario indigeno era quasi sull'orlo del collasso, fu autorizzato dalla Compagnia delle Indie Orientali ad apportare significativi mutamenti al sistema di corti locali. Per questo motivo, egli formulò il suo *Judicial Plan* del 1772, che si componeva di 37 regolamenti relativi al diritto civile e penale. Tale piano mirava a correggere i difetti del sistema giudiziario senza distruggere le tradizioni dei sistemi indigeni (SUCHETA MEHRA, *Development of Adalat System during the time of Warren Hastings*, disponibile presso <http://www.legalservicesindia.com/article/252/Development-of-Adalat-System-during-the-time-of-Warren->

Questi nuovi tribunali avevano il compito di applicare le norme tradizionali,<sup>18</sup> in questo modo finendo per dividere la popolazione in due categorie principali in base alla religione del singolo, senza prestare eccessiva attenzione alle differenze presenti all'interno di ciascuna confessione. Ciononostante, tale nuovo sistema ebbe, perlomeno inizialmente, un impatto piuttosto limitato.

Infatti, mentre le élite locali si affidavano spesso alle corti coloniali,<sup>19</sup> il resto della società continuò a preferire il ricorso ad organi autoctoni che, sotto il dominio Moghul, avevano acquisito un certo grado di autonomia.<sup>20</sup>

Inoltre, già all'arrivo degli inglesi, l'India era una società multietnica, caratterizzata dalla coesistenza di diversi gruppi religiosi e da una forte frammentazione politica e giuridica.<sup>21</sup>

In un tale ambiente, i britannici si trovarono di fronte ad un serio problema di controllo, aggravato anche dallo stile di amministrazione adottato, che puntava ad assicurare il governo del territorio, da un lato, minimizzando gli sforzi e il coinvolgimento, dall'altro cercando di massimizzare il profitto. Un tale approccio condusse il potere coloniale a contentarsi di ottenere delle semplificazioni, affidabili e ragionevolmente accurate, delle norme che reggevano la vita sociale indigena senza impegnare grandi capitali o forza lavoro.<sup>22</sup>

Nacquero così i diritti ibridi locali.

---

Hastings.html, ultimo accesso dicembre 2018).

<sup>18</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 5. Nel 1773, nei territori sotto il controllo della Compagnia delle Indie Orientali furono istituiti tribunali del *muffassal*, presso cui erano impiegati come giudici dei dipendenti della Compagnia. Per converso, nelle *presidency towns*, nei tribunali operavano dei giuristi inglesi nominati dalla corona. Questi due sistemi giudiziari furono fusi soltanto nel 1861. Malgrado la presenza di due distinti sistemi locali, al vertice di entrambi si situava il *Privy Council*, le cui decisioni erano vincolanti per tutte le corti sottostanti, si veda ALAN GLEDHILL, *The Influence of Common Law and Equity on Hindu Law since 1800*, cit., pp. 578-579.

<sup>19</sup> In generale, le élites musulmane locali accettarono che varie parti della *shari'a* fossero sostituite da norme o codici di ispirazione occidentale, ad esclusione dello statuto personale, in cui, invece, si assisté ad un processo di riforma condotto attraverso un processo di progressiva reinterpretazione dei precetti tradizionali, si veda JOHN L. ESPOSITO, *Perspectives on Islamic Law Reform: The Case of Pakistan*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 13, 1980-1981, p. 217. E, anzi, sovente i ricchi membri di tali élites sfruttarono il sistema a proprio vantaggio: i tribunali, infatti, rappresentavano strumenti attraverso cui costoro potevano conservare e rafforzare la propria autonomia e predominanza all'interno della comunità, v. MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., pp. 6-7.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>21</sup> Spesso, infatti, anche all'interno della stessa comunità prevalevano pratiche diverse e si seguivano fonti giuridiche o tradizioni divergenti.

<sup>22</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p.10.

## 2.2. ...E il suo sviluppo

Malgrado l'espresso desiderio da parte del potere coloniale di astenersi dall'interferire nei sistemi giuridici locali e di continuare a seguire i diritti e le prassi tradizionali, gli assunti di base su cui gli inglesi basarono la propria applicazione dei diritti autoctoni erano fuorvianti, quando non del tutto sbagliati.<sup>23</sup>

In effetti, seguendo il piano di Hastings, i britannici ritenevano che fosse possibile incorporare i sistemi giuridici nativi all'interno del quadro istituzionale britannico senza rischiare di compromettere significativamente l'integrità né dei primi né delle seconde.<sup>24</sup> Si trattava di un postulato erroneo, eppure esso guidò l'agire degli inglesi.

Fu per tale motivo, unito alla complessità del diritto islamico ed alla necessità d'avere dei precetti semplici ed applicabili a tutti, che i colonizzatori finirono per ridurre la *shari'a* ad un insieme di regole giuridiche più o meno omogenee:<sup>25</sup> ciò portò a 'ridicolizzare, sminuire o troncane' ogni aspetto di tale ordinamento.<sup>26</sup>

Infatti, i giudici coloniali presupponevano che ad ogni musulmano potesse applicarsi un insieme di regole rigide e definite, una presunzione che non solo era in contrasto con la dottrina islamica, ma era anche inadeguata a riconoscere le peculiarità giuridiche dei vari gruppi.<sup>27</sup>

Ma questi non furono gli unici errori commessi dai britannici.

Infatti, essi scelsero di affidarsi esclusivamente ad alcuni testi tradizionali, trattandoli come giuridicamente vincolanti e applicandoli nella maniera più ampia e rigorosa possibile. In particolare, gli inglesi applicavano in maniera diretta il Corano e pochi altri testi giuridici – come l'*al-Hidaya* e l'*al-Sirajiyya* –, che, al contrario, erano normalmente interpretati ed adattati alle necessità del caso concreto dall'autorità del *qadi*.<sup>28</sup> Questo condusse all'affermazione

---

<sup>23</sup> Si vedano LORENZA ACQUARONE, *Tra dharma, common law e WTO. Un'introduzione al sistema giuridico dell'India*, cit., p. 32 ss.; ANDREA BORRONI, MARCO SEGHEGIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, cit., p. 564 ss.

<sup>24</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 10.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>26</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., p. 135, dove l'autore lamenta come gli inglesi privarono i musulmani del loro senso di identità, sostituendo buona parte della *shari'a* con il diritto inglese e mutilando sistematicamente il resto in un sistema giuridico ibrido.

<sup>27</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 11. Peraltro, in tale semplificazione della *shari'a* non figurava alcuna distinzione fra sunniti e sciiti.

<sup>28</sup> I *qadi* erano giuristi che, durante l'impero Moghul e, successivamente, per una parte del periodo coloniale, avevano l'incarico di amministrare la giustizia, applicando la *shari'a*. La decisione di abolire l'ufficio di *qadi*, per effetto del *Kazi Act*, 1864, per sostituirli con giudici inglesi, fu fortemente

della supremazia dei testi antichi sulla loro interpretazione, partendo dal presupposto che solo questi potessero offrire una conoscenza affidabile del quadro giuridico indiano.

A questo si aggiungeva il fatto che gli inglesi difettavano della giusta comprensione dell'ambiente sociale cui le leggi avrebbero dovuto essere adattate, il che aggravò il problema della loro irrispettosa applicazione.<sup>29</sup>

Inoltre, le corti introdussero altresì taluni principî tipici del *common law* come la dottrina del precedente vincolante ed il principio di equità.

Successivamente, sul finire del XIX secolo, una volta che il potere coloniale aveva consolidato la sua autorità e aumentato la sua capacità di gestire efficacemente la resistenza indigena, i britannici decisero di non limitare più la loro influenza al trapianto di specifici istituti. Ebbe, così, inizio un'opera di graduale sostituzione di alcune parti dei diritti autoctoni con leggi che s'ispiravano alla sensibilità dei colonizzatori.<sup>30</sup>

In particolare, la modifica dei precetti islamici può essere fatta risalire specificamente al 1861, colla costituzione della terza *Law Commission*, che promulgò sei leggi,<sup>31</sup> che presero, in generale, il posto della *shari'a* nei rispettivi campi di applicazione.<sup>32</sup>

Per di più, poiché gli esperti autoctoni erano stati rimossi dalle loro funzioni di consulenti dei giudici – e in linea con l'approccio inglese che accordava supremazia ai testi antichi rispetto ai costumi –, i britannici disposero che alcune altre fonti di diritto tradizionale fossero tradotte, cosicché le corti potessero interpretarle ed applicarle autonomamente. Furono, così, tradotti la *fatwa*

---

contestata dai musulmani ed è considerata una delle cause principali della nascita del diritto anglo-musulmano, cfr. SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., pp. 140-141. Nelle altre colonie, invece, come la Nigeria britannica o l'Algeria francese, la *shari'a* si è evoluta in una maniera simile pure dopo l'inizio della dominazione coloniale, perché in esse i *qadi* hanno continuato ad interpretare il diritto, a differenza di quanto accadde in India, laddove tutte le richieste di reintrodurre queste figure furono rigettate, *Ibidem*, p. 140.

<sup>29</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 11. Adottando un approccio che s'adagiava supinamente sui soli testi, i britannici ridussero i musulmani ed il loro diritto ad un'immagine fissa, in cui ogni deviazione era percepita come un pericolo che avrebbe potuto pregiudicare la verità dell'islam. Di conseguenza, così facendo, gli inglesi contribuirono all'idea che la *shari'a* costituisce un codice religioso immutabile e inflessibile. Cfr. ANVER M. EMON, *Conceiving Islamic Law in a Pluralist Society: History, Politics and Multicultural Jurisprudence*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2006, p. 331 e p. 340.

<sup>30</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 7. Una simile tendenza può esser fatta risalire al Piano Hastings, che prevedeva l'applicazione dei principî di giustizia, equità e buona coscienza nei casi in cui i diritti indigeni non avessero previsto alcuna regola.

<sup>31</sup> Si tratta dell'*Indian Succession Act*, dell'*Indian Contract Act*, del *Negotiable Instruments Act*, dell'*Indian Evidence Act*, del *Transfer of Property Act*, nonché del *Criminal Procedure Act*, v. SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit., p. 140.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

*Almagiri* e parte dell'*Itna 'Ashariya*, un testo appartenente alla scuola sciita.<sup>33</sup>

Queste opere, insieme con le poche altre che già erano disponibili in inglese, costituirono la sola base testuale dell'intero diritto anglo-musulmano.<sup>34</sup> Da ciò non può che discendere che, alla luce della vastità e della varietà del diritto islamico, il limitato numero di fonti a disposizione dei tribunali si tradusse in un quadro inadeguato e, purtroppo, insufficiente di tale diritto.<sup>35</sup>

Tali sforzi contribuirono all'instaurazione di un islam essenziale, statico ed incapace di cambiare dall'interno.<sup>36</sup>

In realtà, già nel 1835, sotto l'influenza di Jeremy Bentham, che precedentemente aveva sostenuto in patria i benefici di una codificazione, era stata costituita la prima *Indian Law Commission*, coll'incarico di sviluppare un ampio *corpus* di regole<sup>37</sup> ispirate al modello britannico. Tale attività fu, tuttavia, limitata ai settori di maggiore interesse per gli inglesi, come la giustizia e le attività commerciali;<sup>38</sup> sicché, tale fervore non raggiunse mai l'ambito dello statuto personale, che continuò ad essere regolato in base al diritto della comunità di appartenenza.

Al fine, però, di facilitare ai giudici la conoscenza dei precetti tradizionali, s'incoraggiò la redazione di raccolte di materiali ordinati in modo tematico.<sup>39</sup>

Tali testi, allo scopo di semplificare e sistematizzare la trattazione della materia, finirono per ulteriormente ridurre le differenze dottrinali all'interno di ciascun sistema, snaturando la loro complessità originaria. Il diritto risultante divenne un corpo fisso di regole immutabili,<sup>40</sup> che un autore non esita a definire 'a travesty of *shari'a*'.<sup>41</sup>

L'ultima significativa differenza fra le tradizioni giuridiche preesistenti e le loro nuove forme ibride risiede nelle fonti del diritto. Infatti, alle fonti tra-

---

<sup>33</sup> ANDREA BORRONI, MARCO SEGHESSIO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, cit., p. 543 e p. 570.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., pp. 13-14.

<sup>36</sup> *Ivi*, p.13.

<sup>37</sup> Halpérin scrive che la codificazione indiana era qualcosa di unico, una sorta di modello intermedio di codificazione tra quella continentale in Europa e alcuni esempi di leggi avanzate promulgate in Inghilterra. Cfr. JEAN LOUS HALPÉRIN, *Western Legal Transplants and India*, cit., p. 27. In effetti, ben si potrebbe argomentare che il diritto anglo-indiano raggiunse un livello di codificazione talmente esteso da superare quello raggiunto dallo stesso diritto inglese dell'epoca.

<sup>38</sup> Si veda ANTONIO GAMBARO, RODOLFO SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2008, p. 500.

<sup>39</sup> MICHAEL R. ANDERSON, *Islamic law and the colonial encounter in British India*, cit., p. 14

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 13

<sup>41</sup> SHEIKH K. RASHID, *Islamization of Muhammadan law in India*, cit. p. 142

dizionali della *shari'a*<sup>42</sup> gli inglesi aggiunsero gli usi, i precedenti, le leggi, e i principi di 'justice, equity, and good conscience'.<sup>43</sup>

### 2.3. Il diritto anglo-musulmano nel formante legislativo

Quando, nel 1947, formalmente l'India ottenne l'indipendenza, ormai l'eredità legale e giudiziaria coloniale si era saldamente radicata nel Paese.

Nel 1937, infatti, era stato promulgato il *Muslim Personal Law Act*, o *Shariat Act*, che aveva sostituito tutte le precedenti regole che prevedevano il ricorso al diritto *de quo* nei confronti dei musulmani nei vari Stati indiani. A tal riguardo, la legge perseguiva l'obiettivo di dettare disposizioni per uniformare l'applicazione del diritto personale islamico ai musulmani in tutto il subcontinente.

Si tratta di una legge significativa, perché formalizza ufficialmente il principio secondo cui i cittadini di religione islamica sono governati, per certi aspetti, dal proprio diritto personale. In particolare, l'art. 2 prescrive che, nelle materie espressamente elencate, i giudici siano tenuti ad applicare il diritto anglo-musulmano<sup>44</sup> in caso di controversie tra musulmani, 'nonostante qualsiasi consuetudine o uso contrario'.<sup>45</sup>

In base all'articolo in parola, la legge si applica alle seguenti questioni, ad eccezione di quelle riguardanti i terreni agricoli: la successione *ab intestato*, le forme speciali di proprietà delle donne, compresi i beni personali ereditati o ottenuti in virtù di contratto o donazione o qualsiasi altra disposizione di diritto personale, matrimonio, scioglimento del matrimonio, compresi *talāq*, *ila*, *zihar*, *han*, *khula* e *Mubara'at*, mantenimento, dote, tutela, donazioni, trust, proprietà in trust e *waqfs* (diversi da enti di beneficenza e istituzioni caritatevoli e donazioni caritatevoli e religiose).<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Vale a dire, il Corano, la *sunna*, gli *hadith*, l'*ijma* e il *qiyas*.

<sup>43</sup> NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., pp. 27-31.

<sup>44</sup> In questo contesto, la parola '*shariat*' era usata per riferirsi al diritto personale islamico, senza che l'uso di tale termine vi importasse alcuna variazione, v. IQBAL ALI KHAN, *Mulla's Principles of Mahomedan Law*, LexisNexis, Gurgaon, 2013, p. 4.

<sup>45</sup> L'articolo statuisce che «notwithstanding any customs or usage to the contrary, in all questions (save questions relating to agricultural land) regarding intestate succession, special property of females, including personal property inherited or obtained under contract or gift or any other provision of Personal Law, marriage, dissolution of marriage, including *talāq*, *ila*, *zihar*, *lian*, *khula* and *mubaraat*, maintenance, dower, guardianship, gifts, trusts and trust properties, and *wakfs* (other than charities and charitable institutions and charitable and religious endowments) the rule of decision in cases where the parties are Muslims shall be the Muslim Personal Law (Shariat)».

<sup>46</sup> Si veda anche RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, cit., pp. 4-5.

Per converso, in tutte le controversie relative alle altre materie si ricorre al diritto territoriale secolare e laico.

Fra i principali cambiamenti apportati dalla legge in parola vi erano l'abrogazione di tutte le consuetudini che fossero state contrarie alla *shari'a*,<sup>47</sup> nonché la previsione che, in assenza di norme specifiche, i tribunali indiani avrebbero dovuto fare riferimento ai principî di equità, giustizia e buona coscienza.<sup>48</sup>

Per quanto soggetto a varie modifiche, lo *Shariat Act* è tuttora in vigore.

### 3. *Il triplo talāq*

Fra i metodi di scioglimento del matrimonio espressamente riconosciuti, lo *Shariat Act* annovera il *talāq*, ossia una forma di ripudio unilaterale, con cui si permette al marito che abbia raggiunto la pubertà di divorziare dalla moglie senza necessità di fornire motivazioni.<sup>49</sup>

Esistono diversi tipi di *talāq*. La prima divisione è fra quelli che sono conformi alla tradizione, il *talāq ahsan* e il *talāq hasan*, e il *talāq-ul-bidaat*, ch'è, invece, considerato contrario alla sunna.

Nel *talāq ahsan* il marito ripudia la moglie durante il periodo di purezza fra due cicli mestruali e, successivamente, si astiene dall'avere rapporti sessuali con ella;<sup>50</sup> questo tipo di *talāq* è quello che la dottrina considera il piú lodevole, da un lato, perché cosí stimato dai compagni del Profeta e, dall'altro, perché consente al marito di revocarlo senza vergogna nel corso dell'*iddat*.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> NOSHIRVAN H. JHABVALA, *Principles of Mahomedan Law*, cit., p. 16.

<sup>48</sup> RAMA KANT SINHA, *The Muslim Law: Muslim Law as Applied in India*, cit., p. 7.

<sup>49</sup> In tali termini si esprime l'Alta Corte di Calcutta in *Ahmad Kasim Molla v Khatun Bibi*, AIR 1933 Cal 27, richiamando altresí un *obiter dictum* del *Privy Council* in *Ma Mi and another v Kallander Ammat*, 1926 UKPC 102, secondo cui, nel diritto islamico, un marito può effettuare un divorzio quandunque lo desideri. In *Kouser Sultana v Dr. Syed Mushtaq & Anr.*, I, 1992 DMC 553, l'Alta Corte di Andhra parla addirittura di un diritto illimitato da parte del marito di invocare il ripudio. Si veda, tuttavia, *Mohammed Haneefa v Pathummal Beevi*, 1972 KLT 512, per una delle prime sentenze in cui la corte biasima in maniera espressa tale principio; qui, pur conformandosi ai precedenti, il giudice scrive: «before parting with this case, I feel it my duty to alert public opinion towards a painful aspect that this case reveals [...] Should muslim wives suffer this tyranny for all times? Should their personal law remain so cruel towards these unfortunate wives? Can it not be amended suitably to alleviate their sufferings? My judicial conscience is disturbed at this monstrosity. The question is whether the conscience of the leaders of public opinion of the community will also be disturbed».

<sup>50</sup> MUHAMMAD MUNIR, *Triple Talāq in One Session: An Analysis of the Opinions of Classical, Medieval, and Modern Muslim Jurists under Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, 27, 2013, pp. 29- 30.

<sup>51</sup> Ossia i tre cicli mestruali successivi alla dichiarazione.

Trascorso tale termine, esso diviene irrevocabile.<sup>52</sup> Inoltre, solo in questo caso, l'uomo può immediatamente risposare la donna dopo che il divorzio si sia perfezionato, senza che sia necessario che quest'ultima contragga matrimonio con un terzo e consumi la sua unione.<sup>53</sup>

Nel *talāq hasan*, invece, il marito dichiara di ripudiare la moglie per tre volte, nel corso di un periodo che copra almeno tre cicli mestruali;<sup>54</sup> in questo caso, le prime due intimazioni sono revocabili e solo con la terza il vincolo è definitivamente sciolto.<sup>55</sup>

Infine, nel *talāq-ul-bidaat*, il marito ripudia la moglie tre volte in rapida successione o altrimenti dimostra in modo certo il suo desiderio di sciogliere il vincolo matrimoniale in maniera irrevocabile.<sup>56</sup>

In quest'ultimo tipo di divorzio, «la dottrina ha [...] lavorato nel senso di ricondurre l'immediata irrevocabilità del ripudio anche all'ipotesi, non prevista dal Corano, in cui il marito dia un solo ripudio, ma pronunciando tre volte la formula *talāq* o affermando l'intenzione di dare ripudio irrevocabile. Questa è appunto un'innovazione, che la dottrina stessa non esita a definire riprovevole (*bid'ī*, da cui il nome indiano *talāq-e-biddat*), ma non proibita».<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> CHARLES HAMILTON (ed.), *The Hedaya: Or Guide, a Commentary on the Mussulman Laws*, Premier Book House, Lahore, 1957, p. 72.

<sup>53</sup> KUMUD DESAI, *Indian Law of Marriage and Divorce*, Butterworths, Nuova Delhi, 2011, p. 342. Si veda anche PATHURI VENKATA SUBRAHMANYAM, *Talāq and Shariath Law. A Study after Supreme Court Judgment on Talāq-I-Biddat*, in *International Journal of Advance Research and Development*, 2, 2017, p. 52 e pp. 55-56.

<sup>54</sup> ILIAS BANTEKAS, *Transnational Talāq (Divorce) in English Courts: Law Meets Culture*, in *Journal of Islamic State Practices in International Law*, 9, 2013, p. 40.

<sup>55</sup> KUMUD DESAI, *Indian Law of Marriage and Divorce*, cit., p. 342

<sup>56</sup> ILIAS BANTEKAS, *Transnational Talāq (Divorce)*, in *English Courts: Law Meets Culture*, cit., p. 40.

<sup>57</sup> DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 3. Analizzando l'ammissibilità del *talāq-ul-bidaat* presso altri ordinamenti, la Corte Suprema indiana, in *Shayara Bano v Union of India & Ors*, 2017 9 SCC 1, rileva come la maggior parte degli altri Stati abbia preso provvedimenti per limitare la possibilità per un marito di ripudiare la moglie irrevocabilmente secondo questa procedura. Da tale analisi emerge come, per esempio, in Egitto, Giordania, Iraq, Kuwait, Sudan e Yemen, siano in vigore delle norme in base alle quali ciascuna invocazione del *talāq* sarà sempre considerata come singola; in Marocco vige l'identico principio, ma si prevede anche una procedura che richiede l'intervento delle corti e un tentativo di conciliazione per ottenere il permesso di registrare il divorzio presso un notaio. In Algeria, Indonesia e Tunisia, invece, il solo modo di ottenere il divorzio prevede l'intervento di una corte e richiede che si sia esperito senza successo un tentativo di conciliazione. In Malesia le regole sono simili, ma il tentativo di conciliazione è soltanto eventuale e dipende dal mancato consenso di uno dei coniugi al divorzio o dalla presenza di una possibilità ragionevole di rappacificazione. Per una panoramica sul tema, si vedano MUHAMMAD MUNIR, *Triple Talāq in One Session: An Analysis of the Opinions of Classical, Medieval, and Modern Muslim Jurists under Islamic Law*, cit.; KHALID AL-AZRI, *One or Three. Exploring the Scholarly Conflict over the Question of Triple Talāq (Divorce)*, in *Islamic Law with Particular Emphasis on Oman*, in *Arab Law Quarterly*, 25, 2011, p. 277. Sul divorzio nel diritto musulmano in genere, si veda LAWAL

Esiste, ad onor del vero, una sentenza molto risalente in cui il giudice espressamente sostiene che la mera ripetizione per tre volte della parola ‘*talāq*’, nelle circostanze del caso concreto, non dà luogo ad un divorzio valido in base al diritto islamico.<sup>58</sup> Tuttavia, la decisione pare piú che altro essere basata sulla mancata pronuncia di ‘specifiche parole appropriate’ ed è, in ogni caso, fuor di dubbio che il principio di diritto qui stabilito è stato regolarmente disatteso nei giudizi successivi, con la conseguenza che non si può affermare che esso abbia storicamente costituito *good law*.

Infatti, già in *Asha Bibi v Kadir Ibrahim Rowther*,<sup>59</sup> l’Alta Corte di Madras, investita di un caso simile, giunge alla conclusione opposta. In questa decisione, i giudici criticano l’impianto argomentativo adottato nella sentenza precedente e, dopo un’accurata disamina di varie opere di dottrina, stabiliscono che la mera pronuncia per tre volte della parola ‘*talāq*’ è, da sola, sufficiente a sciogliere il vincolo matrimoniale. Tale forma di divorzio, i giudici continuano, è valida anche se pronunciata in assenza della moglie<sup>60</sup>, purché a costei la dichiarazione del marito si riferisca in maniera incontrovertibile.<sup>61</sup>

L’Alta Corte, anzi, scrive che, in base al diritto islamico, il marito è titolare di un diritto assoluto di sciogliere il matrimonio, purché sia maggiore d’età e capace di mente al momento dell’invocazione del ripudio. In questo contesto, l’eventuale consenso, o la sua assenza, da parte della donna è irrilevante.

Queste conclusioni sono confermate anche dal *Privy Council* in *Ma Mi & Anr v Kallander Ammat*<sup>62</sup> e *Saiyid Rashid Ahmad & Anr v Mussamat Anisa*

---

MOHAMMAD BANI, HAMZA A. PATE, *Dissolution of Marriage (Divorce) under Islamic Law*, in *Journal of Law, Policy and Globalization*, 42, 2015, p. 138.

<sup>58</sup> Si tratta di *Furzund Hossein v Janu Bibee & Ors*, (1879) ILR 4 Cal 588, in cui si legge: «we are of opinion that pronouncing the word ‘*talak*’ three times under the circumstances of this case does not constitute a valid divorce under the Mahomedan law».

<sup>59</sup> 3 Ind Cas 730. Si veda anche *Sarabai v Rabiabai*, (1906) 8 BOMLR 35, in cui l’Alta Corte di Bombay conclude che il triplo *talāq* è «good in law, though bad in theology». Similmente, in *Amiruddin v Musammam Khatun Bibi*, 39 Ind Cas 513, l’Alta Corte di Allahabad tiene il *talāq-ul-bidaat* come valido ed irrevocabile; questo caso è interessante perché, qui, il marito, che aveva ripudiato la moglie e successivamente cambiato idea, chiedeva che il suo ripudio fosse dichiarato invalido o, alternativamente, che gli fosse consentito di revocarlo. Negando entrambe le possibilità, i giudici riconoscono che «it is too late in the day for the appellant to ask us to disapprove of an established practice which has been in vogue for centuries».

<sup>60</sup> La decisione, tuttavia, chiarisce che, se il *talāq* non è stato comunicato alla donna, costei, fino a quando non ne viene a conoscenza, può pretendere dal marito il mantenimento.

<sup>61</sup> Nel caso concreto, il marito aveva indirizzato le parole al suocero. La possibilità di divorziare da una donna in sua assenza è confermata in *Ful Chand v Nazab Ali Chowdhry*, (1909) ILR 36 Cal 184.

<sup>62</sup> [1926] UKPC 102. Questo caso riguardava questioni probatorie, piú che sostanziali, tuttavia in esso il *Privy Council* chiarisce che «a husband can effect a divorce whenever he desires. He may do so by words without any *Talaknama* or written document, and no particular form of words is prescribed. If the words used are ‘express’ or well understood as implying divorce, such as *talak*,

*Khatun & Otrs.*<sup>63</sup>

In *Saiyid Rashid*, il marito aveva invocato, in presenza di testimoni, il *talāq-ul-bidaat* nei confronti della moglie assente; successivamente, egli aveva anche redatto un *talāqnama*, ossia un atto di divorzio, che era stato consegnato alla donna. Quest'ultima, tuttavia, agiva in giudizio, contestando la validità del ripudio, lamentando ch'era stato pronunciato in sua assenza e argomentando, inoltre, che, malgrado lo scioglimento del coniugio, la coabitazione si era protratta per ulteriori quindici anni e che essa aveva portato alla nascita di cinque bambini, che l'uomo aveva sempre mostrato di considerare figli legittimi; parimenti, per tale periodo, egli aveva trattato l'attrice come propria coniuge.

Il *Privy Council* in questa decisione spiega che, mediante la mera pronuncia del triplo *talāq*, il divorzio è perfetto, aggiungendo che questo effetto non dipende dall'intenzione del marito; per i giudici, anche se pronunciato sotto coercizione o per ischerzo, un *talāq* è valido.<sup>64</sup>

La conseguenza è che, una volta che sia stato provato l'avvenuto ripudio, l'eventuale fatto che l'uomo abbia continuato a trattare la donna come moglie e i bambini successivamente nati come figli legittimi non può valere a privare di effetto l'avvenuta cessazione del vincolo matrimoniale, né può altrimenti conferire alcuno status giuridico a costoro.

Questi due precedenti sono stati richiamati in molteplici sentenze successive per confermare la validità del triplo *talāq*.<sup>65</sup>

In un provvedimento pronunciato poco dopo *Saiyid Rashid*, ossia la già menzionata *Ahmad Kasim Molla v Khatun Bibi*, l'Alta Corte di Calcutta chiarisce che il marito non deve fornire alcuna spiegazione a sostegno del suo desiderio di ripudiare la moglie, ma che, anzi, può persino agire 'at his mere whim and caprice'.

Soltanto a partire dagli anni Ottanta, l'approccio adottato dal potere giuri-

---

no proof of intention is required. If the words used are ambiguous, the intention of the user must be proved. It is not necessary that the repudiation should be pronounced in the presence of the wife, or even addressed to her».

<sup>63</sup> [1931] UKPC 101.

<sup>64</sup> Nella decisione, infatti, i giudici scrivono che, a loro avviso, «the pronouncement of the triple *talak* by Ghiyas-ud-din constituted an immediately effective divorce, and [...] the validity and effectiveness of the divorce would not be affected by Ghiyas-ud-din's mental intention that it should not be a genuine divorce, as such a view is contrary to all authority. A *talak* actually pronounced under compulsion or in jest is valid and effective».

<sup>65</sup> *Ex multis*, si possono citare, per esempio, *Mst. Saleha Bi v Sheikh Gulla*, AIR 1973 MP 207, in cui l'Alta Corte di Madhya Pradesh, decidendo in grado di appello, si rifà semplicemente al precedente del *Privy Council*, per riformare la sentenza di un giudice distrettuale, in cui si era negata la validità di un triplo *talāq*, e *Syed Jamaluddin v Valian Be & Anr*, 1975 CriLJ 1884.

sdizionale nei confronti del triplo *talāq* comincia a mutare. Il primo passo viene fatto in *Jiauddin Ahmed v Anwara Begum*,<sup>66</sup> in cui l'Alta Corte di Gauhati, in composizione monocratica, richiama il Corano<sup>67</sup> per affermare che una corretta lettura dei precetti del sacro libro esclude la possibilità di divorziare per

---

<sup>66</sup> (1981) 1 OLR 358. Decisione approvata in *Rukia v Abdul Khalique*, (1981) 1 GLR 375, e in *Zeenat Fatema Rashid v Md. Iqbal Anwar*, II, 1993 DMC 49. Tuttavia, si veda la già citata *Kouser Sultana v Dr. Syed Mushtaq & Anr*, in cui si parla di un diritto illimitato del marito d'intimare il *talāq*. Nondimeno, in *Syed Maqsood v State of A.P. & Anr*, AIR 2003 AP 123, l'Alta Corte di Andhra si discosta da tale orientamento, riconoscendo che, in effetti, sia il Corano sia gli *hadith* prescrivono il compimento di tentativi di riconciliazione, prima che sia possibile procedere al ripudio; pure in assenza di tali sforzi, però, il potere del marito non si diluisce. Nella decisione, anzi, richiamando le sentenze *Syed Jamaluddin e Ma Mi*, si riconferma come il potere di *talāq* sia assoluto. Infatti, secondo la corte, se un marito ripudia la moglie senza esperire i tentativi di composizione previsti, questo dimostra che la relazione fra i coniugi ha raggiunto un punto di non ritorno: dopotutto, la riconciliazione presuppone che entrambe le parti siano pronte e disponibili ad esplorare la possibilità di vivere insieme; se una, invece, ha già deciso di lasciare l'altra, ogni tentativo si rivelerebbe infruttuoso, con la conseguenza che il richiedere degli sforzi per ottenere la loro rappacificazione si rivelerebbe soltanto un futile esercizio.

<sup>67</sup> Si tratta, in particolare, dei versetti da 229 a 232 della II sura e il versetto 35 e quelli da 128 a 130 della IV sura. Rispettivamente, essi prescrivono che:

229. «Si può divorziare due volte. Dopo di che, trattenele convenientemente o rimandatele con bontà; e non vi è permesso riprendervi nulla di quello che avevate donato loro, a meno che entrambi non temano di trasgredire i limiti di Allah. Se temete di non poter osservare i limiti di Allah, allora non ci sarà colpa se la donna si riscatta. Ecco i limiti di Allah, non li sfiorate. E coloro che trasgrediscono i termini di Allah, quelli sono i prevaricatori».

230. «Se divorzia da lei [per la terza volta] non sarà più lecita per lui, finché non abbia sposato un altro. E se questi divorzia da lei, allora non ci sarà peccato per nessuno dei due se si riprendono, purché pensino di poter osservare i limiti di Allah. Ecco i limiti di Allah, che Egli manifesta alle genti che comprendono».

231. «Quando divorziate dalle vostre spose, e sia trascorso il ritiro, riprendetele secondo le buone consuetudini o rimandatele secondo le buone consuetudini. Ma non trattenele con la forza, sarebbe una trasgressione e chi lo facesse, mancherebbe contro se stesso. Non burlatevi dei segni di Allah. Ricordate i benefici che Allah vi ha concesso e ciò che ha fatto scendere della Scrittura e della Saggiezza, con i quali vi ammonisce. Temete Allah e sappiate che, in verità, Allah conosce tutte le cose».

232. «Quando divorziate dalle vostre spose, e sia trascorso il termine, non impedite loro di risposarsi con i loro [ex] mariti, se si accordano secondo le buone consuetudini. Questa è l'ammonizione per coloro di voi che credono in Allah e nell'Ultimo giorno. Ciò è più decente per voi, e più puro. Allah sa e voi non sapete».

35. «Se temete la separazione di una coppia, convocate un arbitro della famiglia di lui e uno della famiglia di lei. Se [i coniugi] vogliono riconciliarsi, Allah ristabilirà l'intesa tra loro. Allah è saggio e ben informato».

128. «Se una donna teme la disaffezione del marito o la sua avversione, non ci sarà colpa alcuna se si accorderanno tra loro. L'accordo è la soluzione migliore. Gli animi tendono all'avidità; ma se agite bene e temete [Allah sappiate che], Allah è ben informato di quello che fate».

129. «Non potrete mai essere equi con le vostre mogli anche se lo desiderate. Non seguite però la vostra inclinazione fino a lasciarle una come in sospeso. Se poi vi riconcilerete e temerete [Allah], ebbene Allah è perdonatore, misericordioso».

130. «In caso di separazione Allah, nella Sua generosità, darà a entrambi della Sua abbondanza. Allah è immenso e saggio».

(Il Corano, tradotto in italiano da HAMZA PICCARDO, reperibile presso <http://www.corano.it/corano.html>, ultimo accesso dicembre 2018)

un semplice capriccio. Il giudice qui critica *Ahmad Kasim Molla*, sostenendo che in essa l'Alta Corte di Calcutta non abbia correttamente applicato il diritto musulmano.

Affinché il *talāq* sia considerato valido, anzi, esso deve essere stato intimato per un motivo ragionevole ed essere stato preceduto da tentativi di riconciliazione da parte di due arbitri, nominati dai coniugi. Solo dopo il fallimento di tali tentativi il marito può lecitamente ripudiare la moglie.

Tale conclusione, che già pareva essere conforme ad un *obiter dictum* della Corte Suprema<sup>68</sup>, è stata successivamente da quest'ultima espressamente richiamata con approvazione in *Shamim Ara v State of Uttar Pradesh*<sup>69</sup>.

Prima di queste ultime sentenze, tuttavia, è intervenuta *Rahmat Ullah & Khatoon Nisa v State of Uttar Pradesh & Ors*,<sup>70</sup> in cui l'Alta Corte di Allahabad, pur riconoscendo che, ai sensi della s. 2 dello *Shariat Act*, ai cittadini di religione musulmana si applica, in certe materie, il diritto islamico, chiarisce che la Costituzione prevale sempre su tutte le disposizioni giuridiche. Perciò, in caso d'antinomia, il diritto personale deve essere disapplicato. Da ciò discende che quando i precetti del diritto anglo-musulmano contrastino col principio della dignità della donna, essi debbono essere considerati costituzionalmente illegittimi. Nondimeno, nella decisione il giudice non pare spingersi fino ad affermare in maniera incontrovertibile che il triplo *talāq* sia, in ogni

---

<sup>68</sup> Infatti, in *Fazlunbi v K. Khader Vali & Anr*, 1980 AIR 1730, al termine della sentenza, la corte soggiunge che «before we bid farewell to Fazlunbi it is necessary to mention that Chief Justice Baharul Islam, in an elaborate judgment replete with quotes from the Holy Quoran, has exposed the error of early English authors and judges who dealt with *talāq* in Muslim Law as good even if pronounced at whim or in tantrum, and argued against the diehard view of Batchelor. (ILR 30 Bombay 539) that this view 'is good in law, though bad in theology'. Maybe, when the point directly arises, the question will have to be considered by this court, but enough unto the day the evil thereof and we do not express our opinion oh this question as it does not call for a decision in the present case».

<sup>69</sup> 2002 AIR SCW 4162. In tale sentenza, dopo aver richiamato le decisioni rese nei casi *Jiauddin Ahmed e Must. Rukia Khatun*, la Corte Suprema scrive che «we are in respectful agreement with the above said observations made by the learned Judges of High Courts. We must note that the observations were made 20-30 years before and our country has in recent times marched steps ahead in all walks of life including progressive interpretation of laws which cannot be lost sight of except by compromising with regressive trends». Dello stesso tenore, si veda anche *S.K. Safique v Papi Bibi*, 2001 (1) HLR 327 (Cal), un caso in cui un uomo era stato citato in giudizio dalla moglie, che pretendeva gli alimenti; costui si difendeva asserendo di aver ripudiato la donna; qui, la corte conferma che, affinché il *talāq* pronunciato sia tenuto per valido, il marito deve dimostrare di aver agito per giusta causa e di aver esperito dei tentativi di riconciliazione. Qualora ciò non sia dimostrato, il *talāq* non può essere considerato valido. Tale principio è stato successivamente confermato in *Khannubi v Salim*, 2003 (2) HLR 416 (Bom), dove la corte reitera come sia necessario dimostrare sia la giusta causa sia i tentativi di conciliazione. In questo caso, il marito aveva ripudiato la moglie in sua assenza e aveva comunicato per lettera alla donna la propria decisione; la corte dichiara invalido il *talāq*, perché azionato al solo scopo di sottrarsi all'obbligo del mantenimento.

<sup>70</sup> II (1994) DMC 64.

circostanza, contrario alla dignità della donna<sup>71</sup>.

L'argomentazione adottata in questa sentenza è interessante, perché contrasta con *Narasu Appa Mali v State of Bombay*<sup>72</sup>, che è considerata il *leading case* in quanto alla possibilità di sottoporre i precetti del diritto personale a sindacato di costituzionalità. In *Narasu*, precedente approvato anche dalla Corte Suprema<sup>73</sup>, l'Alta Corte di Bombay esclude di poter procedere ad una tale valutazione, perché gli ordinamenti tradizionali traggono la propria autorità dalla religione e non già dallo Stato.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, non ha ripreso *Rahmat Ullah*. La stessa Corte Suprema, in *Shamim Ara*, richiama *Jiauddin Ahmed e Must. Rukia Khatun*, vale a dire sentenze in cui il *talāq* è ammesso, ancorché regolato. Di conseguenza, è ragionevole ritenere che questa sentenza, nei limiti in cui prescrive requisiti ulteriori rispetto alle precedenti, non costituisca *good law*.

Un'interpretazione ancora diversa è stata adottata dall'Alta Corte di Delhi in *Masroor Ahmed v State (NCT of Delhi) & Anr*<sup>74</sup>. Qui il giudice, innanzitutto, prende atto dell'esistenza di opinioni divergenti sull'opportunità di trattare il triplo *talāq* come divorzio irrevocabile oppure come un singolo *talāq* revocabile, così operando alla stessa stregua di un *talāq ahsan*. Dopodiché,

---

<sup>71</sup> Infatti, in maniera abbastanza confusa, il giudice si limita a scrivere che «the mode of Talāq as referred to in Rasheed Ahmad's case (AIR 1932 PC 25) and Talāq-i-Bidai in particular, conferring unbridled power to the husband empowering him to divorce by Talāq the wife without rhyme or reason and to this extent that husband can pronounce Talāq thrice in one sitting or during one Tuhr in irrevocable form cannot be deemed to be operative or be considered to be continued under Section 2 of Shariat Application Act (Act No. 26 of 1937) read with Article 372 of the Constitution of India as the same has the effect of perpetuating discrimination on the ground of sex that is Male authoritarianism without rhyme or reason as well as, such system appears to be encouraging and allowing the doing of something and some Act that prima facie appears to be derogatory of dignity of individual as well as derogatory of dignity of women i.e., doing of something in breach of the mandate of Constitution contained in the preamble and in Article 51A(a); (e), (f) and (h) which impose fundamental duty on every citizen of India to renounce the practices derogatory of the dignity of women apart from imposing the duty to abide by the Constitution and its ideals, and to develop scientific temper and humanism etc.».

<sup>72</sup> AIR 1952 Bom 84.

<sup>73</sup> In *Krishna Singh v Mathura Ahir & Ors*, AIR 1980 SC 707, infatti, la Corte Suprema, in relazione al diritto indù, scrive: «it would be convenient, at the outset, to deal with the view expressed by the High Court that the strict rule enjoined by the Smriti writers as a result of which Sudras were considered to be incapable of entering the order of yati or sanyasi, has ceased to be valid because of the fundamental rights guaranteed under Part III of the Constitution. In our opinion, the learned Judges failed to appreciate that Part III of the Constitution does not touch upon the personal laws of the parties. In applying the personal laws of the parties, he could not introduce his own concepts of the law as derived from recognised and authoritative sources of Hindu law, i.e. Smritis and commentaries referred to, as interpreted in the judgment of various High Courts, except where such law is altered by any usage or custom or is modified or abrogated by statute». Sul tema, si veda anche *Ahmedabad Women's Action Group v Union of India*, (1997) 3 SCC 573.

<sup>74</sup> 2008 (103) DRJ 137.

egli continua riconoscendo come tutte le scuole considerino il *talāq-ul-bidaat* peccaminoso, malgrado poi taluni lo considerino giuridicamente valido<sup>75</sup>.

Tuttavia, ad avviso della corte, non può trascurarsi che tale atto fu biasimato dal Profeta, che non è raccomandato da alcuna scuola, e che presso gli sciiti è considerato invalido; persino presso alcune scuole sunnite, il triplo *talāq* è considerato come un *talāq* singolo. Oltre a ciò, la sentenza sottolinea come questa forma di ripudio sia considerata particolarmente aspra, in quanto suscettibile di causare ‘extreme misery’ sia alle donne divorziate sia agli uomini, che possono ritrovarsi impossibilitati a revocarlo in caso di riconciliazione<sup>76</sup>.

Per tale motivo, il giudice decide che, anche per i sunniti, tre intimazioni contestuali di ripudio debbano valere come un singolo *talāq* revocabile, così da concedere al marito la possibilità di riconsiderare la sua decisione durante l’*iddat* e, ove lo desideri, di modificarla<sup>77</sup>.

Infine, è opportuno menzionare anche *Nazeer v Shemeema*<sup>78</sup>, una sentenza in cui il tema del triplo *talāq* si pone soltanto in maniera incidentale; nondimeno, il giudice prende atto che, per quanto nel caso in parola non si faccia questione direttamente in merito alla validità di tale istituto, la corte non può ignorare il fatto che la propria decisione potrebbe condurre al prodursi di ingiustizie, qualora essa rimanesse ignara delle ripercussioni che il permettere il ripudio unilaterale della moglie potrebbe produrre.

Per tale motivo, l’estensore esamina diverse opere dottrinali, al fine di individuare quali siano le regole corrette, in una prospettiva coranica, in fatto di triplo *talāq*. Tuttavia, dopo analizzato il problema, la conclusione è che esso non sia idoneo ad essere risolto dall’autorità giudiziaria. Nel provvedimento, infatti, si afferma che solo lo Stato può intervenire per modificare il diritto personale dei musulmani, al fine di correggere quella che viene definita una ‘patologia’ di tale ordinamento, che offende la dignità delle donne e il principio dell’eguaglianza davanti alla legge.

La corte, poi, si domanda perché lo Stato continui ad esitare, finendo per

---

<sup>75</sup> La corte richiama la già menzionata differenza fra riprovazione religiosa e accettazione giuridica.

<sup>76</sup> Il giudice, qui, conclude, affermando che il triplo *talāq* è un’innovazione che può aver avuto uno scopo in un particolare momento della storia, ma, qualora esso fosse eradicato con successo, una tale mossa non sarebbe contraria a nessun principio fondamentale dell’islam o del Corano, né ad alcuna sentenza del Profeta.

<sup>77</sup> Così facendo, peraltro, si darebbe anche modo ai familiari dei coniugi di compiere sinceri sforzi per farli addivenire ad una riconciliazione. Inoltre, se anche l’*iddat* dovesse scadere e il divorzio divenire irrevocabile, ai due sarebbe ancora permesso risposarsi immediatamente senza dover rispettare le più gravose condizioni imposte in caso di triplo *talāq* – ovviamente, eccettuando il caso in cui, anche contando il *talāq* di cui si tratta come singolo, esso fosse il terzo, così integrando un caso di *talāq hasan*.

<sup>78</sup> 2017 (1) KLT 300.

rispondersi che ‘la resistenza proviene da una piccola parte degli ulema sulla base del fatto che la *shari’a* è immutabile e qualsiasi interferenza equivarrebbe alla negazione della libertà di religione garantita dalla Costituzione.’

In conclusione, il giudice, dopo aver ripetutamente biasimato il triplo *talāq*, si limita ad esortare il legislatore ad agire, disponendo che una copia della sentenza sia inviata al Ministero della Giustizia ed una alla *Law Commission*, indirizzando nel contempo ai fedeli musulmani un incoraggiamento basato sulle parole del Corano: ‘[r]imetterà i peccati e volgerà al bene lo spirito di coloro che credono e compiono il bene e credono in quel che è stato rivelato a Muhammad. Questa è la verità che proviene dal loro Signore’<sup>79</sup>.

#### *4. L'intervento della Corte Suprema*

In questa spinosa questione, nel 2017, è intervenuta la Corte Suprema con la sentenza *Shayara Bano v Union of India & Ors*.

Questo caso trae origine da una *public interest litigation* iniziata, *suo motu*, dalla corte stessa in *Prakash v Phulavati*<sup>80</sup>. Durante la trattazione di tale causa, infatti, è stata sollevata, in via incidentale, ‘[a]n important issue of gender discrimination’ riguardante le donne musulmane<sup>81</sup>. Nella decisione, il collegio afferma che l’autorità giudiziaria non può astenersi dall’intervenire quando i diritti fondamentali siano pericolati o lesi, e, di conseguenza, dispone che il *Chief Justice* sia investito della questione, affinché convenga una *constitutional bench*<sup>82</sup>. Per tale motivo, è stato affermato che la decisione in commento è nata dal desiderio di due giudici di ‘salvare’ le donne musulmane dal diritto islamico<sup>83</sup>.

Parallelamente alla *public interest litigation*, nel febbraio del 2016, una donna, Shayara Bano, ha adito la corte, per ottenere una dichiarazione d’inco-

---

<sup>79</sup> Si tratta del versetto 2 della sura 47 del Corano, qui nella traduzione a cura di Hamza Piccardo, reperibile all’indirizzo: <http://www.corano.it/corano.html> (ultimo accesso dicembre 2018.)

<sup>80</sup> (2016) 2 SCC 36. Si tratta di una controversia riguardante delle norme discriminatorie presenti nel diritto indù.

<sup>81</sup> Nella sentenza, i giudici scrivono che «discussions on gender discrimination led to this issue also. It was pointed out that inspite of guarantee of the Constitution, muslim women are subjected to discrimination. There is no safeguard against arbitrary divorce and second marriage by her husband during currency of the first marriage [...] resulting in denial of dignity and security to her».

<sup>82</sup> La causa viene registrata come *Suo Motu Writ Petition* (Civil) No. 2 of 2015.

<sup>83</sup> SAPTHARSI MANDAL, *Out of Shah Bano’s shadow: Muslim women’s rights and the Supreme Court’s triple talāq verdict*, in *Indian Law Review*, 2018, p. 81 e p. 93.

stituzionalità del *triplo talāq*, della poligamia, e dell'istituto del *nikah halala*<sup>84</sup>.

#### 4.1. La decisione

Non essendo stato possibile per i cinque giudici raggiungere un accordo, la sentenza si compone di tre opinioni, che seguono delle linee di argomentazione differenti. Il *Chief Justice* Khehar ha scritto per sé e per Nazeer una lunga *dissenting opinion* che discorda in maniera significativa e sostanziale da quelle degli altri membri del collegio. La maggioranza, invece, è costituita dall'opinione di Nariman e di Lalit e dalla *concurring opinion* di Joseph<sup>85</sup>.

#### 4.2. L'opinione di Khehar e Nazeer

La sentenza si apre con l'opinione di minoranza del *Chief Justice*, che ripercorre il dibattito finora intervenuto sul tema del ripudio istantaneo, al fine di stabilirne lo stato all'interno del diritto islamico e, di riflesso, determinarne l'applicabilità presso il sistema indiano sulla base dello *Shariat Act*, nonché, infine, analizzarne la compatibilità coi precetti costituzionali dello Stato.

Innanzitutto, egli riprende la decisione *Rashid Ahmad* e dichiara di ritenere opportuno riesaminare le conclusioni raggiunte dal *Privy Council*, alla luce delle successive sentenze pronunciate da varie Alte Corti, che hanno introdotto significative modifiche al principio di diritto ivi enunciato<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Ossia la necessità che la donna ripudiata contragga matrimonio con un terzo e consumi la sua unione, prima di poter risposare il primo marito.

<sup>85</sup> Sul tema, Correndo ha correttamente osservato che «la diversità delle argomentazioni e le divergenze che interessano la maggioranza stessa riflettono non solo la delicatezza e complessità del tema in oggetto, ma anche l'estrema diversità nella composizione del collegio, costituito da cinque giudici provenienti da ambienti religiosi differenti». CHIARA CORRENDO, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, in *DPCE on line*, 33, 2017, p. 1007 e p. 1008.

<sup>86</sup> Vi sono anche alcune sentenze in cui si dichiara *expressis verbis* che il *Privy Council* aveva male interpretato il diritto islamico. Uno dei casi in cui tale critica è presente in modo particolarmente evidente è *A. Yousuf Rawther v Sowramma*, AIR 1971 Ker 261, una decisione che riguardava principalmente il divorzio *khula*, ossia una forma di scioglimento del vincolo su iniziativa della donna; qui, il giudice, riferendosi a *Rashid Ahmad* scrive che «since infallibility is not an attribute of the judiciary, the view has been ventured by Muslim jurists that the Indo-Anglian judicial exposition of the Islamic law of divorce has not exactly been just to the Holy Prophet or the Holy Book. Marginal distortions are inevitable when the Judicial Committee in Downing Street has to interpret Manu and Muhammad of India and Arabia. The soul of a culture [...] cannot be fully understood by alien minds. The view that the Muslim husband enjoys an arbitrary, unilateral power to inflict instant divorce does not accord with Islamic injunctions». La Corte, poi, continua: «it is a popular fallacy that a Muslim

Sul tema, il giudice comincia fissando un punto fermo: indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, il *talāq-ul-bidaat* è praticato sin dai tempi di Omar Ibn al-Khattab, secondo califfo dell' Islam. In aggiunta a ciò, Khehar ripete che, malgrado le differenze di opinioni fra le parti, entrambe riconoscono come, tradizionalmente, l' istituto in parola, per quanto biasimato dal punto di vista della teologia, sia stato accettato dal diritto, con ciò ripiegandosi sulla piú volte menzionata distinzione già tracciata da Batchelor in *Sarabai*.

Poste tali basi, la decisione passa, poi, ad esaminare gli *hadith* che il *Privy Council* e le diverse Alte Corti hanno diversamente interpretato, al fine di determinare quale posizione sia conforme alla *shari'a*. All' esito di tale analisi minuziosa, tuttavia, il *Chief Justice* si trova costretto a concludere di non avere 'altra scelta che accettare [...] il consiglio di non addentrarsi nella selva di determinare – in base agli *hadith* su cui si controverte – se il triplo *talāq* costituisca una pratica valida ai sensi del diritto personale islamico'.

Egli, infatti, afferma che l' autorità giudiziaria non è competente ad interpretare le sfumature della *shari'a*: tale compito spetterebbe, bensí, all' *imam*, chiamato a decifrare gli insegnamenti contenuti nel Corano e negli *hadith*.

Tale conclusione è ammissibile perché, ad avviso del giudice, la questione può essere altrimenti risolta, anche senza giungere ad una decisione su questo specifico punto.

A tal fine, Khehar passa a verificare se il *talāq-ul-bidaat* possa essere considerato una parte costitutiva del diritto personale dei musulmani che afferiscono alla scuola hanafita o se, invece, non costituisca una mera consuetudine.

Per fare ciò, egli osserva, nuovamente, come la pratica in questione sia stata osservata per piú di un millennio, sia stata riconosciuta in molti Paesi islamici diversi<sup>87</sup>, e sia stata discussa in numerosi *hadith*. Da tali premesse,

---

male enjoys, under the Quaranic law, unbridled authority to liquidate the marriage. The whole Quoran expressly forbids a man to seek pretexts for divorcing his wife, so long as she remains faithful and obedient to him, 'if they (namely, women) obey you, then do not seek a way against them'. (Quoran IV:34). The Islamic law gives to the man primarily the faculty of dissolving the marriage, if the wife, by her indocility or her bad character, renders the married life unhappy; but in the absence of serious reasons, no man can justify a divorce, either in the eye of religion or the law. If he abandons his wife or puts her away in simple caprice, he draws upon himself the divine anger, for the curse of God, said the Prophet, rests on him who repudiates his wife capriciously». La conclusione è che «Muslim law, as applied in India, has taken a course contrary to the spirit of what the Prophet or the Holy Quoran laid down and the same misconception vitiates the law dealing with the wife's right to divorce». Si veda anche il già citato caso *Fazlunbi*.

<sup>87</sup> Con scarsa acribia, qui, il giudice osserva come il fatto che il *talāq-ul-bidaat* sia stato oggetto d' interventi legislativi in diversi Paesi islamici dimostra che tale pratica era prevalente fra i musulmani di tali Stati; infatti, scrive Khehar, se cosí non fosse stato, non sarebbe stato necessario legiferare in materia. Di conseguenza, a suo avviso, appare chiaro che l' istituto *de quo* non era limitato a determinate aree, ma era molto diffuso.

Khehar fa discendere la conseguenza che il ripudio istantaneo debba essere considerato ‘integrale alla denominazione religiosa di cui si tratta’; anzi, egli continua, ‘la pratica del *talāq-e-bidaat* ha avuto la sanzione e l’approvazione della denominazione religiosa che la praticava e, perciò, non vi può essere alcun dubbio che tale pratica sia parte del loro diritto personale’. Si tratta di un’argomentazione particolarmente debole, che, come osservato anche da numerosi altri autori<sup>88</sup>, salta da ‘largamente diffuso’ a ‘elemento integrale’ della confessione *de qua*, quasi applicando, pur senza mai dirlo, la dottrina secondo cui *communis error facit jus*.

In realtà, questo non è il solo aspetto dell’opinione che susciti perplessità; infatti, il giudice prosegue asserendo che il diritto personale gode di protezione costituzionale attraverso la previsione dell’art. 25 della Costituzione, con la conseguenza che il diritto personale ha la stessa statura di un diritto fondamentale. Addirittura, egli asserisce che ‘il diritto personale di tutte le denominazioni religiose è protetto da qualsiasi interferenza, salvo per quanto disposto in base all’art. 25’ e, cioè, nei casi di violazione dell’ordine pubblico, del buon costume, o per ragioni di salute. Questa è un’interpretazione alquanto innovativa della tutela offerta dall’art. 25 al diritto personale, che peraltro pare basarsi su di un’estensione della tutela della libertà di religione dal singolo alla comunità e che potrebbe, se fosse portata alla sua estrema, ma logica, conseguenza, privare persino il legislatore del potere di modificare i diritti personali dei cittadini, salvo nei casi in cui le condizioni poste dall’articolo in parola siano soddisfatte, il che, peraltro, direttamente contrasta con quanto lo stesso giudice afferma successivamente nella sua opinione, laddove spiega che solo il parlamento può intervenire per proibire il triplo *talāq*<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Scolart, per esempio, scrive che «si tratta di un passaggio di non poco conto liquidato, a mio giudizio, un po’ troppo frettolosamente» e continua osservando come «il consenso è nel diritto musulmano fonte che opera su due livelli distinti: quando si tratta di credo (unicità divina, missione profetica di Muḥammad, rivelazione coranica) il consenso è della intera comunità (*iğmā’ al-umma*) sulla base dello *hadīf* profetico: «la mia comunità non consentirà mai in un errore». Al contrario, sulle questioni giuridiche, il consenso è ristretto a coloro che hanno la capacità di comprendere (*iğmā’ al-a’imma*)», DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, cit., pp. 8-9). Similmente, CORRENDO sottolinea come «il giudice, senza fornire solide argomentazioni con cui sostenere il nesso logico tra «largamente praticato tra i musulmani hanafiti indiani» e «elemento fondamentale della religione», forza il meccanismo della cosiddetta *essential religious elements doctrine* [...]. La *ratio* dietro a tale dottrina, creata dalla stessa Corte Suprema, è quella di individuare quali aspetti siano fondamentali per la pratica religiosa e quali, invece, siano solo superstizione e, in quanto tali, possano essere eliminati dall’intervento dello Stato senza violare la libertà religiosa garantita dall’art. 25 della Costituzione», CHIARA CORRENDO, *La Corte Suprema indiana tra istanze religiose, conflitti intercomunitari e questioni di genere*, cit., p. 1009. Si veda anche SAPHARSI MANDAL, *Out of Shah Bano’s shadow: Muslim women’s rights and the Supreme Court’s triple talāq verdict*, cit., pp. 96-97.

<sup>89</sup> In relazione a questo problema, Mandal scrive che c’è un equivoco di fondo riguardo all’art.

Tale conclusione, affermata dogmaticamente da Khehar, è stata approvata da taluni commentatori<sup>90</sup>, ma non pare confortata né dal tenore letterale della Costituzione, né da alcun precedente.<sup>91</sup> Infatti, in India, in fatto di libertà religiosa, la determinazione di quali pratiche siano costituzionalmente protette – ed entro quali limiti – compete all'autorità giudiziaria e non dipende dal credo dei praticanti o dalle dottrine di tale confessione. Come la stessa Corte Suprema chiarisce, in *Javed & Ors v State of Haryana & Ors*<sup>92</sup>, la tutela di cui agli articoli 25 e 26 della Costituzione riguarda esclusivamente le pratiche religiose che costituiscono parte integrante ed essenziale di una religione. Quando, invece, una pratica è religiosa, ma non è qualificabile come fondamentale, essa non gode di tutela costituzionale.<sup>93</sup>

Il giudice, poi, prosegue domandandosi se, con la promulgazione dello *Shariat Act*, il diritto musulmano sia stato codificato o sia stato semplicemente riconosciuto. Tale differenza è significativa, ad avviso del *Chief Justice*, perché, soltanto nel primo caso le sue disposizioni possono costituire oggetto di sindacato di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 13 della Costituzio-

---

25, co. 1, nell'invocarlo siffattamente; tanto per cominciare, la disposizione stessa chiarisce che essa riguarda gli individui e non già i gruppi, né i loro diritti personali. Inoltre, se pure l'argomento fosse che il triplo *talāq* fa parte del credo religioso dei musulmani e, come tale, è protetto dalla norma in parola, tale ragionamento sarebbe giuridicamente fallace, *Ibidem*, p. 97.

<sup>90</sup> Si veda SALMAN KHURSHID, *Triple Talāq: Examining Faith*, Oxford University Press, Nuova Delhi, 2018, p. 138 ss.

<sup>91</sup> Giunge alla medesima conclusione, per quanto espressa in termini maggiormente graffianti, Bhatia, che definisce la linea argomentativa del giudice 'bizzarra' e continua: «notably, no authority is advanced to support this proposition. That is because there is none. No Court has held that 'personal law' is a fundamental right. In fact, that sentence is incoherent – how can 'personal law' have the 'stature' of a 'fundamental right'? Rights under Article 25 belong to individuals, not to 'laws'. More importantly, Article 25 does not confer constitutional protection upon personal laws. It guarantees that 'all persons [sottolineatura nell'originale, n.d.a.] are equally entitled to freedom of conscience and the right freely to profess, practise and propagate religion'. To go from 'all persons are equally entitled to... freely... practice... religion' to 'Article 25 protects personal laws' is to put language into a rack and torture it into a shapeless mass», GAUTAM BHATIA, *The Supreme Court's Triple Talāq Judgment*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy*, 22 agosto 2017, disponibile all'indirizzo: <https://indconlawphil.wordpress.com/2017/08/22/the-supreme-courts-triple-talāq-judgment/>, ultimo accesso dicembre 2018. Precedentemente, l'autore aveva criticato l'opinione del *Chief Justice* perché, a suo avviso, essa avanza nuove proposizioni costituzionali che compromettono gravemente l'equilibrio costituzionale tra diritti individuali e precetti religiosi.

<sup>92</sup> AIR 2003 SC 3057. Si tratta dell'*essential religious practice test* formulato per la prima volta in *The Commissioner, Hindu Religious Endowments, Madras v Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar Of Sri Shirur Mutt*, 1954 AIR 282.

<sup>93</sup> Sul tema si vedano RONOJOY SEN, *The Indian Supreme Court and the quest for a 'rational' Hinduism*, in *South Asian History and Culture*, 1, 2009, p. 86; FAIZAN MUSTAFA, JAGTESHWAR SINGH SOHI, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy*, in *Brigham Young University Law Review*, 2017, p. 915 e p. 931 ss.

ne.<sup>94</sup> Questa conclusione si basa sul fatto che l'articolo di cui si tratta, proibendo le 'laws' in contrasto con i diritti fondamentali, definisce tale termine come inclusivo di 'any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law'. Da tale enumerazione i diritti personali sono esclusi.

Quanto allo *Shariat Act*, la conclusione raggiunta da Khehar è che la legge in parola non detti né dichiari il diritto personale musulmano<sup>95</sup>, e che la sua s. 2 abbia il solo scopo di escludere che le consuetudini possano prevalere sulla *shari'a*, con la conseguenza che tale legge rimanga, allo stato, diritto non codificato – e, come tale, non soggetto all'art. 13 cost. Quest'osservazione è conforme alla tradizionale visione, espressa per la prima volta in *Narasu Appa Mali*, secondo cui i diritti personali si sottraggono al sindacato di conformità con i diritti fondamentali.

Il passo successivo consiste nel determinare se il *talāq-ul-bidaat* possa violare l'art. 25 cost. e, cioè, rappresentare una violazione dell'ordine pubblico, del buon costume, o attentare alla salute. Nuovamente, il *Chief Justice* afferma apoditticamente che l'istituto in parola non contrasta in alcun modo con l'articolo *de quo*<sup>96</sup>.

Khehar concede, in effetti, un'ulteriore possibilità di dichiarare illegittimo il triplo ripudio ai sensi dell'art. 25; egli, infatti, asserisce che esso potrebbe essere proibito, se fosse possibile dimostrarne il contrasto con gli artt. 14, 15, e 21 della Costituzione, che, rispettivamente, stabiliscono il principio dell'eguaglianza di fronte alla legge, proibiscono le discriminazioni, e vietano le privazioni della vita e della libertà personale.

---

<sup>94</sup> L'art. 13 statuisce che: «(1) All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void. (2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void. (3) In this article, unless the context otherwise requires, (a) «law» includes any Ordinance, order, bye-law, rule, regulation, notification, custom or usage having in the territory of India the force of law; (b) «laws in force» includes laws passed or made by a Legislature or other competent authority in the territory of India before the commencement of this Constitution and not previously repealed, notwithstanding that any such law or any part thereof may not be then in operation either at all or in particular areas. (4) Nothing in this article shall apply to any amendment of this Constitution made under article 368».

<sup>95</sup> In maniera chiara, il giudice scrive che «the Shariat Act, in our considered view, neither lays down nor declares the Muslim personal law».

<sup>96</sup> L'argomentazione, nella sua intierezza, è che «viewed from any angle, it is impossible to conclude, that the practice impinges on 'public order', or for that matter on 'health'. We are also satisfied, that it has no nexus to 'morality', as well. Therefore, in our considered view, the practice of 'talāq-e-bidaat' cannot be struck down on the three non permissible/prohibited areas which Article 25 forbids even in respect of 'personal law'. It is therefore not possible for us to uphold the contention raised on behalf of the petitioners on this account».

Anche questa possibilità è, tuttavia, esclusa, perché gli articoli in parola proteggono i singoli dall'agire dello Stato e, poiché il diritto personale non è un diritto emanato dallo Stato, ad esso non si applicano gli artt. 14, 15, e 21<sup>97</sup>. Parimenti, trattandosi di diritto non codificato, il diritto personale non può nemmeno essere abrogato per incompatibilità con trattati e convenzioni in tema di diritti umani ratificati dall'India<sup>98</sup>.

Nuovamente, la conclusione non pare essere condivisibile; infatti, se una norma confligge con i diritti fondamentali o con le obbligazioni internazionali che gravano sul Paese, non rileva il fatto che essa sia stata dettata dallo Stato o, invece, sia da questo solo riconosciuta. In entrambi i casi si verifica un *vulnus* e l'autorità giudiziaria deve, comunque, intervenire.

Al termine della sua lunga opinione dissenziente, pertanto, Khehar – d'accordo con Nazeer – delibera che il *talāq-ul-bidaat* è conforme ai dettami della legge fondamentale.

Tuttavia, facendo uso del margine di discrezione concesso alla Corte Suprema dall'art. 142 della Costituzione<sup>99</sup>, egli ordina all'Unione Indiana di considerare di promulgare una 'normativa appropriata' sul tema, anche tenendo conto delle regole adottate presso gli altri Paesi islamici che hanno proibito la pratica di cui si tratta. Nel frattempo, egli ritiene sufficiente emanare un'ingiunzione che interdica ai mariti musulmani di intimare il triplo ripudio; tale ordine sarà valido, dappprincipio, per sei mesi, ma potrà essere prorogato, se il procedimento legislativo sarà stato attivato entro tale termine.

---

<sup>97</sup> Per una critica, v. DEBORAH SCOLART, *Diritto personale v. diritto statale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte Suprema indiana del 22 agosto 2017 sul triplice ripudio*, cit., p. 10

<sup>98</sup> Infatti, come afferma il *Chief Justice*, riprendendo la sua ricostruzione qui già criticata, «[t]he protection of 'personal laws' of religious sections, is elevated to the stature of a fundamental right, inasmuch as Article 25 of the Constitution, which affords such protection to 'personal law' is a part of Part III (– Fundamental Rights), of the Constitution. It is therefore apparent, that whilst the Constitution of India supports all conventions and declarations which call for gender equality, the Constitution preserves 'personal law' through which religious communities and denominations have governed themselves, as an exception». E, successivamente, «insofar as 'personal law' is concerned, the same has constitutional protection. Therefore if 'personal law' is in conflict with international' conventions and declarations, 'personal law' will prevail».

<sup>99</sup> La norma consente alla Corte Suprema, nell'esercizio della sua giurisdizione, «di adottare provvedimenti finalizzati al raggiungimento della *complete justice* in ogni controversia di cui si trovi a conoscere – di tale potere, espressamente lasciato indefinito, la Corte ha fatto uso in varie materie, come la concessione di un provvedimento di divorzio in un caso non previsto dalla legislazione, l'imposizione di spese di lite esemplari, l'ordine di pagamento di una *interim compensation* in favore di una vittima di stupro, nonché la condanna al risarcimento del danno subito da un soggetto per ingiusta carcerazione», MARCO SEGHESSIO, *Hindu Code I. Legge, consuetudine, e tradizione nel diritto matrimoniale indù*, Libellula, Tricase, 2016, p. 131.

### 4.3. L'opinione di Joseph

La seconda opinione che figura nella sentenza è quella del giudice Joseph. Egli prende le mosse dalla considerazione che in *Shamim Ara*, la Corte Suprema ha confermato che il divorzio istantaneo difetta di 'legal sanctity' e, perciò, alla luce dell'art. 141 cost.,<sup>100</sup> tal è il diritto in vigore in India.

Nondimeno, l'autore espone alcune osservazioni sul tema in parola.

Innanzitutto, egli guarda allo *Shariat Act* e, richiamando i lavori preparatori,<sup>101</sup> osserva che esso era stato adottato per far sí che tutti gli indiani di religione islamica tornassero ad essere regolati dalla *shari'a*, privando di vigore tutte le consuetudini che erano in contrasto con essa. Sotto questo profilo, egli concorda con Khehar e Nazeer che la legge in parola non detta nuove regole, bensí si limita a richiamare il diritto personale islamico come legge applicabile nelle materie individuate dalla s. 2. Su questo egli discorda da Nariman e Lalit, che, invece, ritengono che la legge del 1937 detti norme sostanziali e, pertanto, debba conformarsi all'art. 14 cost., alla cui stregua la sua legittimità può essere valutata. Ciononostante, Joseph concorda con Nariman e Lalit che, in punto di diritto, una norma possa essere dichiarata contraria alla Costituzione perché arbitraria.

Tornando alla *shari'a*, Joseph continua asserendo che, per effetto dello *Shariat Act*, compete all'autorità giudiziaria determinare quale sia la corretta norma da applicare in base al diritto personale delle parti. In questo, egli discorda dall'ammonimento di Khehar, secondo cui i giudici non dovrebbero arrischiarsi a discettare di *hadith*, perché tale compito spetterebbe soltanto alle autorità religiose. E, anzi, analizza nuovamente i versetti del Corano che trattano di *talāq* già analizzati in *Jiauddin Ahmed*.

Al termine della disamina, egli conclude che le sure sono chiare ed inequivocabili: il Corano ha attribuito santità e permanenza al matrimonio.

È certo possibile, in situazioni estremamente inevitabili, sciogliere il coniugio; tuttavia, prima che il ripudio possa produrre i suoi effetti, è necessario che alcuni passi essenziali siano compiuti: prima un tentativo di

---

<sup>100</sup> Si tratta dell'articolo che prescrive che i precedenti della Corte Suprema siano vincolanti per le Corti inferiori.

<sup>101</sup> Segnatamente, egli fa riferimento allo *statement of objects and reasons*, in cui si spiegava che il disegno di legge, successivamente approvato, era stato introdotto per soddisfare il desiderio da tempo formulato dai musulmani di tornare alla *shari'a*, abbandonando le consuetudini che nel frattempo si erano venute costituendo e che con essa contrastavano. In particolar modo, gli inglesi obiettavano che gli usi non avevano alcuna base solida su cui poggiare ed erano soggetti a frequenti cambiamenti, con la conseguenza che non sarebbe stato possibile raggiungere quella certezza e definitività che deve essere la caratteristica di tutte le leggi. Inoltre, il potere coloniale riconosceva che, per quanto riguardava lo status delle donne musulmane, il diritto consuetudinario conteneva delle norme definite 'disgraceful'.

riconciliazione e, poi, se esso ha successo, la revoca del *talāq*.

Poiché nel triplo divorzio questa possibilità non sussiste, esso contrasta con i principi fondamentali del Corano e, di conseguenza, viola la *shari'a* e, in via mediata, lo *Shariat Act*.

Tale conclusione è conforme con quelle espresse dai giudici che avevano risolto i casi *Jiauddin Ahmed* e *Shamim Ara* – peraltro, quest'ultimo precedente era già stato inteso da diverse corti come quello che stabilisce che è possibile intimare il *talāq-ul-bidaat* solo per un motivo ragionevole e purché vi siano stati tentativi di riconciliazione.

Per tali motivi, Joseph ritiene di non poter condividere la ricostruzione di Khehar e Nazeer, statuendo che la pratica in questione non costituisce parte integrante dell'islam, che essa non fa parte del diritto personale islamico, e che essa non gode di alcuna protezione costituzionale<sup>102</sup>.

#### *4.4. L'opinione di Nariman e Lalit*

In apertura dell'opinione, Nariman chiarisce come oggetto della decisione sia esclusivamente il triplo *talāq* e non le rimanenti forme di ripudio unilaterale, con questo decisamente restringendo l'ambito di applicazione della sentenza.

Detto ciò, egli passa ad analizzare quale sia la natura dello *Shariat Act*, poiché essendo tale legge stata promulgata prima dell'entrata in vigore della Costituzione, ad essa si applica l'art. 13, co. 1 di quest'ultima.

La conclusione cui Nariman giunge – con cui Lalit concorda e su cui gli altri tre membri del collegio discordano – è che la s. 2 dello *Shariat Act* costituisce la norma che riconosce e dà valore, fra gli altri istituti, al *talāq* presso il sistema indiano. Tale interpretazione si basa anche su due risalenti precedenti, *Aswini Kumar Ghosh v Arabinda Bose*<sup>103</sup> e *A.V. Fernandez v State of Kerala*<sup>104</sup>, in cui si esclude che sia possibile adoperare una '*non obstante clause*', come quella che è presente nella s. 2 della legge in parola, per determinare

---

<sup>102</sup> Sul punto, il giudice sembra concordare con Khehar e Nazeer che l'art. 25 della Costituzione protegga come diritto fondamentale degli individui il poter essere regolati dal proprio diritto personale; tuttavia, egli ritiene che tale principio non si applichi al triplo *talāq*. Il motivo è che, con la promulgazione dello *Shariat Act*, tutte le pratiche che contrastino con la *shari'a* sono state proibite; di conseguenza, non vi può essere alcuna tutela, men che meno di rango costituzionale, nei confronti di usi o prassi che vadano contro al Corano, come nel caso del divorzio istantaneo.

<sup>103</sup> 1953 SCR 1

<sup>104</sup> 1957 SCR 837

l'ambito di applicazione della norma stessa<sup>105</sup>.

Per tale motivo, secondo il giudice, è possibile sottoporre a sindacato di legittimità costituzionale l'istituto del *talāq-ul-bidaat*, poiché esso trae la propria forza dallo *Shariat Act*, legge che deve sottostare alle disposizioni dell'art. 13 cost. Questo, di conseguenza, pare implicare che anche il diritto personale islamico non codificato debba rispettare i diritti fondamentali, poiché anch'esso, alla fine, deriva la sua autorità dallo Stato. Nariman, per tale motivo, ritiene superfluo determinare se *Narasu Appa Mali* costituisca ancora *good law*<sup>106</sup>.

Successivamente, il giudice passa a confutare l'opinione avanzata da Khehar e Nazeer che il triplo *talāq* sia protetto dall'art. 25 della legge fondamentale. A tal proposito, richiama le decisioni adottate in *Shirur Mutt*, *Javed*, e *Commissioner of Police v Acharya Jagdishwarananda Avadhuta*<sup>107</sup>, per confermare che la Costituzione protegge soltanto le pratiche religiose considerate essenziali. Il ripudio istantaneo, tuttavia, non è annoverabile fra queste, perché, pure adottando la dottrina delle cinque decisioni<sup>108</sup>, esso non può che rientrare o fra le condotte semplicemente permesse o, forse piú correttamente, fra quelle sconsigliate<sup>109</sup>.

Inoltre, la stessa scuola hanafita che lo riconosce, allo stesso tempo lo riprova, ulteriore dimostrazione del fatto che esso non possa godere di alcuna

---

<sup>105</sup> In *Aswini Kumar Ghosh*, la Corte Suprema, infatti, scrive che «turning now to the non obstante clause in section 2 of the new Act, which appears to have furnished the whole basis for the reasoning of the Court below – and the argument before us closely followed that reasoning – we find the learned Judges begin by inquiring what are the provisions which that clause seeks to supersede and then place upon the enacting clause such construction as would make the right conferred by it co-extensive with the disability imposed by the superseded provisions. «The meaning of the section will become clearer», they observe, «if we examine a little more closely what the section in fact supersedes or repeals..... The disability which the section removes and the right which it confers are co-extensive.» This is not, in our judgment, a correct approach to the construction of section 2. It should first be ascertained what the enacting part of the section provides on a fair construction of the words used according to their natural and ordinary meaning, and the non obstante clause is to be understood as operating to set aside as no longer valid anything contained in relevant existing laws which is inconsistent with the new enactment».

<sup>106</sup> E questo malgrado lo stesso Nariman riconosca che, in un successivo caso, potrebbe essere necessario riesaminare tale precedente.

<sup>107</sup> 2004 (12) SCC 770.

<sup>108</sup> Ossia la teoria che suddivide le possibili azioni di un fedele in cinque categorie: *fard*, ossia obbligatorio; *mandub*, raccomandato; *halal* o *ja'iz*, permesso; *makruh*, riprovevole; *haram*, proibito. Si veda ABDEL WAHAB, *Meaning and Structure of Law in Islam*, in *Vanderbilt Law Review*, 16, 1962, p. 15 e p. 119.

<sup>109</sup> Il giudice scrive: «Triple Talāq at best falls within the third degree, but probably falls more squarely within the fourth degree. It will be remembered that under the third degree, Triple Talāq is a permissible action as to which religion is indifferent. Within the fourth degree, it is reprobated as unworthy».

tutela costituzionale.

L'ultimo aspetto che l'autore affronta riguarda la questione della costituzionalità del triplo *talāq* alla luce dell'art. 14. Infatti, mediante una discussione dettagliata dei precedenti, Nariman dimostra che tanto una legge, quanto l'azione di una pubblica autorità possono essere annullate per violazione della disposizione in argomento, non solo quando comportino una classificazione irragionevole – il test tradizionalmente utilizzato dalle corti – ma anche quando siano stimate arbitrarie.

Egli scrive: '[t]he thread of reasonableness runs through the entire fundamental rights chapter. What is manifestly arbitrary is obviously unreasonable and being contrary to the rule of law, would violate Article 14'. E, ispirandosi alla vasta gamma di sentenze da lui citate, egli definisce l'arbitrarietà manifesta come 'something done by the legislature capriciously, irrationally and/or without a dequate determining principle. Also, when something is done which is excessive and disproportionate, such legislation would be manifestly arbitrary'<sup>110</sup>.

Quanto al *talāq-ul-bidaat*, il giudice fa affidamento sugli *hadith* che biasimano tale pratica, come dimostrato da un commentario<sup>111</sup> e dalla giurisprudenza citata in *Shamim Ara*, che egli richiama, per ritenere che il triplo ripudio sia manifestamente arbitrario, perché consente al marito di sciogliere il coniugio 'capriciously and whimsically' senza permettere alcun tentativo di riconciliazione per salvare il legame.

La conclusione, di per sé, pare condivisibile. Ciò che non persuade interamente è l'*iter* argomentativo seguito per giustificarla. Nariman dichiara che questa forma di *talāq* viola l'art. 14 della Costituzione, che, giova ricordarlo, contiene il principio di eguaglianza, non tanto perché produce una disparità di trattamento fra marito e moglie, bensì, apparentemente, perché è arbitrario, non permettendo di provare a rappacificare i coniugi, come richiesto dal Corano. In questo, la concezione religiosa, che tiene il triplo ripudio per irregolare, improprio e peccaminoso, concorre a determinarne l'arbitrarietà.

---

<sup>110</sup> Sull'affascinante tema della proporzionalità e della ragionevolezza come limiti all'agire del legislatore indiano, si rimanda a VIKRAM ADYITA NARAYAN, JAHNAVI SINDHU, *A historical argument for proportionality under the Indian Constitution*, in *Indian Law Review*, 2, 2018, p. 51.

<sup>111</sup> Nariman cita ASAF ALI ASGHAR FYZEE, *Outlines of Muhammadan Law* (5ª ed. riveduta e aggiornata da T. Mahmood), Oxford University Press, Nuova Delhi, 2008.

## 5. Il dispositivo della sentenza

Alla luce della difformità di vedute, il dispositivo della sentenza è estremamente scarno: “by a majority of 3:2 the practice of ‘talāq-e-biddat’ – triple talāq is set aside”. È, inoltre, importante sottolineare come non vi sia uniformità nemmeno in quanto alla *ratio* di tale decisione; infatti, Nariman e Lalit concludono che il triplo ripudio è incostituzionale, perché arbitrario, mentre Joseph evita la questione della costituzionalità e ritiene, semplicemente, che la pratica in questione sia illegale perché contraria alla *shari’a* e, quindi, in via mediata allo *Shariat Act*.

In minoranza, invece, rimangono Khehar e Nazeer, il cui dissenso è ancora più marcato, poiché essi sono dell’opinione che il triplo *talāq* addirittura goda di tutela costituzionale ai sensi dell’art. 25.

## 6. Successive evoluzioni giurisprudenziali

L’opinione di Nariman e Lalit è stata ripresa dall’Alta Corte di Jammu & Kashmir in tre decisioni – *Mohammad Yaseen Bhat v Aisha Yaseen & Anr*<sup>112</sup>, *Javaid Iqbal Wagay v Mst. Naza*,<sup>113</sup> e *Javaid Ahmad Wani Alias Waza vs Nigee-na Akhter*<sup>114</sup> – per negare valore al triplo *talāq*, poiché, ad avviso della corte, tale tipo di ripudio è, per sua natura, arbitrario, giacché permette al marito di sciogliere il vincolo matrimoniale in maniera imprevedibile, capricciosa, impulsiva, e mercuriale, con la conseguenza che esso viola in ogni caso l’art. 14 cost.

Ed anche la Corte Suprema, in *Joseph Shine v Union of India*<sup>115</sup>, è intervenuta a chiarire il senso di *Shayara Bano*. In tale caso, la corte doveva valutare se le norme che ancora dichiaravano l’adulterio penalmente illecito erano conformi a Costituzione e, per farlo, i giudici si basano su *Shayara Bano*. Infatti, essi prendono atto che la norma *de qua* è, ormai, arcaica, è sopravvissuta al suo scopo, e non è più conforme alla morale costituzionale attuale. Sulla base di ciò, concludono che la legge, avendo da tempo perso la sua *ratio*, è oggi divenuta totalmente irrazionale.

Questa considerazione è sufficiente perché del precetto in parola sia dichiarata l’illegittimità costituzionale, poiché «with the passage of time, Article 14 springs into action and interdicts such law as being manifestly arbitrary».

---

<sup>112</sup> Decisione pronunciata il 30 novembre 2017.

<sup>113</sup> Decisione pronunciata il 24 aprile 2018.

<sup>114</sup> Decisione pronunciata il 14 agosto 2018.

<sup>115</sup> Decisione pronunciata il 27 settembre 2018.

In questa sentenza, così, si giunge ad estendere la nozione di ‘norma arbitraria’ fino ad includervi ciò che ormai risulta anacronistico.

Ai fini della presente trattazione, inoltre, il provvedimento in parola è altresì interessante, perché vi si conferma che, in *Shayara Bano*, il triplo *talāq* è stato dichiarato incostituzionale in quanto arbitrario e che soltanto Khehar e Nazeer, nella loro opinione dissenziente, hanno ritenuto che, per poter apportare delle riforme sociali, sia necessario attendere che il diritto sia modificato dal legislatore.

Un’ultima decisione significativa è *Firdaus Bano v Abdul Majeed*,<sup>116</sup> perché essa dimostra come, ancora a novembre 2018, ossia piú di un anno dopo la sentenza della Corte Suprema, vi siano ancora giudici che non si conformano al principio di diritto ivi sancito.

In *Firdaus*, infatti, l’Alta Corte del Rajasthan, decidendo in grado di appello, riforma una sentenza, perché il giudice di prime cure, nel ritenere privo di effetti il *talāq-ul-bidaat* intimato da un marito musulmano, non aveva tenuto in debito conto il fatto che la moglie aveva accettato il divorzio istantaneo, la cui validità non era stata contestata da nessuna delle parti intervenute nel corso del giudizio di primo grado. Si tratta di una decisione che, ad avviso di chi scrive, è stata data *per incuriam* ed è ben lecito dubitare che essa costituisca *good law*; tuttavia, il fatto che la stessa autorità giudiziaria pregiudichi l’esecuzione delle sentenze della Corte Suprema può essere motivo di apprensione.

## 7. Iniziative legislative

La sentenza della Corte Suprema non è stata sufficiente a fermare una volta per tutte il triplo ripudio.

Infatti, proponendo un disegno di legge finalizzato a proibire la pratica<sup>117</sup>, il 15 dicembre 2017, nello *statement of objects and reasons*, il Ministro della Giustizia dichiara che, nonostante la decisione adottata nel caso *Shayara Bano*, vi sono ancora segnalazioni di casi di divorzio istantaneo, provenienti da tutto il Paese<sup>118</sup>; sicché, egli continua, è possibile affermare che la sentenza non abbia funzionato come deterrente. Emerge, pertanto, l’esigenza che lo Stato intervenga per dare esecuzione al verdetto della Corte Suprema e per

---

<sup>116</sup> Decisione pronunciata il 28 ottobre 2018.

<sup>117</sup> Si tratta del *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill*, 2017.

<sup>118</sup> In un recente articolo di giornale si riporta che, da quando la Corte Suprema l’ha proibito, vi sono stati almeno 201 casi di triplo *talāq* (AGENCE FRANCE-PRESSE, *India makes Islamic ‘triple-talāq’ instant divorce punishable by up to three years in prison*, 19 settembre 2018, *The Telegraph*, disponibile all’indirizzo: <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/09/19/india-makes-islamic-triple-talāq-instant-divorce-punishable/>, ultimo accesso dicembre 2018).

risarcire le vittime del triplo ripudio.

In questo disegno di legge si stabilisce che il termine *talāq* si riferisca esclusivamente al *talāq-ul-bidaat* e a qualsiasi altra forma di *talāq* simile che abbia l'effetto di procurare un divorzio istantaneo ed irrevocabile, pronunciato da un marito musulmano. Di questi ripudī l'art. 3 commina la nullità, mentre l'art. 4 punisce chiunque li intimi con la reclusione fino a tre anni e una multa. Gli artt. 5 e 6, successivamente, stabiliscono che le donne contro cui sia invocato il *talāq* possono pretendere il mantenimento per sé ed i figli, di cui hanno diritto di ottenere la custodia.

Questo disegno di legge è stato approvato dalla *Lok Sabha* ed è ora pendente davanti alla *Rajya Sabha*, sebbene ne sia stato richiesto il ritiro.

Nelle more, il 19 novembre 2018, il Presidente Ram Nath Kovind ha promulgato una *ordinance*<sup>119</sup>, che riprende il contenuto dell'appena menzionato disegno di legge, con tre sole differenze: a) il delitto è procedibile solo se la notizia di reato proviene dalla donna, da un parente, o da un affine; b) il giudice può liberare l'imputato su cauzione; c) il reato può essere estinto, su richiesta della donna, secondo la procedura nota come *compounding*<sup>120</sup>.

Infine, il 17 dicembre, il Ministro della Giustizia ha introdotto un nuovo disegno di legge<sup>121</sup>, che sostituisce l'*ordinance*, riproducendone interamente il contenuto.

Nella sua breve vigenza, l'*ordinance* è già stata oggetto di un ricorso per la dichiarazione d'illegittimità costituzionale; infatti, un fedele ha adito l'Alta Corte di Delhi, lamentando che essa incide negativamente sui suoi diritti fondamentali. Inoltre, ad avviso del ricorrente, essa è contraria alla fede, alle pratiche, ed alle tradizioni comuni dell'islam ed ha natura discriminatoria. In aggiunta, appare superflua, alla luce della decisione raggiunta dalla Corte Suprema in *Shayara Bano*. Pertanto, essa dovrebbe essere dichiarata *ultra vires*. L'Alta Corte ha, tuttavia, rigettato l'intero impianto argomentativo dell'attore, riconoscendo che l'*ordinance* costituisce un lecito esercizio del potere nomopoietico<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Si tratta della *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Ordinance*, 2018. Un'*ordinance* può essere adottata solo quando il parlamento non sia in sessione; tuttavia, dal giorno in cui il parlamento torna a riunirsi, essa deve essere sostituita da un disegno di legge che deve essere approvato entro 42 giorni, altrimenti decade (art. 123 della Costituzione); ai sensi dell'art. 85, fra due diverse sessioni del parlamento non possono intercorrere più di sei mesi, con la conseguenza che una *ordinance* non può in nessun caso rimanere in vigore per più di sei mesi e sei settimane.

<sup>120</sup> Con '*compounding*' ci si riferisce alla procedura con cui le due parti, ottenuto il permesso della corte, decidono di concludere un procedimento giudiziario, risolvendo la controversia. I termini e le condizioni per l'estinzione del reato saranno determinati dal magistrato (si v. la s. 7(b) dell'*ordinance* e 320 del *Code of Criminal Procedure*, 1973).

<sup>121</sup> Si tratta del *Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Bill*, 2018.

<sup>122</sup> Si veda *Shahid Azad v Union of India*, pronunciata il 28 settembre 2018.

## 8. Conclusioni

*Shayara Bano* è stata definita una decisione storica<sup>123</sup>, perché, per la prima volta, la Corte Suprema dichiara in maniera incontrovertibile che il triplo *talāq* non costituisce piú un valido metodo di divorzio. Tuttavia, già sulla natura di tale invalidità, la corte non è chiara; infatti, due soli giudici dichiarano la pratica incostituzionale, mentre un terzo non si esprime sul tema<sup>124</sup>.

Pure l'espressione scelta, ossia 'triple *talāq* is set aside', non lascia comprendere fino in fondo che cosa intendessero i giudici. Tale forma di ripudio è interamente priva di effetti? O, piú semplicemente, vale come una singola intimazione di *talāq*, come già era stato affermato in *Masroor Ahmed*?

A parte di tali quesiti ha risposto la giurisprudenza successiva, che pare avere accettato che il *talāq-ul-bidaat* sia costituzionalmente illegittimo; ai restanti pare aver risposto il legislatore. Infatti, sia l'*ordinance* sia il disegno di legge, al momento pendente di fronte al parlamento, dichiarano il triplo ripudio nullo.

E anche in quanto all'effetto realmente innovativo della presente decisione è lecito esprimere dubbî, come dimostrato dalla stessa opinione di Joseph, in cui il giudice frequentemente ripete come le conclusioni raggiunte nella sentenza in argomento si limitino a dire apertamente ciò che *Shamim Ara* sottintendeva solamente. Di certo, però, il provvedimento qui esaminato ha il pregio di certificare incontrovertibilmente l'antigiuridicità del triplo ripudio.

Tuttavia, quanto appena esposto non costituisce il solo aspetto della decisione che sollevi perplessità.

Intanto, la decisione pecca di poco coraggio sotto varî aspetti.

Innanzitutto, la Corte Suprema si esprime soltanto su di una specifica forma di *talāq*, lasciando ancora in vigore sia il *talāq ahsan* sia il *talāq hasan*, come del resto confermato *expressis verbis* in *Shahid Azad*, anche dopo l'entrata in vigore dell'*ordinance*.

Tuttavia, tali pratiche condividono uno dei difetti del *talāq-ul-bidaat*:

---

<sup>123</sup> Si vedano, a solo titolo di esempio, RIN HIRSCHL, AYELET SHACHAR, *Competing Orders: The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, p. 425 e p. 440; TANJA HERKLOTZ, *Shayara Bano versus Union of India and Others. The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talāq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice*, in *Zeitschrift Verfassung und Recht in Übersee*, 50, 2017, p. 300 e pp. 309-310, ma anche BBC, *Triple talāq: India court bans Islamic instant divorce*, *BBC News*, 22 agosto 2017, reperibile all'indirizzo: <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-41008802>, ultimo accesso dicembre 2018.

<sup>124</sup> Cosí, molto rapidamente, a tale mancanza di consenso si sono appigliati i *leaders* musulmani e gli attivisti per sostenere che pratiche come il triplo *talāq* dovrebbero essere riesaminate dalla comunità di riferimento. Cfr. RAN HIRSCHL, AYELET SHACHAR, *Competing Orders: The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, pp. 425, 440.

anch'esse costituiscono forme di ripudio unilaterale e, come tali, producono una disparità di trattamento fra musulmani di sesso maschile e femminile<sup>125</sup>.

Nondimeno, la decisione dei giudici di limitarsi al divorzio istantaneo è comprensibile alla luce di valutazioni politiche, ma anche giuridiche: infatti, per quanto riguarda gli uomini di fede musulmana, lo scioglimento del vincolo matrimoniale è regolato dal solo diritto personale. Nessuna legge tratta dell'argomento, salvo che essi non abbiano deciso di contrarre matrimonio ai sensi dello *Special Marriage Act*, 1954.

In tale circostanza – e alla luce del fatto che, già adesso, qualsiasi intima-zione di *talāq* deve essere sorretta da un motivo ragionevole ed essere preceduta da tentativi di riconciliazione –, un eventuale intervento poco accorto sulle altre forme di ripudio avrebbe potuto condurre ad un'eccessiva limitazione del diritto dei cittadini di religione musulmana di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Un ulteriore aspetto opinabile della sentenza in argomento è costituito dal fatto che i giudici decidono di non affrontare in maniera esplicita il rapporto fra diritti personali e Costituzione. Anzi, le opinioni sostenute rischiano di poter condurre, in futuro, a soluzioni non condivisibili e pericolose per la tutela dei soggetti deboli nei confronti di disposizioni discriminatorie del proprio diritto personale.

Infatti, Khehar and Nazeer dichiarano di ritenere che i diritti personali siano coperti dall'art. 25 cost., avendo addirittura la stessa statura di un diritto fondamentale. Joseph, di passata, si dichiara d'accordo e non manca chi si è appellato a questa concordanza, per affermare che «three out of five judges who constitute a majority have held freedom of religion as absolute»<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Le donne islamiche possono soltanto divorziare in base al *Dissolution of Muslim Marriages Act*, 1939, su cui si veda SAADYA SULEMAN, *Muslim Personal Law and Gender Equality Concerns in India*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 6, 2017, p. 162 disponibile all'indirizzo: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3164220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3164220) (ultimo accesso dicembre 2018). Si confronti tale situazione con quanto accade in Pakistan a seguito della pronuncia di *Saleem Ahmed v Government of Pakistan*, PLD 2014 FSC 43, in cui la *Federal Shariat Court* ha statuito che una donna possa procedere ad un divorzio *khula* anche senza il consenso del marito. Peraltro, la vigente normativa in fatto di divorzio è altresì causa di discriminazione nei confronti degli indù, che possono soltanto divorziare in base alle previsioni dell'*Hindu Marriage Act*, che escludono la possibilità di divorziare in maniera unilaterale, salvo in caso di *matrimonial offences* da parte del coniuge.

<sup>126</sup> FAIZAN MUSTAFA, JAGTESHWAR SINGH SOHI, *Freedom of Religion in India: Current Issues and Supreme Court Acting as Clergy*, cit., p. 955. Gli autori, nel testo scrivono di ritenere incoraggiante che in *Shayara Bano* una *constitutional bench* della Corte Suprema abbia dichiarato che la libertà di religione, soggetta alle restrizioni di cui all'art. 25, è assoluta. Questa sentenza, a loro avviso, è infatti l'apice della libertà di religione in India, perché il *Chief Justice* ha dichiarato esplicitamente che i diritti personali godono di tutela costituzionale – giungendo ad affermare che essi hanno la statura di un diritto fondamentale. Per gli autori, il giudice Khehar ha fatto un passo avanti e ha detto che, fatte salve le restrizioni di cui all'articolo, la libertà di religione ai sensi della Costituzione su questo

D'altro lato, Khehar and Nazeer escludono altresí che i diritti personali debbano conformarsi ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, in questo confermando *Narasu Appa Mali*. La questione non è affrontata da Joseph ed è aggirata da Nariman and Lalit, che sottopongono a sindacato di legittimità costituzionale non tanto il diritto personale islamico, quanto piú lo *Shariat Act* che lo riconosce. La conseguenza è che, su questo argomento, permane confusione<sup>127</sup>.

Infatti, questa volta è stato possibile giungere ad una soluzione che soddisfa il senso di giustizia anche attraverso il diverso percorso tentato da Joseph, ma un simile approccio non sarebbe stato disponibile se la Corte Suprema si fosse trovata a dover conoscere di un caso riguardante una forma di discriminazione espressamente riconosciuta o, peggio, ordinata dalla *shari'a*. In tal caso, difatti, non sarebbe possibile dichiarare l'illegalità della pratica *de qua* per contrasto con l'art. 2 dello *Shariat Act*.

Al riguardo, vi è chi è pessimista: Mandal, per esempio sottolinea come tre giudici su cinque, Khehar, Nazeer, e Joseph, abbiano tracciato una distinzione fra diritto codificato e non codificato, aggiungendo che lo *Shariat Act* non codifica quest'ultimo, cosí impedendo una qualsivoglia opera di sindacato di legittimità costituzionale da parte dell'autorità giudiziaria ed aggiungendo che approcci giudiziari come quello di Joseph sono le uniche vie percorribili per un ulteriore cambiamento giuridico in questo settore<sup>128</sup>.

Chi scrive è piú ottimista. Non può negarsi che, malgrado gli innegabili difetti della decisione, essa è stata ripresa, in sentenze successive<sup>129</sup>, da giudici che hanno ritenuto che essa avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale del *talāq*, senza menzionare la s. 2 dello *Shariat Act* come norma interposta.

Né può trascurarsi che un collegio di tre giudici della Corte Suprema, in *Sameena Begum v Union of India & Ors*<sup>130</sup>, ha deciso di rinviare alla *constitutional bench* la trattazione di un caso riguardante la poligamia, il *nikah halala*,

---

punto è assoluta. (*ibidem*).

<sup>127</sup> SAPTARSHI MANDAL, *Triple Talāq Judgment and the Continuing Confusion about the Constitutional Status of Personal Law*, in *Economic and Political Weekly*, 4 settembre 2017, reperibile all'indirizzo: <http://www.jgu.edu.in/article/triple-talāq-judgment-and-continuing-confusion-about-constitutional-status-personal-law>, ultimo accesso dicembre 2018.

<sup>128</sup> SAPTARSHI MANDAL, *Out of Shah Bano's shadow: Muslim women's rights and the Supreme Court's triple talāq verdict*, cit., p. 102.

<sup>129</sup> Per esempio, in *Mohammad Yaseen Bhat, Javaid Iqbal Wagay, e Javaid Ahmad Wani*, nonché, dalla stessa Corte Suprema per quanto in un *obiter dictum*, in *Joseph Shine*.

<sup>130</sup> Decisione pronunciata il 26 marzo 2018.

il *nikah mut'ah*<sup>131</sup>, e il *nikah misyar*<sup>132</sup>. Nell'ordinanza di rimessione si legge che di tali pratiche i ricorrenti hanno lamentato l'incostituzionalità, avanzando varie argomentazioni per affermare che i detti istituti, per quanto facenti parte del diritto personale islamico, non sono immuni dal sindacato di conformità ai diritti fondamentali, aggiungendo che *Shayara Bano* su quegli aspetti tace. Concordando sul fatto che, in quest'ultima decisione, il collegio su tali argomenti non s'è espresso e alla luce dell'importanza della questione, i giudici ordinano che la controversia sia portata all'attenzione del *Chief Justice*, affinché convenga una *constitutional bench* che possa esprimersi sul ricorso.

È vero che sovrastimare la portata di *Sameena Begum* non conviene; dopotutto, non vi sono garanzie che la sentenza che sarà pronunciata si discosti da *Shayara Bano*, né che essa compia un definitivo *overruling* di *Narasu Appa Mali*.

Giova, infatti, ricordare che tutto l'*iter*, che avrebbe condotto a *Shayara Bano*, era partito da *Prakash v Phulwat*, in cui un collegio di due giudici della Corte lamentava l'esistenza di forme di discriminazione di genere che affliggevano le donne musulmane, in ispregio dei loro diritti fondamentali.

Nondimeno, pur con la debita circospezione, pare che l'opinione Khehar non abbia, per ora, attecchito.

Infine, un ulteriore elemento di *Shayara Bano* ch'è suscettibile di critica è rappresentato dal percorso argomentativo che ha condotto la maggioranza a giungere alla loro decisione finale. Infatti, nel corso dell'intera sentenza, il tema della discriminazione di genere non è approfondito. E, quando lo è, ossia nell'opinione di Khehar, la conclusione è che il principio di eguaglianza è gerarchicamente subordinato al principio di non interferenza nel diritto personale.

Pure nell'opinione di Nariman i diritti delle donne non compaiono; in essa, il difetto identificato dal giudice è che il triplo *talāq* contrasta con il principio della conservazione del matrimonio, perché tale forma di ripudio permette di interrompere arbitrariamente il vincolo coniugale, senza che possano essere esperiti dei tentativi di salvarlo<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Ossia un matrimonio temporaneo, tipico del diritto sciita, in cui la durata del vincolo è fissata prima delle nozze.

<sup>132</sup> Ossia un matrimonio, tipico del diritto wahabita, in alcuni aspetti simile al *nikah mut'ah*, in cui marito e moglie, per quanto ancora legati dal vincolo del coniugio, possono rinunciare ad alcuni dei diritti che da esso discendono.

<sup>133</sup> Sul tema, Atrey lamenta il fatto che la pronuncia, per quanto progressista, faccia leva più sull'arbitrarietà della pratica che non sulla sua natura discriminatoria. Secondo l'autrice, per una decisione propagandata come una delle vittorie più significative per i diritti delle donne musulmane in India, *Shayara Bano* pare equiparare l'uguaglianza delle donne a una semplice questione di non arbitrarietà, con la conseguenza che finisce per limitare gli argomenti che possono essere invocati per combattere le restanti forme di discriminazione che ancora permangono nel diritto personale islamico. Cfr. SHREYA ATREY, *Women's Human Rights: From Progress to Transformation, An Intersectional Re-*

Nonostante quanto finora detto, tuttavia, l'autore ritiene che sarebbe ingeneroso criticare oltremisura la decisione. In essa, infatti, i giudici raggiungono una conclusione condivisibile e giudiziosa e prestano attenzione a non cedere ad un fervore eccessivo. Si può forse criticare l'eccesso di cautela, ma è certo meglio d'un approccio temerario e scriteriato.

RIASSUNTO

In India, dove ancora il diritto matrimoniale è regolato dal diritto personale dei coniugi, i mariti di religione islamica hanno tradizionalmente goduto del diritto di divorziare dalle proprie mogli mediante la procedura del cosiddetto triplo *talāq*.

Nel 2017, su tale questione è, finalmente, intervenuta la Corte Suprema che ha proibito la pratica nella sentenza *Shayara Bano v Union of India & Ors.*

Nel presente articolo, l'autore, dopo aver illustrato i precedenti in fatto di triplo ripudio, esamina la decisione in parola, prendendone in considerazione gli aspetti positivi, nonché i profili che suscitano ancora perplessità e discute quale potrebbe essere, in futuro, l'approccio della Corte in casi simili.

PAROLE CHIAVE

*India; talāq; casi giurisprudenziali*

ABSTRACT

In India, where marriage is still governed by the religion-inspired personal laws, Muslim husbands have traditionally had the right to divorce their wives by resorting to triple *talāq*. In 2017, the Supreme Court finally intervened and prohibited the practice in question in *Shayara Bano v Union of India & Ors.*

In this article, the Author, after presenting the case law on the topic, examines the judgment and discusses its positive aspects as well as its shortcomings and discusses what may be, in future, the Court's approach in similar cases.

KEY WORDS

*India; talāq; cases law*

---

*sponse to Martha Nussbaum, in Human Rights Quarterly, 40, 2018, p. 859 e p. 886. Un'altra autrice ha invece sottolineato come tale decisione rifletta la mancanza di bilanciamento nella composizione della Corte Suprema; infatti, ella, pur ritenendo lodevole il fatto che il collegio si componesse di giudici appartenenti a diverse confessioni religiose, biasima l'assenza di donne sia nel gruppo di giudici che hanno deciso la controversia sia nella Corte Suprema in generale. Cfr. TANJA HERKLOTZ, *Shayara Bano versus Union of India and Others. The Indian Supreme Court's Ban of Triple Talāq and the Debate around Muslim Personal Law and Gender Justice*, cit., p. 300 e p. 310. Mandal, dal canto suo, enfatizza la partecipazione di organizzazioni di donne musulmane, esprimendo l'opinione che *Shayara Bano* segni, così, una rottura decisiva rispetto al passato in cui gli interessi di queste erano rappresentati o dallo Stato o dalla comunità di appartenenza. Cfr. SAPTARSHI MANDAL, *Out of Shah Bano's shadow: Muslim women's rights and the Supreme Court's triple talāq verdict*, cit., p. 140.*

# *“Loca sacra” e “edifici destinati all’esercizio pubblico del culto”. La condizione giuridica delle chiese cattoliche in Italia tra diritto canonico e ordinamento statale: linee di una ricerca*

ALBERTO TOMER

*SOMMARIO: 1. L’attualità di un fenomeno complesso, tra cause di ordine sociale e stratificazione delle fonti – 2. L’edificazione di una nuova chiesa: il ruolo del vescovo e le pianificazioni urbanistiche – 3. Previsioni canonistiche e misure di tutela secolari circa l’utilizzo del luogo sacro – 4. Interpretazioni e implicazioni problematiche della riduzione a uso profano – 5. I molteplici risvolti di una ricerca in fieri.*

## *1. L’attualità di un fenomeno complesso, tra cause di ordine sociale e stratificazione delle fonti*

Tra le principali espressioni di quel diritto alla libertà religiosa che l’ordinamento italiano riconosce e tutela in modo ampio, un ruolo di primo piano è notoriamente occupato dalla possibilità per tutte le confessioni di disporre di propri edifici di culto. Da parte dei fedeli tale esigenza è anzi comunemente avvertita come fondamentale, in quanto il suo soddisfacimento rappresenta un momento propedeutico – e perciò indispensabile – alla capacità stessa di celebrare quei riti e, più in generale, di esercitare quegli atti di natura religiosa che sono parte essenziale di ogni differente credo. La rilevanza del tema è peraltro confermata dalla centralità che esso ha assunto nel dibattito pubblico, nell’ambito del quale è stata negli ultimi anni dedicata un’attenzione sempre crescente alla condizione di quelli che sono percepiti come “nuovi” culti e, in particolare, alla delicata questione della costruzione di moschee: una preponderanza che, per quanto legittimata dai profondi mutamenti sperimentati dalla nostra società nei tempi recenti e dalle conseguenti istanze anche giuridiche e amministrative, ha però talvolta rischiato di mettere in ombra quel complesso di problematiche, pure posto con impellenza dal nostro tempo, relativo invece agli edifici di culto più presenti sul territorio e nella storia – e di conseguenza nella legislazione –

italiani: vale a dire le chiese cattoliche. Sul piano mediatico, una delle più attuali “riscoperte” dell’argomento si deve senza dubbio alla sempre più diffusa prassi di adibire tali spazi all’accoglienza di soggetti bisognosi, quali senzatetto e rifugiati<sup>1</sup>. Sia nella percezione comune sia nella letteratura specializzata, nell’ultimo periodo sta tuttavia emergendo con maggiore lucidità una più generale consapevolezza – e una corrispondente preoccupazione – circa le principali criticità che affliggono oggi l’edilizia religiosa cattolica, tra le quali una delle più urgenti è sicuramente costituita dalle spinose implicazioni che accompagnano le ormai frequenti ipotesi di dismissione di immobili non più utilizzati a fini di culto. Un tema che, a riprova di quanto affermato, è stato da ultimo oggetto di riflessione da parte del convegno internazionale appositamente tenutosi sul finire dell’anno passato su impulso del Pontificio Consiglio della Cultura, della Conferenza Episcopale Italiana (CEI) – Ufficio Nazionale per i beni culturali ecclesiastici e l’edilizia di culto – e della Pontificia Università Gregoriana – Facoltà di storia e beni culturali della Chiesa –: in esso si è tentato di dare risposta alle questioni più dubbie e incalzanti tramite la formulazione di specifiche *Linee guida*, poi approvate dallo stesso Pontificio Consiglio della Cultura e dai delegati delle Conferenze Episcopali d’Europa, Canada, Stati Uniti d’America e Australia<sup>2</sup>.

A determinare questa situazione non semplice concorrono d’altronde numerosi fattori, molti dei quali facilmente osservabili nella quotidianità e la cui natura è primariamente metagiuridica. Sono quelle stesse ragioni che le *Linee guida* appena menzionate indicano come cause legate a una condizione moderna che possiamo definire sommariamente di secolarizzazione avanzata<sup>3</sup>: si pensi, per citare solo le più evidenti, alla notevole diminuzione di ordinazioni sacerdotali e di professioni religiose registrata negli ultimi decenni, o all’ana-

---

<sup>1</sup> Una riflessione dedicata in via esclusiva a tale prospettiva è offerta in LUIGI MARIANO GUZZO, *Valorizzazione del patrimonio immobiliare degli enti ecclesiastici e accoglienza: una prospettiva di diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4, 2016, pp. 515-528.

<sup>2</sup> Il documento citato, dal titolo *La dismissione e il riuso ecclesiale di chiese. Linee guida* è stato pubblicato sul sito *internet* del Pontificio Consiglio della Cultura ed è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.cultura.va/content/cultura/it/pub/documenti/decommissioning.html>. Del relativo convegno – *Dio non abita più qui? Dismissione di luoghi culto e gestione integrata dei beni culturali ecclesiastici*, svoltosi tra il 29 e il 30 novembre 2018 presso la Pontificia Università Gregoriana – è inoltre fornito un resoconto a cura di FABRIZIO CAPANNI nella rivista dello stesso Pontificio Consiglio della Cultura, *Culture e Fede*, n. 3, 2018, pp. 252-254, e ad esso è dedicata pure l’intervista a OTTAVIO BUCARELLI, pro-direttore del Dipartimento dei beni culturali della Chiesa della stessa Università Gregoriana e membro del comitato scientifico del convegno, a cura di PAOLO PEGORARO, in *Il Regno – Attualità*, n. 2, 2019, pp. 25-26. Dal medesimo convegno prendono infine le mosse le considerazioni sviluppate in PAWEŁ MAŁECHA, *La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido alla luce della normativa canonica vigente e delle sfide della Chiesa di oggi*, in *JusOnline*, rivista telematica (<http://jus.vitaepensiero.it/pagina/jusonline-4625.html>), n. 3, 2018, pp. 173-198.

<sup>3</sup> PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA CULTURA, *La dismissione e il riuso ecclesiale di chiese. Linee guida*, cit., p. 1.

loga riduzione della partecipazione alle manifestazioni di culto pubblico da parte dei fedeli; fenomeni che, uniti alle declinanti tendenze demografiche che accomunano la maggioranza dei Paesi europei e alla diversa distribuzione della popolazione sul territorio – con un progressivo svuotamento sia dei tradizionali centri storici, sia delle aree rurali –, hanno condotto ad una consistente carenza di soggetti che ‘abitino’ e curino in modo continuativo questi luoghi e conseguentemente ad un sostanziale abbandono di molti di essi, divenuti oramai sovrabbondanti rispetto al loro effettivo utilizzo<sup>4</sup>. Ciò ha spesso comportato comprensibili difficoltà nel garantire un’adeguata conservazione di tali immobili, aspetto ulteriormente aggravato dai limiti economici degli enti sui quali gravano gli elevati costi di gestione. Una crisi, quella qui delineata per sommi capi, che, com’è naturale, preoccupa in primo luogo le comunità di fedeli, desiderose di mantenere la finalità culturale propria di questi spazi o almeno – se inevitabile – di vederne assicurata una dignitosa dismissione, ma che investe in realtà l’intera collettività nazionale: anche prescindendo del tutto da qualsiasi dimensione religiosa, è comunque chiaro come dalla sua risoluzione dipenda non soltanto la valorizzazione ma – prima ancora – la stessa salvaguardia di una larga parte del ricco patrimonio storico e culturale italiano, notoriamente composta proprio da edifici sacri cattolici e da altre forme di arte sacra<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> A queste circostanze è infatti riservata una particolare attenzione *ivi*, p. 2: La preoccupazione della Chiesa nella seconda metà del XX secolo è stata quella di costruire luoghi di culto nei quartieri in espansione delle città industriali e delle metropoli, coinvolte da fenomeni migratori interni. Negli ultimi anni questa tendenza è stata rallentata dalla contrazione demografica di molte comunità, causata da una diversa distribuzione della popolazione e da una maggiore mobilità delle persone, con relativo mutamento del rapporto di appartenenza dei fedeli al territorio e alle istituzioni ecclesiastiche territoriali tradizionali. Da una parte, i centri storici delle città, un tempo ricchi di chiese appartenenti a diversi enti ecclesiastici, diventano luoghi senza abitanti e con una popolazione di fedeli invecchiata; dall’altra, molti piccoli paesi dispersi in contesto rurale soffrono un profondo calo demografico, al punto che per le loro comunità cristiane è diventato difficile sostenere tanti luoghi di culto e una pluralità di parrocchie. Nei grandi centri urbani occidentali, oltre alla crescita della fluidità del senso di appartenenza e dell’anonimato, il calo della pratica religiosa, determinata da varie cause interne ed esterne alla Chiesa, ha prodotto la diminuzione dei fedeli e delle risorse finanziarie, e di conseguenza ha ridotto drasticamente il bisogno di chiese. A questo si aggiunge la situazione del clero, con molti sacerdoti in età avanzata e pochissime ordinazioni. Tutto ciò porta alla decisione di accorpamento, integrazione o fusione di parrocchie, col conseguente sottoutilizzo e abbandono di chiese. Una lettura storico-territoriale più approfondita conduce tuttavia alla constatazione che non tutte le chiese che oggi costituiscono il patrimonio storico erano destinate alla cura pastorale (come le parrocchie), ma erano espressione di confraternite, corporazioni, signorie, municipalità, rappresentanze nazionali, famiglie private, e pertanto la moltiplicazione di chiese poteva rappresentare anche uno strumento di autorappresentazione di strutture sociali e politiche, in gran parte non più esistenti o comunque non più in grado di assicurarne la conservazione.

<sup>5</sup> A questo riguardo, è stato ad esempio osservato che «[n]el paesaggio urbano e rurale italiano le chiese, i monasteri o conventi hanno rappresentato e rappresentano tuttora importanti centri di aggregazione e punti di riferimento essenziali per l’identità storica e civile di interi paesi o quartieri

Limitandoci però al piano strettamente giuridico, vi è un dato che appare con particolare evidenza: la legislazione vigente, infatti, non solo non riesce a fornire risposte appropriate al problematico contesto illustrato, ma sembra quasi complicarlo ulteriormente con una disciplina tutt’altro che uniforme e priva di zone d’ombra. La principale ragione di tale inadeguatezza si può rinvenire nel processo di formazione della normativa in parola, accumulatasi nel tempo per stratificazioni successive di fonti eterogenee e mai rielaborate né coordinate univocamente in un modello organico. Se a tale riguardo si assiste perciò a una certa negligenza legislativa<sup>6</sup>, va d’altro canto pure riconosciuto che una razionalizzazione in questo campo, per quanto opportuna, pone oggettive difficoltà, dipendenti prevalentemente dalla molteplicità di ordinamenti interessati e dalla consequenziale necessità di tenere conto della loro interdipendenza. Già all’interno della normativa statale – nell’ambito della quale la rilevanza di tali profili è abbondantemente riconosciuta – è possibile osservare l’intersecarsi di più piani: in favore degli *edifici destinati all’esercizio pubblico del culto cattolico* non solo è stabilito un apposito regime civilistico, tracciato in via generale all’art. 831 c.c., ma gli stessi immobili sono pure fatti oggetto di specifiche normative settoriali, tra le quali un’importanza primaria è indubbiamente rivestita da quella tesa alla protezione del patrimonio culturale: come dimostra la speciale qualifica – e di conseguenza la peculiare disciplina – riservata ai *beni culturali d’interesse religioso* dal principale testo di riferimento in materia, il Codice dei beni culturali e del paesaggio<sup>7</sup> – anche

---

urbani che storicamente sono sorti e si sono sviluppati attorno o accanto ad essi. Dalla loro persistente vitalità o semplice apertura al culto dipende talora la stessa sopravvivenza di parti del tessuto urbano o di piccole comunità disperse tra i monti o nelle campagne. Pertanto è interesse della stessa comunità civile conservare e valorizzare tali luoghi non solo in quanto beni culturali e, per la comunità ecclesiale, testimonianza di fede, ma anche in quanto importanti fattori di coesione dinamismo e vitalità del tessuto cittadino, di importanti comunità e dell’intero paesaggio, andando in questo modo incontro anche alla naturale vocazione turistica del nostro paese»: PAOLO CAVANA, *Il problema degli edifici di culto dismessi*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1-2, 2008, pp. 49-50.

<sup>6</sup> In dottrina, tale mancanza è stata commentata – con riferimento al più ampio tema delle diversità sussistenti tra le rispettive condizioni giuridiche delle varie confessioni religiose nell’ambito dell’edilizia di culto – osservando che «ancora oggi esistono tante differenze da colmare, anzi si intravedono nuove disparità di trattamento, tra le tipologie di templi. Ma c’è una differenza. Le discriminazioni del passato erano volute, sistematiche, interdipendenti. Quelle attuali, e le nuove che si prospettano, sono il frutto di una legislazione caotica, disattenta, oppure sono la conseguenza di una situazione di fatto del tutto nuova, legata al proliferare di un pluralismo confessionale che il legislatore non riesce a governare»: CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, a cura di DANIELE PERSANO, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 11.

<sup>7</sup> Art. 9, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*: «1. Per i beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose, il Ministero e, per quanto di competenza, le regioni provvedono, relativamente alle esigenze di culto, d’accordo con le rispettive autorità. 2. Si osservano, altresì, le disposizioni stabilite dalle intese concluse ai sensi dell’articolo 12 dell’Accordo di modificazione del Concordato

noto come Codice Urbani. Allo stesso modo, non va dimenticato come alle

---

lateranense firmato il 18 febbraio 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 25 marzo 1985, n. 121, ovvero dalle leggi emanate sulla base delle intese sottoscritte con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, della Costituzione.» La rilevanza del tema dei beni culturali di interesse religioso è d'altronde rispecchiata dall'amplessima produzione dottrinale ad esso relativa: a questo proposito, cfr. GIORGIO FELICIANI, *I beni culturali 'ecclesiastici' tra Stato e regioni*, in *Le regioni*, n. 2, 1981, pp. 338-348; Id., *I beni culturali nel nuovo Codice di diritto canonico*, nel vol. *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, a cura di GIORGIO FELICIANI, WINFRIED SCHULZ, Libreria editrice vaticana – Libreria editrice Lateranense, Città del Vaticano, 1986, pp. 249-259; Id., *Autorità ecclesiastiche competenti in materia di beni culturali di interesse religioso*, in *Aedon*, rivista telematica (<http://www.aedon.mulino.it>), n. 1, 1998; Id., *Le chiese nel quadro della tutela del patrimonio culturale*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 255-269; SALVATORE BORDONALI, *La disciplina regionale dei beni culturali, librari e archivistici di interesse religioso*, nel vol. *Interessi religiosi e legislazione regionale*, a cura di RAFFAELE BOTTA, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 77-105; FRANCESCO FINOCCHIARO, *I beni culturali d'interesse religioso: tra formalismo giuridico e sistema delle fonti*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1994, pp. 427-445; Id., *Diritto ecclesiastico*, 12<sup>a</sup> ed., aggiornamento a cura di ANDREA BETTETINI, GAETANO LO CASTRO, Zanichelli, Bologna, 2015, pp. 392-397; *Beni culturali di interesse religioso. Legislazione dello Stato ed esigenze di carattere confessionale*, a cura di GIORGIO FELICIANI, il Mulino, Bologna, 1995; CARLO AZZIMONTI, *I beni culturali ecclesiali nell'ordinamento canonico e in quello concordatario italiano*, EDB, Bologna, 2001; ALBERTO ROCCELLA, *Regioni e beni culturali ecclesiastici*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 2001, pp. 919-931; Id., *I beni culturali di interesse religioso della Chiesa cattolica*, nel vol. *Studi in onore di Umberto Poitschnig*, II, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1093-1128; Id., *I beni culturali ecclesiastici*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2004, pp. 199-232; Id., *Il regime giuridico delle opere d'arte negli edifici di culto in Italia*, in *Jus*, n. 3, 2010, pp. 563-574; SANDRO AMOROSINO, *I beni culturali d'interesse religioso nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2003, pp. 375-392; ROMEO ASTORRI, *I beni culturali di interesse religioso nell'ordinamento italiano, spunti problematici*, nel vol. *Studi in onore di Anna Ravà*, a cura di CARLO CARDIA, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 21-34; MAURO RENNA, *I beni culturali d'interesse religioso nel nuovo ordinamento autonomista*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2004, pp. 181-199; VALENTINA MARIA SESSA, *La disciplina dei beni culturali di interesse religioso*, Electa, Milano, 2005; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, 10<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2005, pp. 352-361; ALESSANDRO ALBISSETTI, *I beni culturali di interesse religioso*, nel vol. *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di RAFFAELE BOTTA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 1-14; *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. La tutela dopo l'Intesa del 26 gennaio 2005*, a cura di MICHELE MADONNA, Marcianum Press, Venezia, 2007; ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Enti ecclesiastici e beni culturali*, nel vol. *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull'Istruzione CEI in materia amministrativa*, a cura di JUAN IGNACIO ARRIETA, Marcianum Press, Venezia, 2007, pp. 299-310; Id., *I beni culturali di interesse religioso: la collaborazione tra istituti pubblici ed ecclesiastici nell'attività di valorizzazione*, nel vol. *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, a cura di LIDIANNA DEGRASSI, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 63-103; FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER, *I beni culturali religiosi: quali prospettive di tutela*, 3<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, 2008; SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *Corso di diritto ecclesiastico*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2010, pp. 172-181; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 270-278; ISABELLA BOLGIANI, *I beni culturali di interesse religioso tra Intesa nazionale e accordi regionali («vecchi» e «nuovi»)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 33, 2012, pp. 1-25; RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 40-44; NICOLA COLAIANNI, *La tutela dei beni culturali di interesse religioso tra Costituzione e convenzioni con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 21, 2012, pp. 1-18; MARTA TIGANO, *Tra economie dello Stato ed «economia» della Chiesa: i beni culturali di interesse religioso*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;

predette disposizioni nazionali si affianchino inoltre le differenti legislazioni regionali e le previsioni degli enti locali, la cui rilevanza sul tema si dispiega in particolare nel settore urbanistico e relativamente al finanziamento pubblico delle attrezzature religiose.

Nelle modalità che avremo modo di chiarire tra poco, la richiamata legislazione secolare non può però prescindere, nel suo tentativo di regolamentare lo *status* delle chiese cattoliche, da quanto previsto al proposito nell’ordinamento canonico. Anche in tale contesto, se il termine primario di paragone è necessariamente costituito dall’attuale *Codex Iuris Canonici*, i cui cann. 1205-1243 sono espressamente dedicati ai luoghi sacri, una simile indagine risulterebbe inevitabilmente incompleta se confinata a questo pur ineludibile punto di partenza: un’analisi al riguardo non può infatti dirsi esaustiva se non comprende anche, da un lato, le indicazioni di portata locale periodicamente fornite dalla Conferenza Episcopale Italiana – limitandoci ad un esempio tra i più significativi, possiamo ricordare l’*Istruzione in materia amministrativa* prodotta dalla CEI nel settembre 2005, il cui capitolo nono è interamente riservato ai luoghi di culto<sup>8</sup> – e, dall’altro, le valutazioni di valore universale ricavabili dalla giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apo-

---

ERMINIA CAMASSA, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2013; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 301-316; ID., *Lezioni di diritto canonico*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2018, pp. 228-230; ALESSANDRO CROSETTI, *La tutela del patrimonio architettonico religioso nel sistema degli accordi di Stato e Chiese: profili giuridici e problematici*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2-3, 2015, pp. 446-489; MATTEO LUGLI, *I beni culturali*, nel vol. *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di GIUSEPPE CASUSCELLI, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 349-357; GIULIANO BRUGNOTTO, *I beni culturali e quelli di interesse liturgico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 1, 2016, pp. 90-112; LUCIANO MUSSELLI, *Diritto e religione in Italia e in Europa. Dai Concordati alla problematica islamica*, 2<sup>a</sup> ed. a cura di MICHELE MADONNA, ALESSANDRO TIRA, CESARE EDOARDO VARALDA, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 105-106; PAOLA MARZARO, *Gli edifici di culto di proprietà privata: condizione giuridica e ipotesi di valorizzazione*, Libellula Edizioni, Tricase, 2017, pp. 73-132; RENATO ROLLI, *Sul concetto di «bene culturale» e di «bene culturale di interesse religioso»*, nel vol. *Il diritto come «scienza di mezzo»*. Studi in onore di Mario Tedeschi, a cura di MARIA D’ARIENZO, IV, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, pp. 2113-2133; BEATRICE SERRA, *La protección de los bienes culturales de la Iglesia católica: la experiencia italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 42, 2017, pp. 1-21; FRANCESCO PASSASEO, *La tutela dell’interesse religioso dei beni culturali. Riflessioni tra ius conditum e ius condendum*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 7, 2018, pp. 1-29; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico. Manuale breve*, 13<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2018, pp. 176-185.

<sup>8</sup> CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Istruzione in materia amministrativa*, Roma, 1 settembre 2005, in *Notiziario CEI*, n. 8-9, 2005, pp. 325-427. Al riguardo, cfr. M. RIVELLA, *L’Istruzione in materia amministrativa 2005 della Conferenza Episcopale Italiana*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 2006, pp. 187-197; M. VISIOLI, *La nuova Istruzione in materia amministrativa della Conferenza Episcopale Italiana*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 2, 2006, pp. 185-210; *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull’Istruzione CEI in materia amministrativa*, cit.

stolica e dall'intervento di organi della Curia Romana<sup>9</sup>.

Com'è ovvio, oltre alle diverse prescrizioni inserite nei rispettivi ordinamenti, non può essere trascurato neppure l'esame dei loro punti di contatto: a completare – e complicare ulteriormente – il quadro illustrato si aggiungono quindi le pertinenti previsioni della normativa pattizia, pure all'interno della quale possono distinguersi più livelli: la materia di nostro interesse è infatti trattata non solo nel Concordato del 1984, che agli *edifici aperti al culto* dedica l'art. 5, ma anche in accordi dal "rango" e dal "campo di azione" più circoscritti – caratteristica che non ne sminuisce però l'importanza –, qual è il caso dell'*Intesa relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche*, siglata tra il presidente della Conferenza Episcopale Italiana e il ministro per i beni e le attività culturali il 26 gennaio 2005<sup>10</sup>, nonché delle *eventuali intese stipulate tra le regioni o le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti ecclesiastici, fatte salve le autorizzazioni richieste dalla normativa canonica*, richiamate all'art. 8 del medesimo accordo nazionale<sup>11</sup>.

Già lo scenario pur rapidamente evocato permette di percepire la portata della questione e di scorgere gli innumerevoli ostacoli presenti sulla strada di un approccio maggiormente risolutivo, il cui perseguimento si rivela tuttavia una necessità inevitabile alla luce delle sfide poste dalla contemporaneità, pena lo scoprirsi troppo tardi sprovvisti degli strumenti giuridici adeguati ad affrontare i mutamenti che – lungi dal rappresentare un mero problema del patrimonio ecclesiastico – ad oggi sembrano attendere non solo i contorni dei nostri paesaggi, urbani e no, ma quelli della nostra stessa società. In questo senso, il presente contributo non intende ovviamente presentarsi come un'indagine esauriente cir-

---

<sup>9</sup> In particolare, un contributo significativo è stato offerto in tempi recenti dalla Congregazione per il clero: sul punto ci soffermeremo adeguatamente in seguito.

<sup>10</sup> *Intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche*, Roma, 26 gennaio 2005, rispettivamente promulgata con decreto del presidente della Repubblica italiana, 4 febbraio 2005, n. 78, in «Gazzetta ufficiale», n. 103 del 5 maggio 2005, e con decreto del presidente della Conferenza Episcopale Italiana, 31 gennaio 2005, Prot. n. 88/05, in *Notiziario CEI*, n. 5, 2005, pp. 166-182. A questo proposito, cfr. CARLO AZZIMONTI, *La nuova intesa in materia di tutela dei beni culturali di interesse religioso di proprietà ecclesiastica*, in *Ex Lege*, n. 4, 2004, pp. 47-56; ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *L'intesa del 26 gennaio 2005 tra Ministero per i beni e le attività culturali e Conferenza episcopale italiana: la tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche tra continuità ed innovazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2005, pp. 387-398; GIORGIO FELICIANI, *Le intese sui beni culturali ecclesiastici: bilanci e prospettive*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1-2, 2006, pp. 5-17; ALBERTO ROCCELLA, *La nuova Intesa con la Conferenza episcopale italiana sui beni culturali d'interesse religioso*, in *Aedon*, rivista telematica (<http://www.aedon.mulino.it>), n. 1, 2006; *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia. La tutela dopo l'Intesa del 26 gennaio 2005*, cit.

<sup>11</sup> Riguardo a quest'ultimo profilo, si veda ISABELLA BOLGIANI, *I beni culturali di interesse religioso tra Intesa nazionale e accordi regionali («vecchi» e «nuovi»)*, cit.

ca i numerosi profili che compongono la materia, ma esclusivamente come un tentativo di tratteggiare quel quadro complessivo che lo studio approfondito delle singole tematiche rischia talvolta di far perdere di vista: una trattazione quindi volutamente condotta per estensione, ma dotata di un angolo prospettico sufficientemente ampio – ci auguriamo – da far cogliere *ictu oculi* le intime connessioni sussistenti sia tra i diversi settori del diritto sia tra i differenti ordinamenti, in questo “macrocosmo normativo veramente notevole sospeso tra il passato e il futuro, nel quale sopravvivono elementi antichissimi, attraverso il quale è passata l’intera evoluzione del diritto ecclesiastico di oltre un secolo e mezzo, e nel quale sono presenti problemi e qualche inquietudine per il futuro<sup>12</sup>”.

Al fine di raggiungere l’obiettivo prefissatoci e di sottolineare al meglio i citati aspetti interdisciplinari, abbiamo ritenuto che il metodo intuitivamente più proficuo fosse quello di seguire il “ciclo vitale” di un’ipotetica chiesa cattolica, dalla costruzione ad una sua eventuale dismissione. L’utilità di una simile ricerca non va peraltro circoscritta al solo ambito di questa specifica tipologia di edifici di culto, che pure ne costituisce l’oggetto principale: al contrario, in essa si può rinvenire un paradigma indicativo anche per ciò che riguarda l’evoluzione della disciplina inerente ai luoghi destinati a soddisfare le esigenze religiose di comunità che professano fedi diverse da quella cattolica. Non va infatti dimenticato come, all’interno di quel percorso – pur imperfetto e tuttora in atto – che ha portato nel nostro ordinamento all’ampliamento di benefici giuridici e finanziari alle altre confessioni, uno dei principali modelli di riferimento sia stato proprio quello relativo alla condizione un tempo propria dei soli edifici cattolici<sup>13</sup>. In tale ottica, la rilevanza dell’argomento in parola travalica quindi i suoi confini apparenti, mostrando come una più attenta riflessione possa rappresentare un valido supporto nel far fronte alle nuove contingenze che la legislazione italiana è chiamata a gestire.

## 2. L’edificazione di una nuova chiesa: il ruolo del vescovo e le pianificazioni urbanistiche

Prima di iniziare il percorso prospettato, si rivela però indispensabile un chiarimento circa il suo oggetto. Finora abbiamo infatti parlato indifferentemente di “edifici di culto”, di “chiese cattoliche” e di “luoghi sacri”, come se tali termini si equivalsero nel significato. Tale scelta, per quanto rispondente

---

<sup>12</sup> CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, cit., p. 15.

<sup>13</sup> In questo senso, si veda *ivi*, pp. 12-14, 18-22.

ad un criterio di comodità giustificato dall'interesse pressoché esclusivo del presente studio, risulta tuttavia impropria e richiede perciò una precisazione. Dati i fini proposti, è naturale che le indicazioni essenziali nel circoscrivere l'ambito dell'indagine vadano ricercate all'interno del diritto canonico, i cui riferimenti principali si rinvencono ai cann. 1205 e 1214 del Codice, dedicati rispettivamente alla nozione di "luogo sacro" e a quella di "chiesa"<sup>14</sup>. Dalla lettura di tali disposizioni emerge come gli elementi essenziali nel definire una chiesa cattolica siano tre: la qualità di "edificio sacro", la sua destinazione al culto divino e il diritto di tutti i fedeli di accedervi a questo fine. Anche senza addentrarsi nella disamina dei loro aspetti squisitamente teologici, in merito a tali requisiti è possibile aggiungere qualche considerazione ulteriore. Alcuni di essi consentono, ad esempio, di distinguere le chiese da altri spazi destinati al culto: riguardo al primo presupposto menzionato, è infatti possibile notare come nel Codice si parli di "edificio" – *aedes* – solo con riferimento alle chiese, mentre la più generica dizione di *locus* è utilizzata per gli oratori e le cappelle private; se ne può quindi ricavare l'ammissibilità, per questi ultimi, di una collocazione all'interno di più ampie strutture non destinate al culto o addirittura di costruzioni mobili, ipotesi invece da escludere per le prime<sup>15</sup>. In questo senso, ancora più significativa si rivela però l'ultima delle caratteristiche richiamate, in quanto è proprio attraverso l'individuazione dei soggetti che possono usufruirne che la codificazione vigente – la quale al proposito ha operato un'opportuna razionalizzazione rispetto all'impostazione precedente<sup>16</sup> – qualifica i tre diversi luoghi: se le chiese, infatti, si contraddistinguono poiché tale prerogativa è riconosciuta indistintamente a tutti i fedeli, negli oratori invece essa spetta esclusivamente a una specifica comunità, mentre

---

<sup>14</sup> Can. 1205: *Loca sacra ea sunt quae divino cultui fideliumve sepulturae deputantur dedicatione vel benedictione, quam liturgici libri ad hoc praescribunt*. Can. 1214: *Eccliesiae nomine intellegitur aedes sacra divino cultui destinata, ad quam fidelibus ius est adeundi ad divinum cultum praesertim publice exercendum*.

<sup>15</sup> Cfr. PAWEŁ MALECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica. Studio sulle chiese-edifici*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2002, p. 28.

<sup>16</sup> Alla chiesa, definita come edificio sacro fruibile per il culto da tutti i fedeli, nel Codice del 1917 erano infatti affiancati tre diversi tipi di oratori: quello pubblico, eretto per sé a vantaggio di una particolare comunità o anche di privati, ma col diritto riconosciuto a tutti i fedeli di accedervi liberamente, almeno durante la celebrazione dei divini uffici; quello semi-pubblico, eretto per sé a vantaggio di una determinata comunità o di un determinato ceto di fedeli, e al quale gli altri non avevano libertà di accesso; quello privato, eretto in genere nelle case private e riservato a una particolare famiglia o a determinate persone. Per più approfondite considerazioni circa la sostituzione di questa classificazione con quella invece adottata nel Codice del 1983, si vedano MARIO PETRONCELLI, *La disciplina dei luoghi sacri e la nuova classificazione degli edifici di culto*, nel vol. *Vitam impendere vero. Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., pp. 261-276; LUIGI CHIAPPETTA, voce *Chiesa edificio sacro*, nel vol. in Id., *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1994, pp. 208-209; PAWEŁ MALECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., pp. 16-19.

nelle cappelle private è riservata a determinate persone fisiche. Per ciò che concerne la destinazione al culto divino, infine, per il momento ci limitiamo a ricordare come il can. 1205 stabilisca che tale funzione è impressa all’edificio mediante la dedicazione o la benedizione, effettuate secondo le previsioni dei libri liturgici: vista la sua rilevanza, sul punto torneremo estesamente più avanti<sup>17</sup>.

Chiarita la natura del bene di cui intendiamo trattare, la ricerca non può che prendere avvio da quel complesso di attività propedeutiche alla realizzazione dell’immobile, ambito dal quale emerge già palesemente la commistione tra diritto statale e diritto canonico. Nel caso in cui si voglia procedere alla costruzione di un nuovo luogo di culto, infatti, le prime prescrizioni a cui è necessario prestare attenzione sono innanzitutto quelle di carattere urbanistico<sup>18</sup>. Com’è

---

<sup>17</sup> Per ulteriori considerazioni circa sia la definizione dei concetti di chiesa e di luogo sacro nel diritto canonico, sia i loro principali profili, si vedano LUIGI CHIAPPETTA, voce *Chiesa edificio sacro*, cit.; ADOLFO LONGHITANO, *Il sacro nel Codice di Diritto Canonico*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1994, pp. 709-730; ID., voce *Lugar sagrado*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, V. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 220-224; VINCENZO MOSCA, *I luoghi e i tempi sacri (cann. 1205-1253)*, nel vol. *Il diritto nel mistero della Chiesa, III. La funzione di santificare della Chiesa – I beni temporali – Le sanzioni – I processi – Chiesa e comunità politica*, 3ª ed., a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, Roma, 2004, pp. 330-359; MASSIMO CALVI, *L’edificio di culto è un «luogo sacro»? La definizione canonica di «luogo sacro»*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 3, 2000, pp. 228-247; PAWEŁ MAŁECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., pp. 19-60; BRUNO FABIO PIGHIN, *Configurazione e gestione dei luoghi di culto*, nel vol. *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull’Istruzione CEI in materia amministrativa*, cit., pp. 117-138; ID., *Diritto sacramentale canonico*, Marcianum Press, Venezia, 2016, pp. 377-410; JEAN WERCKMEISTER, *L’edifice cultuel en droit canonique catholique*, nel vol. *Les lieux de culte en France et en Europe. Statuts, pratiques, fonctions*, a cura di MAGALIE FLORES-LONJOU, FRANCIS MESSNER, Peeters, Leuven, 2007; BENEDICT EJEH, voce *Iglesia (lugar sagrado)*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, IV, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 365-368; ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ-GIL, *Práctica administrativa canónica en materia de iglesias y lugares sagrados. La experiencia de la Iglesia en Italia y en la Diócesis de Roma*, in *Ius canonicum*, n. 103, 2012, pp. 117-170; MASSIMO DEL POZZO, *La giustizia nel culto. Profili giuridici della liturgia della Chiesa*, Edusc, Roma, 2013, pp. 347-373; JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, *Lugares de culto. Marco de la regulación canónica y tipología*, nel vol. *Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa*, a cura di JORGE OTADUY, EUNSA, Pamplona, 2013; GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione. Compendio di diritto ecclesiale*, 6ª ed., GB-Press, Roma, 2015; CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa, II, I beni giuridici ecclesiali – La dichiarazione e la tutela del diritto nella Chiesa – I rapporti tra la Chiesa e la società civile*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 268-281; PAOLA MARZARO, *op. cit.*, pp. 18-26.

<sup>18</sup> Riguardo ai profili di diritto urbanistico inerenti all’edilizia di culto o alla loro evoluzione nella normativa italiana, ci limitiamo a rinviare a RICCARDO CACCIN, *Attrezzature religiose: chiese ed altri edifici per servizi religiosi*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 3, 1983, pp. 842-852; VALERIO TOZZI, voce *Edifici di culto e legislazione urbanistica*, nel vol. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, UTET, Torino, 1990, pp. 385-392; ID., *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, EdSud, Salerno, 1990, pp. 112-172; ID., *La disciplina regionale dell’edilizia di culto*, nel vol. *Interessi religiosi e legislazione regionale*, cit., pp. 27-52; ALBERTO ROCCELLA, *Esigenze religiose e piani urbanistici*, nel vol. *L’edilizia di culto. Profili giuridici*, a cura di CHIARA MINELLI, Vita e Pensiero, Milano, 1995, pp. 47-72; ID., *La*

noto, un simile interesse non rappresenta una novità recente: già la fondamentale legge n. 1150 del 1942, nella sua stesura originaria, prescriveva espressamente all'art. 7 che i piani regolatori generali dei comuni indicassero aree da riservare all'edificazione di chiese; formulazioni analoghe a questo iniziale requisito, rivalutato e ampliato, sono state poi riproposte nella successiva produzione normativa, fino ad arrivare nel 1971 all'introduzione di *chiese ed altri edifici per servizi religiosi* nel novero delle *opere di urbanizzazione secondaria*, cioè di quelle strutture ritenute indispensabili affinché un'area urbana sia in grado di soddisfare i bisogni sociali dei suoi residenti. Di lì a pochi anni, d'altronde, lo stesso Concordato del 1984 avrebbe confermato una simile volontà, stabilendo all'art. 5, n. 3, l'impegno per l'autorità civile di tenere conto "delle esigenze religiose delle popolazioni, fatte presenti dalla competente autorità ecclesiastica, per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto cattolico e delle pertinenti opere parrocchiali". Oggi, in un quadro in cui a rilevare sono tanto le previsioni comunali quanto – soprattutto – quelle regionali, è quindi confermata la necessità di riservare determinate aree alla fabbricazione di attrezzature religiose, per la quantificazione delle quali è adottata una varietà di criteri: a questo scopo, le legislazioni delle differenti regioni – spesso molto simili tra loro – indicano infatti le misure minime adeguate ai vari contesti – differenti possono essere, ad esempio, quelle previste per i centri storici e per i nuovi insediamenti –, individuando le dimensioni sufficienti tramite il rinvio o a valori assoluti o a percentuali di territorio e solitamente prescrivendo l'adozione di un criterio di proporzionalità corrispondente all'effettiva presenza numerica di ciascuna confessione religiosa in ogni comune. A quest'ultimo riguardo, è peraltro interessante notare come "le leggi regionali, poi, sempre per quanto concerne l'identificazione delle aree da destinarsi ad attrezzature religiose, prevedono di norma un coinvolgimento delle autorità religiose competenti (cioè di "sentire i loro pareri", di "valutare le loro istanze", ecc.)"<sup>19</sup>.

---

*legislazione regionale*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 79-146; ID., *Problemi attuali dell'edilizia di culto*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1, 2018, pp. 22-34; FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, voce *Edifici di culto*, nel vol. *Enciclopedia giuridica*, XIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1996, pp. 8-9; *Norme per la realizzazione degli edifici di culto*, a cura di REGIONE ECCLESIASTICA LOMBARDIA – OSSERVATORIO GIURIDICO LEGISLATIVO REGIONALE, I.T.L., Milano, 1999; CARLO REDAELLI, *L'ordinamento italiano e la costruzione di una nuova chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 3, 2000, pp. 270-275; SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, pp. 191-197; ALBERTO VITTORIO FEDELI, *Edilizia di culto tra libertà religiosa ed esigenze urbanistiche*, in *Iustitia*, n. 3, 2015, pp. 291-312; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 380-382; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *op. cit.*, pp. 167-175; PAOLO CAVANA, *Libertà di religione e spazi per il culto tra consolidate tutele e nuove comunità religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statechiese.it](http://www.statechiese.it)), n. 20, 2019, pp. 26-30.

<sup>19</sup> CARLO REDAELLI, *op. cit.*, p. 273.

Ma alle “autorità religiose competenti” un ruolo ancora più centrale in questa fase è riservato – com’è logico – nell’ordinamento canonico, che in merito alle ipotesi di edificazione di nuove chiese detta un procedimento stringente. Per quanto l’iniziativa possa provenire da qualunque soggetto, il *Codex* stabilisce infatti che essa debba necessariamente ottenere l’espresso consenso del vescovo diocesano. Tale approvazione, che dev’essere resa in forma scritta e alla quale possono essere apposte condizioni – se non contrarie al diritto comune<sup>20</sup> –, non è però il frutto di una scelta puramente discrezionale, ma è vincolata all’ottemperanza di tre specifici requisiti, individuati rispettivamente nel coinvolgimento del consiglio presbiterale e dei rettori delle chiese vicine, nel perseguimento del fine precipuo del bene delle anime, e nella garanzia che non mancheranno i mezzi necessari alla costruzione dell’edificio e all’esercizio del culto<sup>21</sup>. Per quanto riguarda il primo elemento, va innanzitutto sottolineato come esso abbia natura principalmente procedurale, in quanto il vescovo è tenuto a consultare i soggetti menzionati pena l’invalidità della sua deliberazione, ma non è poi obbligato a seguire l’orientamento del parere ricevuto<sup>22</sup>. Meno univoco risulta invece il riferimento ai “rettori delle chiese vicine”: premesso che tale terminologia indica “non [...] soltanto i rettori di chiese menzionati nel canone 556, bensì anche i parroci”<sup>23</sup>, in dottrina si è osservato come tale criterio ricomprenda sicuramente quelle parrocchie sul cui territorio s’intende procedere con la nuova costruzione, mentre più dubbi sono i casi – che pur si è inclini a risolvere positivamente – delle chiese non parrocchiali che si trovino sul medesimo territorio e delle chiese parrocchiali situate in un territorio confinante<sup>24</sup>. Quale che sia l’esatta portata di questo primo

---

<sup>20</sup> Cfr. LUIGI CHIAPPETTA, voce *Chiesa edificio sacro*, cit., p. 209.

<sup>21</sup> Can. 1215: § 1. *Nulla ecclesia aedificetur sine expresso Episcopi dioecesanis consensu scriptis dato.* § 2. *Episcopus dioecesanus consensum ne praebeat nisi, audito consilio presbyterali et vicinarum ecclesiarum rectoribus, censeat novam ecclesiam bono animarum inservire posse, et media ad ecclesiae aedificationem et ad cultum divinum necessaria non esse defutura.*

<sup>22</sup> Cfr. MARINO MOSCONI, *Chiesa e chiese: le norme canoniche relative alla costruzione di una nuova chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 3, 2000, p. 252; BENEDICT EJEH, *op cit.*, p. 367.

<sup>23</sup> PÉTER ERDÖ, *Il consenso del vescovo richiesto per la costruzione delle chiese. Osservazioni al can. 1215 CIC*, in *Periodica de Re Canonica*, n. 4, 2012, p. 619.

<sup>24</sup> Quale principio di portata generale, sulla questione in parola si è in ogni caso evidenziato che «l’espressione «chiese vicine» va interpretata comunque strettamente, poiché l’omissione della consultazione dei rettori di queste chiese ha per effetto la nullità del permesso episcopale (can. 127 §2, 2°). Le leggi che limitano l’esercizio dei diritti di interpretano, infatti, nel senso stretto (can. 18). Nel dubbio di diritto, inoltre, non urgono nemmeno le leggi irritanti (can. 14, cf. can. 10). In questo caso il dubbio è di diritto, perché si tratta del significato della parola «vicina» (vicinarum ecclesiarum rectoribus – can. 1205 §2) nel contesto del canone. Il cerchio delle chiese vicine viene determinato – in ultima analisi – a giudizio del vescovo diocesano (cf. can. 381 §1). Sembra tuttavia utile che il vescovo tenga presente anche questo aspetto, quando chiede il parere del consiglio presbiterale»:

presupposto, è indubbio come la valutazione condivisa da esso implicata sia finalizzata ad agevolare una più approfondita analisi delle altre due condizioni richieste: innanzitutto circa la corrispondenza tra la volontà di erigere la nuova chiesa e la sua effettiva opportunità ai fini della *salus animarum*, con uno scopo quindi essenzialmente pastorale e non meramente ornamentale o artistico – come d'altronde rimarcato dal canone successivo, che in tale ambito impone il rispetto di principi e norme della liturgia e dell'arte sacra<sup>25</sup> –, ma in secondo luogo anche in merito alla previsione relativa alla disponibilità delle risorse indispensabili per il completamento del progetto e per il mantenimento del nuovo immobile al culto. Riguardo a quest'ultimo aspetto, si è osservato come tale giudizio debba tenere conto non soltanto della sussistenza dei mezzi materiali necessari al sostentamento del nuovo rettore e dei ministri, ma – a maggior ragione considerata l'attuale carenza di clero – anche della stessa presenza sufficiente di sacerdoti per garantire la celebrazione del culto divino pubblico<sup>26</sup>. Soprattutto, però, è stato sottolineato che “è significativo che il diritto canonico menziona espressamente anche la costruzione stessa come una spesa alla copertura della quale i mezzi non devono mancare”<sup>27</sup>.

Nel sopperire alla necessità da ultimo menzionata, tuttavia, è noto come un sostegno di notevole rilevanza giunga inoltre da parte statale. In particolare, anche limitandosi alle forme principali – e più consistenti – in cui si sostanzia tale supporto, il pensiero corre immediatamente ad almeno due modalità tramite le quali lo Stato italiano agevola l'edilizia di culto: la prima è costituita dai finanziamenti stanziati su base locale in favore delle attrezzature religiose in quanto – come abbiamo ricordato poco sopra – opere di urbanizzazione secondaria, la seconda dalla ripartizione del gettito dell'otto per mille<sup>28</sup>. Per

---

PÉTER ERDŐ, *op. cit.*, pp. 620-621.

<sup>25</sup> Can. 1216: *In ecclesiarum aedificatione et refectone, adhibito peritorum consilio, serventur principia et normae liturgiae et artis sacrae.*

<sup>26</sup> Cfr. LUIGI CHIAPPETTA, voce *Chiesa edificio sacro*, cit., p. 209; MARINO MOSCONI, *op. cit.*, p. 252; PÉTER ERDŐ, *op. cit.*, p. 622.

<sup>27</sup> PÉTER ERDŐ, *op. cit.*, p. 622.

<sup>28</sup> Cfr. VALERIO TOZZI, *La disciplina regionale dell'edilizia di culto*, cit.; ID., *Il finanziamento pubblico dell'edilizia di culto*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 1998, pp. 83-98; ID., *Edilizia di culto (libertà delle confessioni)*, nel vol. *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, cit., pp. 335-352; RAFFAELE BOTTA, *Le fonti di finanziamento dell'edilizia di culto*, nel vol. *L'edilizia di culto. Profili giuridici*, cit., pp. 73-105; CARLO CARDIA, *Edilizia di culto e l. 222/1985*, in *Il foro italiano*, n. 7-8, 1995, pp. 3114-3123; ID., *La condizione giuridica*, cit., pp. 20-21; ID., *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 154-155; MANLIO MIELE, *Edilizia di culto tra discrezionalità 'politica' e 'amministrativa'*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 1995, pp. 363-375; ALBERTO ROCCELLA, *Problemi di interpretazione della normativa pattizia in materia di enti e beni della Chiesa cattolica. Il finanziamento dell'edilizia di culto*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 1998, pp. 573-598; ID., *La legislazione regionale*, cit.; GIANFRANCO

ciò che riguarda quest’ultimo canale di finanziamento, è infatti risaputo come tra le finalità per le quali la legge n. 222 del 1985 consente alla Conferenza Episcopale Italiana di utilizzare i relativi proventi figurino anche le *esigenze di culto della popolazione*<sup>29</sup>, categoria nella quale rientrano pure gli interventi nel campo dell’edilizia di culto, comprendenti quindi sia la costruzione di nuovi immobili, sia la manutenzione di quelli già esistenti, sia l’adozione di misure per la tutela di beni culturali ecclesiastici. Non va peraltro dimenticato come la stessa *conservazione di beni culturali* sia una delle destinazioni previste dall’art. 48 della stessa legge per la quota di otto per mille spettante allo Stato italiano, il quale nel corso degli anni ha quindi impiegato tali fondi anche per finanziare il restauro di luoghi di culto dotati di valore storico e artistico. Disposizioni analoghe emergono infine dalla normativa pattizia relativamente alle confessioni diverse dalla cattolica: un esempio particolarmente evidente è offerto dall’*intesa con la Sacra Arcidiocesi Ortodossa d’Italia*, nella quale è stabilito espressamente che essa “utilizzerà le somme devolute a tale titolo dallo Stato [...] per la realizzazione e la manutenzione degli edifici di culto e dei monasteri”<sup>30</sup>; ma la medesima facoltà è riconosciuta anche nelle rispettive intese con le altre confessioni, solitamente ricompresa all’interno del più ampio fine del soddisfacimento delle esigenze religiose e di culto<sup>31</sup>. Per ciò che concerne invece il primo sistema citato, esso presenta due ulteriori caratteristiche degne di nota. Innanzitutto tale ipotesi di finanziamento è con-

---

GARANCINI, *L’edilizia di culto: evoluzione normativa e problematiche interpretative*, in *Iustitia*, n. 1, 2000, pp. 111-129; CARLO REDAELLI, *op. cit.*, pp. 275-279; GIANLUCA PAOLO PAROLIN, *Edilizia di culto e legislazione regionale nella giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza 195/1993 alla sentenza 346/2002*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2003, pp. 351-353; ROBERTA TERRANOVA, *Considerazioni in tema di legislazione regionale sul finanziamento dell’edilizia di culto*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 2003, pp. 1139-1153; ANNA ACQUAVIVA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di luoghi per il culto*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1-2, 2009, pp. 255-279; ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 186-195; ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 5<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2014, pp. 91-92; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 248-251; ALBERTO VITTORIO FEDELI, *Edilizia di culto tra libertà religiosa ed esigenze urbanistiche*, cit.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 382-386; LUIGI LACROCE, *In tema di finanziamento pubblico dell’edilizia di culto cattolica, tra istanze di libertà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2015, pp. 253-265; NATASCIA MARCHEI, *L’edilizia e gli edifici di culto*, nel vol. *Nozioni di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 339-343; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *op. cit.*, pp. 172-175.

<sup>29</sup> Art. 48 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*.

<sup>30</sup> Art. 21 della legge 30 luglio 2012, n. 126, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d’Italia ed Esarcato per l’Europa meridionale*, in attuazione dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione.

<sup>31</sup> In merito alla destinazione dei flussi finanziari derivanti dal meccanismo dell’otto per mille, si veda CARMELA ELEFANTE, *L’«otto per mille». Tra eguale libertà e dimensione sociale del fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 63-94.

nessa ad uno dei passaggi più rimarchevoli di quel processo, sopra richiamato, consistente nell'espansione anche ai templi di altre confessioni religiose di misure analoghe a quelle originariamente adottate in favore delle sole chiese cattoliche: ci riferiamo cioè alla sentenza costituzionale n. 195 del 1993, con la quale fu dichiarata l'illegittimità di quelle normative regionali che rendessero accessibili tali contributi alle sole confessioni che avessero stipulato con lo Stato un'intesa di cui all'art. 8, comma 3, Cost.; conclusione alla quale la Corte pervenne principalmente attraverso il riconoscimento del valore sociale dell'edilizia di culto, giudicando cioè la possibilità di fruire di appositi luoghi ove celebrare pubblicamente i propri riti come una precondizione necessaria al godimento della libertà religiosa sancita dalla Costituzione. Date simili premesse e posto che nel nostro ordinamento la conclusione di un'intesa non costituisce d'altronde un obbligo<sup>32</sup>, è evidente come l'adozione di un criterio quale quello censurato non potesse che risultare un'inammissibile violazione del principio di eguale libertà delle diverse confessioni, rispetto alle quali l'unica distinzione legittimamente applicabile in quest'ambito è perciò corrispondente all'effettiva incidenza sociale delle varie comunità presenti nel territorio di riferimento<sup>33</sup>. Il secondo motivo d'interesse riguarda invece il vin-

---

<sup>32</sup> A tale riguardo, si ricordino ad esempio le considerazioni che la Corte costituzionale, nel ribadire il principio esposto, ha recentemente avuto modo di formulare nella sentenza n. 52 del 2016, in merito «alla natura e al significato che, nel nostro ordinamento costituzionale, assume l'intesa per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse da quella cattolica, ai sensi dell'art. 8, terzo comma.» Cost.: È essenziale sottolineare, nel solco della giurisprudenza di questa Corte, che, nel sistema costituzionale, le intese non sono una condizione imposta dai pubblici poteri allo scopo di consentire alle confessioni religiose di usufruire della libertà di organizzazione e di azione, o di giovarsi dell'applicazione delle norme, loro destinate, nei diversi settori dell'ordinamento. A prescindere dalla stipulazione di intese, l'eguale libertà di organizzazione e di azione è garantita a tutte le confessioni «dai primi due commi dell'art. 8 Cost. (sentenza n. 43 del 1988) e dall'art. 19 Cost. che tutela l'esercizio della libertà religiosa anche in forma associata. La giurisprudenza di questa Corte è anzi costante nell'affermare che il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (sentenze n. 346 del 2002 e n. 195 del 1993)». Date tali premesse e alla luce di ulteriori riflessioni, la medesima sentenza giunge quindi a porsi nel solco già tracciato da pronunce precedenti riconoscendo la discrezionalità politica spettante in questa materia al Consiglio dei ministri: «Questa Corte ha già affermato che, in una situazione normativa in cui la stipulazione delle intese è rimessa non solo alla iniziativa delle confessioni interessate, ma anche al consenso del Governo, quest'ultimo «non è vincolato oggi a norme specifiche per quanto riguarda l'obbligo, su richiesta della confessione, di negoziare e di stipulare l'intesa» (sentenza n. 346 del 2002). Ciò dev'essere in questa sede confermato, considerando altresì che lo schema procedurale, unicamente ricavabile dalla prassi fin qui seguita nella stipulazione d'intese, non può dare origine a vincoli giustiziabili».

<sup>33</sup> L'ammissibilità di quest'ultimo parametro è infatti espressamente richiamata nella stessa sentenza n. 195 del 1993, ove la Corte afferma – nel rimarcare la differenza fra tale fattispecie e quella invece dichiarata incostituzionale – che «se la diversità di trattamento ai fini dell'ammissione al contributo pubblico, come la stessa difesa della Regione sottolinea, è collegata alla entità della presenza nel territorio dell'una o dell'altra confessione religiosa, il criterio è del tutto logico e legiti-

colo cui gli immobili costruiti con l’apporto di questi fondi sono sottoposti: la medesima legge n. 222 del 1985 stabilisce infatti, all’art. 53, che “gli edifici di culto e le pertinenti opere parrocchiali [...], costruiti con contributi regionali e comunali, non possono essere sottratti alla loro destinazione, neppure per effetto di alienazione, se non sono decorsi venti anni dalla erogazione del contributo”; tale restrizione è soggetta inoltre ad apposita trascrizione nei registri immobiliari e può essere estinta anzitempo solo “previa restituzione delle somme percepite a titolo di contributo, in proporzione alla riduzione del termine, e con rivalutazione determinata con le modalità di cui all’articolo 38”. Nonostante le sue peculiarità e per quanto esso costituisca indubbiamente una fattispecie autonoma, un simile limite si presenta quindi come evidentemente modellato sul più generale vincolo di cui all’art. 831, comma 2, c.c., il cui funzionamento – completato l’*iter* finalizzato a questa virtuale edificazione – conviene adesso approfondire.

### *3. Previsioni canonistiche e misure di tutela secolari circa l’utilizzo del luogo sacro*

Come ricordato, alla peculiare funzione propria delle chiese cattoliche corrisponde un’altrettanto specifica condizione anche sul piano civilistico, designata in particolare dal più volte richiamato art. 831 c.c. Già ad una prima lettura la funzione di questa disposizione appare quella di contemperare due opposte esigenze, ognuna condensata nei rispettivi commi di cui essa si compone. Il primo, stabilendo che “i beni degli enti ecclesiastici sono soggetti alle norme del presente codice, in quanto non è diversamente disposto dalle leggi speciali che li riguardano”, sottopone tale patrimonio ad un regime proprietario di diritto comune. Ciò implica quindi che, al suo interno, anche gli immobili dedicati al culto conoscano oggi nel nostro ordinamento una potenziale pluralità di soggetti proprietari: dagli enti ecclesiastici a quelli pubblici – tra i quali, oltre allo Stato, alle regioni e ai comuni, si annovera anche l’apposito Fondo edifici di culto<sup>34</sup> –, fino ad arrivare ai privati, sia persone fisiche sia

---

timo, e la previsione in tal senso della legge regionale (artt. 1 e 5) non è contestabile; essa non integra nemmeno stricto sensu una discriminazione in quanto si limita a condizionare e a proporzionare l’intervento all’esistenza e all’entità dei bisogni al cui soddisfacimento l’intervento stesso è finalizzato: di conseguenza, ferma restando quindi la natura di confessione religiosa, l’attribuzione dei contributi previsti dalla legge per gli edifici destinati al culto rimane condizionata soltanto alla consistenza ed incidenza sociale della confessione richiedente e all’accettazione da parte della medesima delle relative condizioni e vincoli di destinazione».

<sup>34</sup> Riguardo a quest’ultimo ente, cfr. VALERIO TOZZI, *Gli edifici di culto nel sistema giuridico*

giuridiche. Se su tale piano non è quindi possibile rinvenire alcun trattamento differenziato per questa particolare tipologia di beni, ben diverso si rivela invece il tenore del secondo comma, il quale, tenuto conto della particolarissima funzione – costituzionalmente garantita, come confermato dalla citata sentenza n. 195 del 1993 – cui gli immobili in parola sono adibiti, modella uno specifico *status* relativo al loro uso, prevedendo al riguardo un apposito vincolo: “gli edifici destinati all’esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano”<sup>35</sup>.

---

italiano, cit., pp. 251-267; MARIA FIORELLA SCANDURA, *Il Fondo Edifici di Culto*, nel vol. *L’edilizia di culto. Profili giuridici*, cit., pp. 121-129; GERARDO BIANCO, *Osservazioni sulla disciplina del Fondo edifici di culto*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 4, 1997, pp. 833-866; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Appunti sulla natura giuridica e sul patrimonio del Fondo edifici di culto*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1997, pp. 297-306; Id., *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 378-380; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, cit., 2005, pp. 284-285; FRANCESCO FALCHI, *Il Fondo edifici di culto*, nel vol. *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L’esperienza di un ventennio (1985-2005)*, a cura di ISABELLA BOLGIANI, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 135-177; CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, cit., pp. 15-17; VENERANDO MARANO, *La proprietà*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 50-56; STEFANO TARULLO, *Il Fondo Edifici di Culto ed i suoi beni visti dall’amministrativista. Un’analisi strutturale funzionale*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2010, pp. 176-229; MARIO TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 246-248; ANDREA BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, cit., pp. 204-213; NATASCIA MARCHEI, *op. cit.*, pp. 345-347; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *op. cit.*, pp. 175-176.

<sup>35</sup> I numerosi profili – che avremo modo di menzionare a breve – relativi all’art. 831 c.c. e, più in generale, alla condizione degli edifici di culto cattolico sul piano civilistico nell’ordinamento italiano sono trattati in PIO FEDELE, *In tema di «dicatio ad cultum publicum»*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 1948, pp. 171-186; Id., *Ancora in tema di «deputatio ad cultum publicum»*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1, 1949, pp. 753-756; LUIGI SCAVO LOMBARDO, *Aspetti del vincolo protettivo della «deputatio ad cultum publicum»*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 1950, pp. 250-307; PIETRO GISMONDI, *Le limitazioni alle facoltà di godimento del privato proprietario degli edifici destinati al culto cattolico*, in *Il foro italiano*, n. 1, 1952, pp. 605-612; MARIO PETRONCELLI, *La «deputatio ad cultum publicum»*. *Contributo alla dottrina canonica degli edifici pubblici di culto*, ristampa (1937), Pellerano – Del Gaudio, Napoli, 1962; Id., voce *Edifici di culto cattolico*, nel vol. *Enciclopedia del diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 297-312; ATTILIO MORONI, *Contributo allo studio sulla «deputatio ad cultum»*, Giuffrè, Milano, 1954; LORENZO SPINELLI, *Osservazioni sul regime giuridico degli edifici destinati all’esercizio pubblico del culto pubblico*, in *Il foro italiano*, n. 4, 1954, pp. 153-164; GIACINTO ROMANO GIACOMAZZO, *Sul pubblico uso degli edifici di culto di proprietà privata: premesse ed effetti*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1957, pp. 225-235; Id., *Art. 831, comma 2 c.c.: rinvio o presupposto?*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 1958, pp. 338-340; MANFREDO MANFREDI, *In tema di passaggio per l’accesso ad un edificio di culto di proprietà privata*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 1958, pp. 447-477; DOMENICO BARILLARO, *Nozione giuridica di edificio destinato al culto*, in *Archivio giuridico*, n. 1-2, 1959, pp. 3-129; Id., *Edifici di culto ed art. 700 cod. proc. civ.*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 1966, pp. 181-215; MARIO PIACENTINI, voce *Chiesa (come edificio di culto)*, nel vol. *Novissimo digesto italiano*, a cura di ANTONIO AZARA, ERNESTO EULA, III, UTET, Torino, 1974; ANTONIO VITALE, *L’art. 831, comma 2, c.c.*, in *Giustizia civile*, n. 4, 1974, pp. 602-632; Id., *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, cit., pp. 349-351; ALESSANDRO ALBISETTI, *Brevi note in tema di «deputatio ad cultum publicum» e art. 42 della Costituzione*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4, 1976, pp. 133-146; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Edifici ed edilizia di culto. Problemi generali*, Giuffrè, Milano, 1979; GIUSEPPE LEZIROLI, *In tema di edifici di*

La disciplina appena illustrata, oggi applicabile anche agli edifici di culto ebraico secondo quanto disposto – con formulazione sostanzialmente analoga – nella relativa intesa<sup>36</sup>, ha posto e pone tuttora problemi interpretativi di non poco conto. Una tra le prime questioni ad aver attirato l’attenzione della dottrina, ad esempio, è stata quella relativa alla definizione del rapporto che la menzionata previsione sottende tra l’ordinamento italiano e quello canonico. Al riguardo, si

---

*culto (osservazioni preliminari)*, nel vol. *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 381-411; ID., *Problemi di «destinazione» in materia ecclesiasticistica*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 1983, pp. 433-456; ID., *Gli edifici di culto tra storia, politica e diritto*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1984; ID., *Edifici di culto cattolico*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 3-4, 1994, pp. 859-907; ADRIANO GIUFFRÈ, *Profili giuridici dell’edilizia di culto*, Tipografia della Pace, Roma, 1983; GIUSEPPE VEGAS, *Vincolo di destinazione degli edifici di culto e danni materiali*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1985, pp. 571-580; PASQUALE COLELLA, *Sulla «deputatio ad cultum» di una chiesa aperta al culto pubblico*, in *Diritto e giurisprudenza*, n. 2-3, 1990, pp. 473-482; CRISTINA DELL’AGNESE, *Edifici di culto e vincolo di destinazione*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1990, pp. 191-201; VALERIO TOZZI, *voce Edifici di culto e legislazione urbanistica*, cit.; ID., *Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano*, cit.; ID., *Gli edifici di culto tra fede e istituzione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, pp. 27-47; LUCIANO ZANNOTTI, *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso*, Giuffrè, Milano, 1990; FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *voce Edifici di culto*, cit.; MARIO RICCA, *Edilizia di culto, normativa concordataria e partecipazione democratica*, in *Archivio giuridico*, n. 3-4, 1998, pp. 369-395; VINCENZO CALÌ, FRANCESCO LEO, *Edifici di culto: tutela dell’acquirente e responsabilità del notaio*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 4, 2003, pp. 1383-1394; CHIARA MINELLI, *La rilevanza giuridica della «Deputatio ad cultum» (art. 831 Codice Civile)*, nel vol. *Enti ecclesiastici e controllo dello Stato. Studi sull’Istruzione CEI in materia amministrativa*, cit., pp. 257-271; PIERANGELA FLORIS, *Apertura e destinazione al culto*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 57-77; VENERANDO MARANO, *La proprietà*, cit.; ID., *Regime proprietario e limiti di utilizzazione degli edifici di culto*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, pp. 93-106; GIULIANA SCHIANO, *La condizione giuridica degli edifici di proprietà privata destinati al culto pubblico: la portata dell’art. 831 comma 2 c.c.*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2008, pp. 409-431; ALESSANDRO BUCCI, *Brevi note sul vincolo della destinazione all’uso degli edifici di culto in Italia*, in *Caietate Institutului Catolic*, n. 2, 2009, pp. 111-136; ANDREA BETTETINI, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2010, pp. 3-26; ID., *Gli enti e i beni ecclesiastici*, cit., pp. 159-213; SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, pp. 186-188; MARIO TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 278-280; CARMELA ELEFANTE, *Il valore interpretativo della libertà religiosa: destinazione al culto e sottoposizione del bene a procedura esecutiva in una significativa decisione del giudice salernitano*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2012, pp. 633-646; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., pp. 261-263; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 371-373; NATASCIA MARCHEL, *op. cit.*, pp. 335-336, 338-339; LUDOVICA DECIMO, *La tutela giuridica dei luoghi di culto: riflessioni applicative sull’art. 2645-ter c.c.*, in *Diritto e religioni*, n. 1, 2016, pp. 153-165; LUIGI MARIANO GUZZO, *Gli edifici destinati al culto cattolico, tra disciplina normativa e nuove esigenze*, nel vol. *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, a cura di ANTONIO FUCCILLO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 507-528; PAOLA MARZARO, *op. cit.*, pp. 15-71; ENRICO VITALI, ANTONIO GIUSEPPE CHIZZONITI, *op. cit.*, pp. 165-166; PAOLO CAVANA, *Libertà di religione e spazi per il culto*, cit.

<sup>36</sup> Art. 15, comma 1, della legge 8 marzo 1989, n. 101, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle Comunità ebraiche italiane*: «Gli edifici destinati all’esercizio pubblico del culto ebraico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione, neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata con il consenso della Comunità competente o dell’Unione».

è infatti sviluppato in epoca risalente un dibattito, poi protrattosi nel corso degli anni anche con l'apporto della giurisprudenza sia civile sia amministrativa, che ha visto contrapporsi, in estrema sintesi, principalmente due posizioni: da un lato, coloro che nell'art. 831, comma 2, c.c. leggevano un vero e proprio rinvio formale al diritto canonico; dall'altro, chi vi scorgeva invece il mero riconoscimento, da parte dell'ordinamento statale, di una situazione di fatto determinata da una deliberazione dell'autorità ecclesiastica e recepita quale semplice presupposto per l'applicazione di una norma interna. Qualunque sia l'interpretazione più rispondente allo spirito della citata previsione, appare tuttavia chiaro come ad essere messo in discussione sia esclusivamente il valore attribuito dalla legislazione italiana all'intervento ecclesiastico: non invece la necessità che esso abbia effettivamente luogo, dato che si può quindi ritenere comunemente accolto. Posta l'impossibilità di prescindere dall'universo canonistico, va da sé che una simile conclusione, lungi dal rivestire un carattere puramente teorico, implica ricadute pratiche di notevole rilevanza, a partire dall'individuazione del momento in cui sorge il vincolo stesso. Intorno a tale profilo si è infatti accesa una discussione per molti versi analoga alla precedente – della quale appare quasi come una diversa formulazione –: se cioè non vi è accordo tra chi sostiene che “la nascita e la cessazione del vincolo siano di competenza esclusiva dell'autorità ecclesiastica – il cui atto di consacrazione compiuto secondo le norme del diritto canonico deve semplicemente essere recepito dal diritto statale – e chi invece afferma che posto l'atto di dedizione dell'autorità ecclesiastica, è comunque necessario che l'edificio sia soggetto all'uso pubblico”<sup>37</sup>, ciò che accomuna le due posizioni è tuttavia la pacifica ammissione del bisogno di una previa iniziativa da parte del competente organo ecclesiastico, elemento alternativamente valutato come sufficiente o insufficiente al fine di dispiegare effetti nell'ordinamento italiano, ma da entrambe le correnti qualificato come necessario. In sua sistematica assenza, sarebbe peraltro improprio il riferimento stesso agli *edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico* testualmente citato dalla norma, giacché tale funzione è definita dalla contemporanea presenza di tre requisiti: l'offerta del culto stesso in nome della Chiesa, il suo esercizio da parte di soggetti legittimamente incaricati, la sua celebrazione mediante atti approvati dall'autorità ecclesiastica. In assenza di anche uno solo di tali presupposti, non si tratterebbe infatti più di culto pubblico, ma meramente privato<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> GIULIANA SCHIANO, *op. cit.*, p. 417.

<sup>38</sup> Can. 834 § 2: *Huiusmodi cultus tunc habetur, cum defertur nomine Ecclesiae a personis legitime deputatis et per actus ab Ecclesiae auctoritate probatos*. Al riguardo, cfr. PAWEŁ MAŁECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., pp. 36-37.

Alla luce di quanto osservato, si capisce quindi come sia ancora una volta necessario volgere lo sguardo al *Codex Iuris Canonici* per individuare quale sia l’atto tramite cui l’autorità ecclesiastica adibisce un immobile al culto divino. La risposta è fornita dal can. 1217, il quale richiede che, una volta terminata la costruzione, la nuova chiesa debba essere quanto prima dedicata o almeno benedetta secondo le leggi della sacra liturgia<sup>39</sup>. È peraltro interessante notare come, accostando alla lettura di questa norma quella del già citato can. 1205, in ambito canonistico si sia giunti a conclusioni non dissimili – seppur ovviamente animate da diverso spirito – da quelle proposte in ambito civilistico: al riguardo è stato infatti osservato come “l’elemento costitutivo e caratterizzante un luogo sacro è duplice: la destinazione (deputatio) stabile del luogo al culto divino o alla sepoltura; la dedicazione o benedizione del luogo stesso, come prescrivono i libri liturgici. Un luogo è allora giuridicamente sacro quando vi concorrano simultaneamente questi due elementi; ne deriva che non basta il primo elemento a costituire un luogo sacro”<sup>40</sup>. In particolare, la celebrazione della dedicazione è richiesta in via generale ed ordinaria per la destinazione al culto divino delle chiese, specie se cattedrali o parrocchiali, mentre la benedizione – evidentemente di carattere costitutivo<sup>41</sup> – è ammessa come forma straordinaria qualora si preveda che il luogo sarà utilizzato a questo fine solo temporaneamente. Una lieve differenza è riscontrabile anche in merito ai soggetti cui sono affidati i due diversi riti: se il Codice, pur incaricando primariamente il vescovo diocesano della benedizione delle chiese, gli concede a questo proposito una generale facoltà di delega esercitabile nei confronti di qualsiasi altro sacerdote, per quanto riguarda la dedicazione esso investe invece il vescovo diocesano e quanti sono a lui equiparati dal diritto,

---

<sup>39</sup> Can. 1217 § 1: *Aedificatione rite peracta, nova ecclesia quam primum dedicetur aut saltem benedicatur, sacrae liturgiae legibus servatis*. In merito alla dedicazione, alla benedizione e agli effetti giuridici da esse derivanti, cfr. PAWEŁ MAŁECHA, *Dedicazione e benedizione di una chiesa*, in *Periodica de Re Canonica*, n. 3, 2002, pp. 507-533; ID., *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., pp. 73-90; ID., voce *Dedicación*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 994-997; VINCENZO MOSCA, *op. cit.*, pp. 335-339; MASSIMO DEL POZZO, *op. cit.*, pp. 349-351; JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, *op. cit.*, pp. 134-138; BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto sacramentale canonico*, cit., pp. 381-386.

<sup>40</sup> PAWEŁ MAŁECHA, *Dedicazione e benedizione di una chiesa*, cit., p. 522.

<sup>41</sup> «Vengono chiamate invocative, le benedizioni che consistono nella invocazione del nome di Dio perché conceda favori e doni spirituali, lasciando però la persona o la cosa che la ricevono nella propria condizione. Prendono invece il nome di costitutive quelle benedizioni che, invocando il nome di Dio, intendono nel contempo destinare una cosa alla celebrazione del culto, sottraendola dagli usi ordinari e profani. Trattandosi di luoghi di culto è evidente che la benedizione cui il Codice fa riferimento è di natura costitutiva: l’edificio viene sottratto all’uso comune e riservato, seppure in modo non permanente, alla sola celebrazione del culto»: MASSIMO CALVI, *L’edificio di culto è un «luogo sacro»?*, cit., p. 239.

riservando loro la possibilità di demandare tale funzione di norma ad un altro vescovo – quindi, nella prassi, la scelta potrebbe ricadere facilmente sul coadiutore o sull’ausiliare – o, solamente in circostanze eccezionali, anche ad un qualunque presbitero<sup>42</sup>. Specifiche disposizioni sono poi dettate con riguardo alla redazione e conservazione dei documenti attestanti l’avvenuta celebrazione e, in loro assenza, alle modalità di prova alternative, rese necessarie dall’imprescindibile ruolo rivestito da questi riti. La dedicazione infatti, rendendo tali edifici dei loca sacra, oltre a risultare ovviamente essenziale sul piano liturgico, dispiega i propri effetti anche su quello giuridico. Ci limitiamo, a questo proposito, a richiamare due previsioni particolarmente indicative. La prima è costituita dal can. 1210, il quale distingue gli utilizzi ammissibili di questi spazi da quelli vietati: se da un lato è infatti ricordato come siano in via di principio consentite solo quelle funzioni inerenti all’esercizio e alla promozione del culto, della pietà e della religione, dall’altro è per converso posto un assoluto divieto di svolgere qualsiasi attività ritenuta aliena alla santità del luogo; per quanto riguarda però la “zona grigia” collocata tra questi due opposti, è eccezionalmente concessa all’ordinario la facoltà di permettere *per modum actus* altri usi che, pur non coincidendo con i fini menzionati, non presuppongano condotte irrispettose<sup>43</sup>. La seconda è invece rappresentata dal can. 1213, che definisce le prerogative spettanti sui medesimi luoghi all’autorità ecclesiastica, la quale in particolare rivendica la facoltà di esercitare liberamente *potestates suas et munera*, esprimendosi con tale statuizione non una pretesa ad un’immunità assoluta, come invece avveniva sotto la vigenza della precedente codificazione – che al can. 1160 dichiarava tali spazi esenti dalla giurisdizione civile e sottoposti solo a quella canonica<sup>44</sup> –, ma il rifiuto di indebite ingerenze esterne. A quest’ultimo riguardo, in particolare, è stato osservato che “lungo i secoli la Chiesa ha sempre difeso strenuamente questa

---

<sup>42</sup> Can. 1206: *Dedicatio alicuius loci spectat ad Episcopum dioecesanum et ad eos qui ipsi iure aequiparantur; iidem possunt cuilibet Episcopo vel, in casibus exceptionalibus, presbytero munus committere dedicationem peragendi in suo territorio*. Can. 1207: *Loca sacra benedicuntur ab Ordinario; benedictio tamen ecclesiarum reservatur Episcopo dioecetano; uterque vero potest alium sacerdotem ad hoc delegare*.

<sup>43</sup> A questo proposito, un’esemplificazione è fornita in VINCENZO MOSCA, *op. cit.*, pp. 338-339: «Vi sono alcune attività che per la loro peculiarità sono sconvenienti ad un luogo ritenuto sacro, ma ve ne sono altre, pur se profane che possono servire alla promozione del culto, della pietà e della religione. Certamente non è per nulla conveniente che si tengano in un luogo sacro comizi politici, rappresentazioni teatrali ed altre attività ritenute comunemente profane, ma si possono concedere questi luoghi per l’esecuzione di concerti di musica, conferenze, dibattiti di problemi su quanto può essere utile per la formazione e animazione umana e cristiana dei fedeli e della società».

<sup>44</sup> *Codex Iuris Canonici* 1917, can. 1160: *Loca sacra exempta sunt a iurisdictione auctoritatis civilis et in eis legitima Ecclesiae auctoritas iurisdictionem suam libere exercet*.

libertà. Tuttavia, in genere, gli ordinamenti statuali non riconoscono una esenzione totale. La materia è spesso regolata da appositi concordati o convenzioni tra l’autorità ecclesiale e quella civile. Attualmente la Chiesa è disposta a riconoscere la possibilità di intervento da parte dell’autorità civile, per ragioni igieniche, urbanistiche o di pubblica sicurezza<sup>45</sup>.

Tra le disposizioni di derivazione bilaterale finalizzate alla tutela della specificità degli edifici aperti al culto, un esempio tra i più conosciuti proprio nell’ambito della pubblica sicurezza è senza dubbio costituito dalle garanzie dettate all’art. 5, nn. 1 e 2, del Concordato del 1984: da un lato, infatti, è sancito il divieto di requisire, occupare, espropriare e demolire tali immobili se non sussistono gravi ragioni e se, in ogni caso, non sia stato previamente raggiunto un accordo con la competente autorità ecclesiastica; dall’altro, l’accesso ai medesimi luoghi viene precluso alla forza pubblica nell’esercizio delle proprie funzioni, ammesso che non sia stata precedentemente avvertita la stessa autorità confessionale o che non lo impongano casi di urgente necessità<sup>46</sup>. Formulazioni del tutto analoghe sono state peraltro riproposte all’interno delle intese concluse con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, formando così una disciplina pressoché comune in questa materia<sup>47</sup>. Disposizioni tese alla salvaguardia di tali spazi si rinvencono inoltre – com’è noto – nella legislazione penalistica, la quale già in ambito codicistico li richiama espressamente in quelle norme che, allo scopo di preservare l’esercizio della libertà religiosa, puniscono chi impedisca o turbi le funzioni in cui essa si esprime e chi offenda la confessione stessa mediante vilipendio o danneggiamento di cose<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> MASSIMO CALVI, *L’edificio di culto è un «luogo sacro»?», cit.*, p. 241.

<sup>46</sup> Con riferimento a quest’ultima disposizione, in FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 370, si nota che «non si tratta di un anacronistico riconoscimento del diritto di asilo, ma del riconoscimento del rispetto che merita la pace dei luoghi di culto, la quale può essere turbata in modo improvviso solo in presenza di un’urgente necessità. Sul punto si veda anche DANIELE ARRU, *L’ingresso della forza pubblica negli edifici di culto», in Il diritto ecclesiastico*, n. 3, 1995, pp. 348-361.

<sup>47</sup> Nelle leggi di approvazione delle corrispondenti intese, le disposizioni citate si rinvencono rispettivamente: per le Assemblee di Dio in Italia, all’art. 11, commi 1 e 2, della legge 22 novembre 1988, n. 517; per l’Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, all’art. 16, commi 1 e 2, della legge 22 novembre 1988, n. 516; per l’Unione delle Comunità ebraiche italiane, all’art. 15, commi 2 e 3, della legge 8 marzo 1989, n. 101; per l’Unione Cristiana Evangelica Battista d’Italia, all’art. 17, commi 1 e 2, della legge 12 aprile 1995, n. 116; per la Chiesa Evangelica Luterana in Italia, all’art. 14, commi 1 e 2, della legge 29 novembre 1995, n. 520; per la Sacra arcidiocesi ortodossa d’Italia ed Esarcato per l’Europa Meridionale, all’art. 11, commi 1 e 2, della legge 30 luglio 2012, n. 126; per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, all’art. 15, commi 1 e 2, della legge 30 luglio 2012, n. 127; per la Chiesa apostolica in Italia, all’art. 14, commi 1 e 2, della legge 30 luglio 2012, n. 128; per l’Unione Buddhista Italiana, all’art. 16, commi 1 e 2, della legge 31 dicembre 2012, n. 245; per l’Unione Induista Italiana, all’art. 17, commi 1 e 2, della legge 31 dicembre 2012, n. 246; per l’Istituto Buddhista Italiano Soka Gakkai, all’art. 8, commi 1 e 2, della legge 28 giugno 2016, n. 130.

<sup>48</sup> Com’è noto, la normativa cui facciamo riferimento – corrispondente al libro secondo, titolo

Va evidenziato, tuttavia, come nel nostro ordinamento i profili di maggior interesse – e problematicità – emergano non tanto dal diritto pubblico quanto da quello privato, in particolare in relazione ai rapporti intercorrenti tra ente ecclesiastico e proprietario dell’immobile, qualora non coincidenti. Tornando infatti al vincolo di cui all’art. 831, comma 2, c.c., è evidente come esso determini un regime di godimento del bene del tutto atipico, che, in assenza di accordo tra le parti, può facilmente generare attriti. Ad essere sacrificate sono infatti – com’è naturale, data la peculiare esigenza sottesa a una simile disciplina – le ragioni del proprietario, che potrà servirsi dell’immobile solo in via residuale e con modalità tali da non ostacolare l’esercizio del culto, in funzione del quale all’autorità ecclesiastica è per converso riconosciuta una complementare – e perciò sovraordinata – facoltà di fruizione del medesimo edificio<sup>49</sup>. Ipotesi di varia natura sono state avanzate al fine di prevenire o appianare eventuali controversie in caso di contrasto tra i due soggetti: ma se all’autorità giudiziaria civile, pur individuata come competente a giudicare, non si attribuisce la capacità di adottare rimedi soddisfacenti, in dottrina non è stata considerata risolutiva neppure la proposta, offerta dalla già menzionata *Istruzione in materia amministrativa* del 2005, di determinare le condizioni della concessione del bene mediante convenzione tra le parti<sup>50</sup>. Molteplici sono state tuttavia le questioni sollevate in fasi ancora antecedenti a quella da ultimo illustrata: un esempio non secondario riguarda il valore da attribuire alla volontà del proprietario di un immobile sul quale intervenga successivamente una *deputatio ad cultum*. A questo proposito, per quanto il diritto canonico ovviamente non subordini all’assenso di altri soggetti la validità di una

---

IV, capo I, del codice penale – è stata oggetto di una riforma complessiva ad opera della legge n. 85 del 2006, che ne ha conseguentemente sostituito anche l’originaria rubrica *Dei delitti contro la religione dello Stato e i culti ammessi* con l’attuale *Dei delitti contro le confessioni religiose*. Per alcune considerazioni relative alla disciplina precedente alla riforma, ma incentrate specificamente sul tema degli edifici di culto, cfr. PAOLO CAVANA, *Brevi osservazioni sulla tutela penale della destinazione al culto delle chiese*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3, 2000, pp. 1047-1057; ID., *Occupazione di chiese e profili sanzionatori dell’utilizzo arbitrario di edifici aperti al culto*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 8-9, 2000, pp. 1703-1707. Per una valutazione generale del quadro vigente, si veda invece VINCENZO PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>49</sup> D’altro canto, va anche osservato che «sebbene il vincolo di destinazione interferisca con il potere di godimento del proprietario, limitandolo, tuttavia non intacca il potere di disposizione che rimane integro in capo al suo titolare. Quest’ultimo potrà infatti liberamente alienare l’edificio o costituirvi diritti reali minori sempre nel rispetto della destinazione al culto. Anche la vendita forzata è stata ritenuta ammissibile dalla dottrina. In astratto dunque il potere di disposizione rimane integro e tuttavia nella pratica sarà davvero difficile ipotizzare la costituzione di un uso o di un usufrutto su un edificio di culto, così come sarà improbabile che ne risulti fruttuosa la vendita forzata»: VINCENZO CALI, FRANCESCO LEO, *op. cit.*, p. 1387.

<sup>50</sup> Cfr. VENERANDO MARANO, *La proprietà*, cit., pp. 44-46.

dedicazione effettuata nel rispetto delle prescrizioni giuridiche e liturgiche, nell’ambito dell’ordinamento statale la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza tendono invece a concordare circa la necessaria sussistenza di tale consenso – espresso o tacito che sia, nonché accertabile anche mediante presunzione – al fine del riconoscimento civile dell’atto posto in essere dall’autorità ecclesiastica<sup>51</sup>. Ma, a monte, risulta addirittura priva di una risposta concorde la domanda relativa alla natura stessa del vincolo di destinazione in parola, in dottrina variamente configurato – tra le altre ipotesi – come diritto di uso, come servitù di uso pubblico o come un diritto reale del tutto peculiare<sup>52</sup>.

Una menzione autonoma merita infine, all’interno del tema dell’utilizzazione di edifici destinati al culto pubblico, la loro fruizione turistica, in particolare con riguardo alla prassi – sempre più comune, in molte città d’arte – di richiedere a questo fine il pagamento di un biglietto d’ingresso<sup>53</sup>. Tale modalità, sebbene non vietata in radice, ha suscitato comprensibili perplessità e malumori. Nonostante gli indubbi benefici derivanti dall’adozione di questo sistema – consistenti in vantaggi non solo economici: oltre alla disponibilità di maggiori fondi da reinvestire per una migliore conservazione dell’immobile, si pensi alla possibilità di garantirne un’apertura prolungata, della quale beneficerebbero non solo i turisti ma anche i fedeli –, esso è infatti percepito come intrinsecamente contrario alla funzione e, in ultima istanza, alla natura stessa degli edifici sacri. Per vagliare la fondatezza di un simile assunto, possiamo peraltro fare riferimento agli indirizzi forniti al riguardo dai diversi ordinamenti. Una prima indicazione, significativa anche dell’approccio generale al problema da parte statale, si rinviene nelle fonti pattizie: la già richiamata *Intesa relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche del 2005*, infatti, nel garantire l’accesso e la visita agli edifici aperti al culto – e ai beni mobili collocati al loro interno – specifica che ciò debba avvenire “nel rispetto delle esigenze di carattere religioso”<sup>54</sup>. Una più precisa definizione di tali esigenze e dei loro confini,

---

<sup>51</sup> Cfr. MARIO PETRONCELLI, *La «deputatio ad cultum publicum»*, cit., pp. 43-62; DOMENICO BARILLARO, *Nozione giuridica di edificio destinato al culto*, cit., pp. 60-77; VENERANDO MARANO, *La proprietà*, cit., pp. 41-44; GIULIANA SCHIANO, *op. cit.*, pp. 418-419.

<sup>52</sup> Cfr. VINCENZO CALÌ, FRANCESCO LEO, *op. cit.*, pp. 1384-1387; VENERANDO MARANO, *La proprietà*, cit., pp. 40-41, 47-50.

<sup>53</sup> A questo proposito, cfr. CARLO AZZIMONTI, *L’ingresso in chiesa, libero e gratuito, nel tempo delle sacre celebrazioni (can. 1221)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 2, 2005, pp. 194-201; GIORGIO FELICIANI, *La questione del ticket d’accesso alle chiese*, in *Aedon*, rivista telematica (<http://www.aedon.mulino.it>), n. 3, 2010; FABIO FRANCESCHI, *L’accesso alle chiese aperte al culto: fruizione culturale, fruizione turistica, questione del ticket*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 33, 2014, pp. 1-51.

<sup>54</sup> Art. 2, comma 7, *Intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali e il Presidente della*

tuttavia, può ricavarsi solamente dalla lettura delle relative prescrizioni di diritto canonico, dalle quali emerge un orientamento sufficientemente chiaro in merito: prima ancora dei criteri di utilizzazione scanditi dal menzionato can. 1210, va infatti ricordato come per il tempo delle sacre funzioni siano sancite in modo inderogabile la libertà e la gratuità dell'ingresso in chiesa<sup>55</sup>, la quale – come già sottolineato – anche al di fuori di questi momenti si caratterizza come autonoma tipologia di luogo sacro proprio per il diritto spettante a tutti i fedeli di entrarvi al fine esercitare soprattutto pubblicamente il culto<sup>56</sup>. Nella pratica, il contemperamento tra le succitate “esigenze di carattere religioso” e la fruizione turistica delle chiese di maggiore pregio storico e artistico è stato in alcuni casi perseguito distinguendo le zone dell'edificio gratuitamente accessibili da parte dei fedeli da quelle visitabili solo previo pagamento. Seguendo tale criterio si è però spesso finito per riservare a questo secondo – e secondario – scopo la quasi totalità dell'immobile, relegando invece la preghiera e la devozione privata ad aree sempre più anguste: un'impostazione che, sostituendo la finalità culturale a quella cultuale, rischia – com'è stato correttamente osservato – di sovvertire la stessa “gerarchia delle destinazioni dell'edificio sacro, nell'ambito della quale il concetto, già di per sé discutibile, di chiesa-museo cede il passo a quello di museo-chiesa”<sup>57</sup>. A questo riguardo, è peraltro fondamentale sottolineare come una simile prospettiva si ponga in palese contrasto non solo – ovviamente – con il diritto canonico, ma anche con le relative prescrizioni dell'ordinamento secolare, che a tali luoghi accorda la specifica disciplina e i molteplici privilegi finora illustrati in virtù del loro ruolo nella soddisfazione di bisogni sociali primari della popolazione, e non certo in quanto poli museali dal carattere particolare. In Italia la questione è stata perciò affrontata dalla stessa autorità ecclesiastica, che nel gennaio 2012 ha prodotto l'apposita nota *L'accesso nelle chiese*<sup>58</sup>. Confermando la risalente tradizione italiana secondo cui “è garantito a tutti l'accesso gratuito alle

---

*Conferenza Episcopale Italiana relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche*, cit.: «L'accesso e la visita ai beni culturali di cui al comma 1 [beni culturali mobili e immobili di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche] sono garantiti. Ove si tratti di edifici aperti al culto o di beni mobili collocati in detti edifici, l'accesso e la visita sono consentiti nel rispetto delle esigenze di carattere religioso. A tal fine possono essere definiti orari e percorsi di visita in base ad accordi tra i soprintendenti competenti per materia e per territorio e gli organi ecclesiastici territorialmente competenti».

<sup>55</sup> Can. 1221: *Ingressus in ecclesias tempore sacrarum celebrationum sit liber et gratuitus*.

<sup>56</sup> Cfr. can. 1214.

<sup>57</sup> FABIO FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>58</sup> CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, CONSIGLIO PERMANENTE, Nota *L'accesso nelle chiese*, 31 gennaio 2012, in *Notiziario CEI*, n. 1, 2012, pp. 26-27. Al riguardo, si veda M. RIVELLA, *Presentazione nota CEI sull'accesso nelle chiese*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 2012, pp. 494-498.

chiese aperte al culto, perché ne risalti la primaria e costitutiva destinazione alla preghiera liturgica e individuale” – principio eccezionalmente derogabile solo con le modalità di cui al can. 1210 –, il documento redatto dal Consiglio Permanente della Conferenza Episcopale Italiana approfondisce la questione mediante più specifiche direttive: se infatti la facoltà di esigere il pagamento di un biglietto d’ingresso è giudicata “ammissibile soltanto per la visita turistica di parti del complesso (cripta, tesoro, battistero autonomo, campanile, chiostro, singola cappella, ecc.), chiaramente distinte dall’edificio principale della chiesa”, per quanto riguarda quest’ultimo si ribadisce invece la necessità di garantire in ogni caso il libero ingresso a chi intenda recarvisi per pregare e, più in generale, a tutti i residenti nel relativo territorio comunale; coerentemente, pure laddove la presenza di flussi turistici di notevoli proporzioni imponga l’adozione di misure volte ad “assicurare il rispetto del carattere sacro delle chiese”, ad essere consigliate sono modalità non necessariamente implicanti l’esborso di denaro da parte dei visitatori, quale ad esempio quella “di limitare il numero di persone che vengono accolte (ricorrendo al cosiddetto contingentamento) e/o di limitarne il tempo di permanenza”.

#### *4. Interpretazioni e implicazioni problematiche della riduzione a uso profano*

Illustrati i profili di maggior interesse – almeno a nostro avviso – relativi allo *status* delle chiese aperte al culto, resta da chiedersi cosa accada quando esse vadano invece incontro ad una chiusura definitiva. Per le cause sopra richiamate e per i conseguenti problemi gestionali, quello della dismissione costituisce infatti oggi, nel continente europeo ma non solo, un momento di estrema criticità, sia per la sua frequenza sia per le sue implicazioni, anche giuridiche. Tra queste ultime va innanzitutto annoverato il venire meno di quelle tutele, fin qui elencate, che l’ordinamento secolare non ha alcuna ragione di riconoscere ad immobili evidentemente non più idonei a soddisfare quel bisogno sociale diffuso che ne giustificava la presenza nella legislazione italiana. La formulazione dello stesso art. 831, comma 2, c.c., ad esempio, riguardo all’estinzione del vincolo previsto per gli edifici riservati all’esercizio pubblico del culto cattolico risulta più esplicita di quanto non fosse a proposito della sua nascita, stabilendo infatti che esso persiste “fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano”. Se quindi pure in questo frangente un’importanza primaria è da riconoscersi alle corrispondenti norme canoniche, va tuttavia rilevato che, a differenza di quanto prima osservato circa la dedizione di nuove chiese, la disciplina dettata in merito alla chiusura di quelle preesistenti presenta note-

voli difficoltà interpretative<sup>59</sup>.

Una conferma particolarmente lampante di quanto sostenuto si riscontra già nei primi passaggi di questo accidentato percorso. Il principale riferimento è costituito dal can. 1222, il quale delimita i casi in cui al vescovo diocesano è

---

<sup>59</sup> A questo proposito, cfr. JAMES HARRISON PROVOST, *Some canonical considerations on closing parishes*, in *The Jurist*, n. 2, 1993, pp. 362-370; CARLO GULLO, *Brevi note sulla gravità della «causa» necessaria per ridurre la chiesa ad uso profano*, in *Il diritto ecclesiastico*, n. 1, 1997, pp. 7-11; FRANS DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1998, pp. 111-148; ID., *The reduction of a former parish church to profane use in the light of the recent jurisprudence of the Apostolic Signatura*, nel vol. *Quod iustum est et aequum. Scritti in onore del Cardinale Zenone Grocholewski per il cinquantenario di sacerdozio*, a cura di MAREK JEDRASZEWSKI, JAN SŁOWIŃSKI, Arcidiocesi di Poznań – Facoltà di Teologia Università Adam Mickiewicz a Poznań – Hipolit Cegielski Society, Poznań, 2013, pp. 164-169; GIAN PAOLO MONTINI, *I ricorsi amministrativi presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica. Una ricognizione a partire dai ricorsi in materia di parrocchie e di edifici sacri*, nel vol. *I giudizi nella Chiesa. Processi e procedure speciali*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Glossa, Milano, 1999, pp. 85-119; ID., *La cessazione degli edifici di culto*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 3, 2000, pp. 281-299; ID., *La riduzione ad uso profano di una chiesa. Alcune applicazioni*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 1, 2016, pp. 37-58; CARLO AZZIMONTI, ALBERTO VITTORIO FEDELI, *La riduzione ad uso profano delle chiese e il loro riutilizzo*, in *Ex Lege*, n. 4, 2002, pp. 88-98; PAWEŁ MALECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., pp. 113-119; ID., voce *Pérdida de la dedicación o bendición*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, VI, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 123-126; ID., *La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido*, cit.; NICHOLAS SCHÖCH, *Relegation of churches to profane use (C. 1222 § 2): reasons and procedure*, in *The Jurist*, n. 2, 2007, p. 485-502; PAOLO CAVANA, *Il problema degli edifici di culto dismessi*, cit.; ID., *Episcopati nazionali, chiese dismesse e nuove destinazioni d'uso*, in *Quaderni di diritto ecclesiastico*, n. 1, 2010, pp. 49-74; REMIGIO BENEYTO BERENGUER, voce *Uso profano*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, VII, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 779-782; ADOLFO LONGHITANO, voce *Execración*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, III, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 841-843; KURT MARTENS, *Brief note regarding the reconfiguration of parishes and the relegation of churches to profane use*, in *The Jurist*, n. 2, 2013, pp. 597-643; GERARDO NUÑEZ, *Notas a propósito de dos decretos recientes de la Signatura Apostólica. Supresión de parroquias y reducción de una iglesia a un uso profano no indecoroso*, in *Ius canonicum*, n. 105, 2013, pp. 279-309; ISABELLA BOLGIANI, *La dismissione delle Chiese. Problematiche aperte e prospettive tra diritto civile e canonico*, in *Jus*, n. 3, 2014, pp. 555-582; GIOVANNI PARISE, *La giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica in materia di soppressione, unione e modifica di parrocchie e di riduzione ad uso profano non indecoroso di edifici sacri*, Edusc, Roma, 2015; ID., *Analisi degli aspetti rilevanti della normativa canonica di cui ai cann. 515 §2 e 1222 §2: riflessioni e proposte*, nel vol. in ID., *Nulla est charitas sine iustitia. Saggi di diritto canonico in memoriam del Card. Velasio De Paolis, CS*, Tabula Fati, Chieti, 2018, pp. 135-168; ID., *Il dato codiciale in materia di soppressione, unione, modifica di parrocchie (can. 515 §2) e la riduzione ad uso profano di edifici sacri (can. 1222 §2)*, ivi, pp. 100-134; ID., *Soppressione, unione e modifica di parrocchie (can. 515 §2) e riduzione ad uso profano non indecoroso di edifici sacri (can. 1222 §2): recente evoluzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica in materia*, ivi, pp. 169-196; FRANCESCO GRAZIAN, *Riduzione di una chiesa ad uso profano: atti canonici e civilistici*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 1, 2016, pp. 18-36; BRUNO FABIO PIGHIN, *Diritto sacramentale canonico*, cit., pp. 407-410; DAVIDE DIMODUGNO, *Il riuso degli edifici di culto: profili problematici tra diritto canonico, civile e amministrativo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 23, 2017, pp. 1-32.

concesso ridurre una chiesa ad uso profano non indecoroso, atto cui consegue – come ricordato al can. 1212 – la perdita della dedicazione o benedizione del luogo, che non può perciò essere più considerato sacro<sup>60</sup>. Nello specifico, la norma presenta due differenti ipotesi: una simile decisione è infatti ammessa esclusivamente quando l’edificio non possa essere in alcun modo adibito al culto divino o qualora ciò sia comunque sconsigliato per la sussistenza di *aliae graves causae*<sup>61</sup>. Se la prima fattispecie non pone particolari problemi interpretativi, richiedendo quali requisiti, da un lato, la totale impossibilità di tributare all’interno dell’immobile alcuna forma di culto – è cioè richiesta un’impraticabilità assoluta, mentre non è sufficiente la semplice inadeguatezza a particolari forme di celebrazione<sup>62</sup> – e, dall’altro, l’inattuabilità – stavolta relativa – degli opportuni interventi di restauro, decisamente più complessa si rivela invece la seconda eventualità prospettata: e ciò a causa sia delle molteplici condizioni apposte sia, soprattutto, della discrezionalità che la caratterizza. Nel corso della sua valutazione al vescovo diocesano è infatti richiesto di udire anche il parere del consiglio presbiterale, di ottenere il consenso di quanti rivendicano legittimamente diritti sulla chiesa stessa e di accertarsi che dalla sua deliberazione non derivi alcun danno per il bene delle anime: un procedimento che, per quanto teoricamente informato ad un criterio di massima prudenza, non è sempre riuscito nell’applicazione pratica a prevenire l’insorgere di controversie e ad evitare il disappunto di soggetti – spesso gli stessi fedeli legati ai luoghi sacri adesso dismessi – che si sono

---

<sup>60</sup> In merito al rapporto tra gli oggetti dei due canoni menzionati, in PAWEŁ MALECHA, *La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido*, cit., pp. 196-197, si sottolinea che «la riduzione di una chiesa a uso profano e la perdita della dedicazione/benedizione sono due istituti diversi. La perdita della dedicazione/benedizione presenta carattere liturgico, mentre la riduzione a uso profano carattere giuridico; il primo istituto è un provvedimento dichiarativo, il secondo ha natura costitutiva. Va anche messo in evidenza come la perdita della dedicazione/benedizione faccia parte della normativa generale, perché riguarda tutti i luoghi sacri, al contrario della riduzione a uso profano, che appartiene alla normativa speciale, in quanto attinente esclusivamente alle chiese». Sul punto si veda anche GIOVANNI PARISE, *La giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, cit., pp. 177-179.

<sup>61</sup> Can. 1222: § 1. *Si qua ecclesia nullo modo ad cultum divinum adhiberi queat et possibilitas non detur eam reficiendi, in usum profanum non sordidum ab Episcopo dioecetano redigi potest.* § 2. *Ubi aliae graves causae suadeant ut aliqua ecclesia ad divinum cultum amplius non adhibeatur, eam Episcopus dioecetanus, audito consilio presbyterali, in usum profanum non sordidum redigere potest, de consensu eorum qui iura in eadem sibi legitime vindicent, et dummodo animarum bonum nullum inde detrimentum capiat.* Per alcune riflessioni circa le possibili traduzioni dal latino dell’espressione *usum profanum non sordidum* – qui resa come ‘uso profano non indecoroso’ –, si veda GIAN PAOLO MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa*, cit., p. 54.

<sup>62</sup> Cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La cessazione degli edifici di culto*, cit., pp. 283-284; NICHOLAS SCHÖCH, *Relegation of churches to profane use*, cit., pp. 490-491; PAWEŁ MALECHA, voce *Pérdida de la dedicación o bendición*, cit., p. 124; GIOVANNI PARISE, *Il dato codiciale in materia di soppressione, unione, modifica di parrocchie*, cit., pp. 108-109.

quindi opposti alle ipotesi di riduzione ad uso profano. Ciò ha tuttavia permesso al Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, nel pronunciarsi in merito ai ricorsi sollevati contro i relativi decreti vescovili, di riflettere sugli aspetti più dubbi del can. 1222 § 2 e di sviluppare al riguardo un'opportuna giurisprudenza chiarificatrice circa i summenzionati requisiti, attraverso sia la loro interpretazione, sia la censura di condotte tese ad eluderne il rispetto. In merito al primo profilo va segnalato come la Segnatura, pur soffermandosi su ognuno dei presupposti della norma – si pensi all'evidente necessità di individuare e circoscrivere i titolari di diritti tali da rendere indispensabile il loro coinvolgimento nel procedimento<sup>63</sup> –, abbia dedicato un'attenzione speciale alla determinazione di quelle “gravi ragioni” che costituiscono la precondizione essenziale alla base di questa fattispecie. Posto che già dalla terminologia utilizzata – richiedendosi una causa “grave” e non semplicemente “giusta”<sup>64</sup> – emerge la netta preferenza per la conservazione del luogo al culto, possiamo al riguardo procedere per esempi. Tra i casi più noti, si ricorda come sia stata considerata legittima la scelta, relativa ad un immobile il cui stato pericolante era stato accertato pure dal giudice civile, di ridurre una chiesa ad uso profano così da non gravare delle spese di restauro una comunità locale povera e in grado di raggiungere facilmente un'altra chiesa preesistente in buone condizioni; lo stesso non è avvenuto, invece, quando a fondare la decisione sono stati esclusivamente motivi quali “il fatto che una parrocchia venga soppressa e che la nuova parrocchia non abbia bisogno della chiesa della parrocchia soppressa; il fatto che ci sia un piano globale per il riordinamento delle strutture pastorali; o il fatto che il consiglio presbiterale abbia dato un parere favorevole, né la volontà di favorire l'unità della nuova parrocchia e neppure la giusta promozione della celebrazione domenicale della S. Eucaristia nella chiesa parrocchiale della nuova parrocchia”<sup>65</sup>. Quest'ultimo tema è anche al centro del secondo fronte su cui è intervenuta la Segnatura Apostolica, la quale ha riconosciuto l'illegittimità di quei procedimenti che, tramite la combinazione di due distinti atti, permettano di raggiungere lo stesso risultato di cui al can.

---

<sup>63</sup> Al riguardo, sintetizzando e commentando il contenuto di alcune decisioni della Segnatura Apostolica, in GIOVANNI PARISE, *Analisi degli aspetti rilevanti della normativa canonica sul mutamento di stato di parrocchie ed edifici sacri*, cit., p. 139, si osserva che «i diritti di cui si parla qui vanno intesi in senso stretto, cioè come di natura patrimoniale o ad essa assimilabile, che, per lo più, derivano dalla fondazione o dall'edificazione della chiesa, escludendo, quindi, offerte che possono essere considerate in un certo modo «non straordinarie». Comunque, a chi asserisce di avere un simile diritto, tocca l'onere di provarlo».

<sup>64</sup> Cfr. CARLO GULLO, *op. cit.*, cit.; FRANS DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, cit., pp. 126-127.

<sup>65</sup> FRANS DANEELS, *Soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad uso profano della chiesa parrocchiale*, cit., pp. 127-128.

1222 § 2 disattendendone però l’*iter*. Una prima fattispecie è appunto rappresentata dalla soppressione di una parrocchia al solo scopo di dismetterla la chiesa principale, della quale, divenuta quindi sussidiaria e di fatto non più utilizzata per le celebrazioni, si presume la superfluità e il cattivo stato di conservazione: circostanze che hanno indotto il Supremo Tribunale a sottolineare come anche con riferimento alle chiese sussidiarie e con-parrocchiali permangono precisi obblighi di mantenimento in capo al parroco e al vescovo<sup>66</sup>, la cui negligenza nell’amministrare tali beni non può costituire una grave causa che ne giustifichi la riduzione a uso profano. Analoghe nelle conseguenze è inoltre il caso in cui la chiesa non venga immediatamente dismessa, ma in un primo momento appositamente dequalificata ad oratorio e solo in seguito, poi, ridotta a uso profano: due passaggi, quindi, per i quali non è prescritta la sussistenza di una grave causa e che la Segnatura Apostolica ha perciò deciso di considerare come un unico atto amministrativo e come tale sottoposto a tutte le condizioni di cui al canone in parola. Vale inoltre la pena di menzionare come, a fronte dei ripetuti episodi in cui la cessazione della destinazione al culto non è stata accompagnata dalla previa adozione di alcun decreto formale da parte dell’autorità ecclesiastica, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica abbia formulato il principio secondo cui la chiusura di fatto di una chiesa equivale alla sua riduzione a uso profano, misura evidentemente dettata sia per garantire i fedeli nella difesa dei propri diritti, sia con valore preventivo rispetto all’eventualità del deterioramento dell’immobile e dei beni in esso contenuti<sup>67</sup>: l’importanza di tale assunto è peraltro sottolineata dall’espresso richiamo incluso al riguardo nelle *Procedural Guidelines for the Modification of Parishes, the Closure or Relegation of Churches to Profane but not Sordid Use, and the Alienation of the Same*, documento inviato dalla Congregazione per il clero agli ordinari di alcune nazioni nel 2013 e definito in dottrina “punto di arrivo e sintesi di trent’anni circa di prassi della Congregazione per il clero e di giurisprudenza della Segnatura Apostolica”<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Per alcune considerazioni circa l’attuale ruolo delle chiese sussidiarie, si veda MASSIMO CALVI, *C’è posto per una chiesa sussidiaria in parrocchia?*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 1, 2016, pp. 70-78.

<sup>67</sup> Cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa*, cit., pp. 41-52; PAWEŁ MAŁECHA, *La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido*, cit., pp. 187-193.

<sup>68</sup> GIAN PAOLO MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa*, cit., p. 40. Il documento in parola, datato 30 aprile 2013, è apparso per la prima volta, nella versione originale in lingua inglese, con il titolo *Official Documents of the Holy See: Letter for the Congregation for the Clergy and Procedural Guidelines for the Modification of Parishes and the Closure, Relegation and Alienation of Churches*, in *The Jurist*, n. 1, 2013, pp. 211-219. Il medesimo testo è stato poi pubblicato, corredato da una traduzione italiana a cura di ALESSIO BARTOLACELLI, nel vol. *Enchiridion Vaticanum*, 29, *Documenti ufficiali della Santa Sede (2013)*, a cura di LUCA GRASSELLI, EDB, Bologna, 2015, pp. 378-395.

Resta da precisare cosa s'intende per uso profano *non sordidum*. Va innanzitutto chiarito che, per quanto solitamente avvertito dai fedeli come un elemento fondamentale, la scelta della successiva destinazione dell'immobile è per il can. 1222 § 2 una richiesta supplementare, che non dev'essere neppure indicata all'interno del decreto di riduzione a uso profano né è valutata nella sua legittimità secondo gli stessi criteri cui sono invece sottoposti gli altri requisiti: circostanze che in dottrina hanno fatto "dubitare che questa clausola svolga la stessa funzione discriminatoria (condicio sine qua non per la legittimità) delle due clausole finali del can. 1222 § 2, ossia il consenso di chi vanta diritti sulla chiesa e che il bene delle anime non ne scapiti"<sup>69</sup>. Certo è, per quanto riguarda il suo contenuto, che tale norma finisce per assumere un carattere relativo, in quanto si tende ad interpretare come "non indecoroso" quell'utilizzo che non sia contrario alla moralità pubblica, seguendo perciò un parametro variabile di luogo in luogo<sup>70</sup>. In questo senso, si comprende quindi l'importanza che assumono le indicazioni fornite dalle varie Conferenze Episcopali. In Italia, le principali direttive al riguardo possono rinvenirsi in una serie di documenti che, pur con qualche variazione, hanno dimostrato negli ultimi decenni una sostanziale continuità nell'approccio alla questione. Partendo dal presupposto che la riduzione a uso profano costituisce in ogni caso un'*extrema ratio* nella gestione dei luoghi sacri, negli *Orientamenti* prodotti dalla CEI nel 1992 circa *I beni culturali della Chiesa in Italia* sono ad esempio proposte, in un preciso ordine di preferenza, le forme di utilizzo ammissibili per "le chiese non più destinate al servizio liturgico parrocchiale", le quali dovrebbero possibilmente essere adibite innanzitutto a "funzioni di culto di tipo sussidiario o di comunità particolari", o perlomeno ad un uso di tipo culturale – le ipotesi menzionate riguardano "sedi per attività artistiche, biblioteche, archivi e musei" –, ammettendosi inoltre anche l'eventualità di un mutamento temporaneo di destinazione, se ciò permette di evitare la dismissione definitiva e l'alienazione dell'immobile<sup>71</sup>. Maggiormente restrittivo è stato invece giudicato l'indirizzo espresso con la successiva

---

Riguardo al succitato principio, all'interno delle *Procedural Guidelines* – al punto 2, dedicato al tema della chiusura di chiese e alla loro riduzione a uso profano non indecoroso, lett. d) – si legge infatti: «It is well established in ecclesiastical jurisprudence that merely to close a church permanently, even without any intention to turn it over to profane use, is juridically equivalent to relegating it to profane use. Consequently, one cannot lawfully permanently close a church without first employing the provisions of can. 1222 §2, with the corollary that in the absence of applying the provisions of can. 1222 §2, the church is to remain open».

<sup>69</sup> GIAN PAOLO MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa*, cit., p. 53.

<sup>70</sup> Cfr. PAWEŁ MAŁECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica*, cit., p. 118; ID., voce *Pérdida de la dedicación o bendición*, cit., pp. 125.

<sup>71</sup> CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *I beni culturali della Chiesa in Italia. Orientamenti*, Roma, 9 dicembre 1992, in *Notiziario CEI*, n. 9, 1992, pp. 309-336.

*Istruzione in materia amministrativa* del 2005, in quanto improntato ad un criterio che, fondandosi anche su un esplicito richiamo alle tutele previste dall’art. 831 c.c., tende ad escludere per le chiese qualsiasi utilizzo diverso da quello del culto – compresi quindi anche usi di carattere culturale o cambiamenti di destinazione solo temporanei, invece ammessi dagli *Orientamenti* – finché non sia definitivamente deliberata la riduzione a uso profano<sup>72</sup>. Un espresso riferimento a questo momento è tuttavia formulato – com’era d’altronde atteso – nelle *Linee guida* circa *La dismissione e il riuso ecclesiale di chiese* del 2018, le quali recuperano un’impostazione più affine a quella del primo dei due documenti citati, auspicando che – si legge al punto 7 delle raccomandazioni finali – “quando non sia più possibile mantenere un edificio religioso come tale, si faccia uno sforzo per assicurargli un nuovo uso religioso (ad esempio, affidandolo ad altre comunità cristiane), culturale o caritativo, per quanto possibile compatibile con l’intenzione originale della sua costruzione”. Nella stessa sede, inoltre, sono confermate tanto l’esclusione di riutilizzi commerciali a scopo speculativo, quanto – all’opposto – la preferenza per “adattamenti con finalità culturali (musei, aule per conferenze, librerie, biblioteche, archivi, laboratori artistici ecc.) o sociali (luoghi di incontro, centri Caritas, ambulatori, mense per i poveri e altro)”. Per le costruzioni più modeste e prive di valore architettonico, infine, si ipotizza addirittura la conversione in abitazioni private. Pure alla luce di quanto esposto, sarebbe tuttavia erroneo pensare che le uniche limitazioni relative alle nuove destinazioni d’uso degli edifici di culto provengano dall’ordinamento canonico: termini altrettanto stringenti al riguardo sono infatti dettati nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, che agli artt. 20, comma 1, e 21, comma 4, stabilisce che i beni culturali – compresi quindi anche quelli di interesse religioso – non possono essere “adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione” e che perciò ogni mutamento di destinazione dei medesimi deve essere comunicato al soprintendente per un’apposita valutazione.

Prima di proseguire, vale tuttavia la pena di cogliere l’occasione offerta dalla lettura dei documenti menzionati per soffermarsi sulle peculiarità di uno degli utilizzi suggeriti. Commentando la possibilità di adibire le chiese non più destinate al servizio liturgico parrocchiale a *funzioni di culto di tipo sussidiario o di comunità particolari* – alternativa vista con particolare favore dagli *Orien-*

---

<sup>72</sup> Al n. 128 dell’*Istruzione in materia amministrativa* del 2005 si legge infatti: «La dedicazione di una chiesa al culto pubblico è un fatto permanente non suscettibile di frazionamento nello spazio o nel tempo, tale da consentire attività diverse dal culto stesso. Ciò equivarrebbe infatti a violare il vincolo di destinazione, tutelato anche dall’art. 831 cod. civ.». A questo proposito, cfr. PAOLO CAVANA, *Il problema degli edifici di culto dismessi*, cit., pp. 54-58.

tamenti del 1992 e richiamata anche dalle recenti *Linee guida*, come abbiamo appurato poc' anzi –, in dottrina si è infatti affermato che “in questa prospettiva alcuni edifici di culto attualmente in disuso possono rivelarsi una potenziale risorsa per affrontare alcune nuove sfide delle società multietniche, soddisfacendo le esigenze religiose di comunità di immigrati”, con ciò riferendosi in particolare all'ipotesi di affidare tali immobili “a comunità cattoliche di nazionalità straniera o ad altre comunità cristiane, come quelle ortodosse”<sup>73</sup>. Al riguardo, bisogna infatti ricordare come rappresenti una realtà ormai consolidata il fatto che la grande maggioranza delle celebrazioni ortodosse in Italia è oggi ospitata in chiese cattoliche che queste comunità, data la carenza di edifici propri da adibire a questo scopo, ottengono in concessione dalla corrispondente autorità ecclesiastica<sup>74</sup>. Per la rilevanza da esso acquisita, anche in merito a questo fenomeno si è perciò espressa la CEI, che nel *Vademecum per la pastorale delle parrocchie cattoliche verso gli orientali non cattolici* prodotto nel 2010 ha inserito specifiche indicazioni per quei casi in cui “una Chiesa orientale non cattolica manchi di edificio sacro o cimitero e chiedi aiuto al Vescovo cattolico”. Posti infatti il principio generale per cui i luoghi di culto devono essere usati stabilmente da una sola confessione religiosa – ammettendosi al più la possibilità di autorizzare *ad casum* le celebrazioni ortodosse in una chiesa cattolica in uso – e la naturale preferenza accordata, in caso di domande concorrenti, alle comunità cattoliche orientali eventualmente presenti sullo stesso territorio, al vescovo diocesano è prescritto di valutare attentamente la richiesta, vagliando sia le condizioni di fatto sia soprattutto la “situazione del dialogo ecumenico con la Chiesa in questione e della devoluzione degli edifici di culto alle comunità orientali cattoliche nel paese di origine, secondo il criterio ecumenico della reciprocità”; ove tale esame dia esito positivo, il vescovo può quindi accogliere l'istanza avendo cura di selezionare allo scopo un edificio sacro non in uso e di formalizzare la concessione tramite “un contratto di comodato per un tempo non superiore a diciannove anni”. Ulteriori cautele sono infine dettate per garantire l'idoneo mantenimento dei locali e, prima ancora, per impedire che in queste comunità siano nominati parroci dei sacerdoti precedentemente

---

<sup>73</sup> PAOLO CAVANA, *Episcopati nazionali, chiese dismesse e nuove destinazioni d'uso*, cit., pp. 69-70.

<sup>74</sup> «Credo che pochi sappiano che la Chiesa ortodossa romana si appoggia per il 90 per cento delle esigenze di culto a chiese, conventi, immobili della Chiesa cattolica, mediante contratti di comodato, di affitto (con modica corresponsione di denaro), o semplici rapporti di fatto che consentono l'uso gratuito dell'edificio. Da parte sua la Chiesa ortodossa russa, che raccoglie fedeli di diversi Paesi dell'Europa orientale, segue la medesima prassi per il 70 per cento delle sue esigenze. In altri termini la più gran parte degli immigrati ortodossi non ha alcuna possibilità di praticare il culto in chiese proprie, e partecipa ai riti dell'Ortodossia come ospite delle chiese cattoliche»: CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, cit., p. 26.

appartenenti alla Chiesa cattolica<sup>75</sup>. A proposito delle ipotesi prospettate, non vanno tuttavia sottaciute le implicazioni giuridiche ad esse sottese, di cui si può intuire la potenziale problematicità se si pensa alla discrasia determinantesi tra una disciplina statale differenziata tra le varie confessioni e un utilizzo, da parte di una diversa autorità ecclesiastica, che, pur finalizzato all’ufficiatura, non costituisce certo più culto cattolico – circostanza che non si verifica invece quando l’edificio è concesso a comunità orientali non ortodosse, ma cattoliche<sup>76</sup>.

Tornando al momento della dismissione, resta infine da considerare la disciplina relativa all’alienazione di tali immobili<sup>77</sup>, materia in cui si assiste ancora una volta all’ormai abituale sovrapposizione dei diversi ordinamenti con l’intrecciarsi dei diritti. Nell’ambito del diritto canonico, innanzitutto, è previsto uno specifico *iter* al riguardo, all’interno del quale è possibile distinguere tre diverse ipotesi in base al rapporto di volta in volta determinato tra il valore del bene e le somme minima e massima appositamente stabilite dalla Conferenza Episcopale. Attualmente tali cifre corrispondono in Italia rispettivamente a 250.000 euro e ad un milione di euro<sup>78</sup>. La fattispecie più semplice si ha ovviamente quando il valore dell’edificio risulti minore della somma minima, in quanto è in tal caso sufficiente una giusta causa affinché al parroco o agli altri soggetti individuati dagli statuti sia permesso alienarlo. Un procedimento più complesso è invece prescritto qualora tale valore sia ricompreso tra i due termini fissati dalla CEI, poiché in una simile circostanza si impone all’autorità competente, individuata stavolta nel vescovo diocesano, il rispetto di numerosi e più stringenti requisiti: oltre alla sussistenza di una giusta causa, egli deve infatti ottenere il consenso del consiglio per gli affari economici, del collegio dei consultori e degli altri soggetti interessati, nonché una stima della cosa da alienare redatta per iscritto da periti. Se, infine, il valore eccede la cifra massima, alle condizioni già de-

---

<sup>75</sup> CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, UFFICIO NAZIONALE PER L’ECUMENISMO E IL DIALOGO INTERRELIGIOSO, UFFICIO NAZIONALE PER I PROBLEMI GIURIDICI, *Vademecum per la pastorale delle parrocchie cattoliche verso gli orientali non cattolici*, Roma, 23 febbraio 2010, nel vol. *Enchiridion CEI*, 8, *Decreti, dichiarazioni, documenti pastorali per la Chiesa italiana (2006-2010)*, a cura di LUCA GRASSELLI, EDB, Bologna, 2011, pp. 1622-1656.

<sup>76</sup> A proposito dei risvolti di simili concessioni nell’ambito dell’ordinamento statale, si veda CARLO CARDIA, *La condizione giuridica*, cit., pp. 26-27; riguardo invece alle loro implicazioni all’interno dell’ordinamento canonico, cfr. GIAN PAOLO MONTINI, *La riduzione ad uso profano di una chiesa*, cit., pp. 41-43; PAWEŁ MALECHA, *La riduzione di una chiesa a uso profano non sordido*, cit., p. 195.

<sup>77</sup> Va precisato che, sebbene per ragioni di chiarezza espositiva abbiamo scelto di presentare l’alienazione come successiva alla riduzione ad uso profano, i due momenti sono in realtà tra loro indipendenti, ben potendosi dare il caso della compravendita di un edificio ancora aperto al culto cattolico – come d’altronde previsto dallo stesso art. 831 c.c. e come ricordato nelle *Procedural Guidelines* della Congregazione per il clero.

<sup>78</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Modifica della misura della somma minima e massima per la alienazione di beni*, Roma, 27 marzo 1999, in *Notiziario CEI*, n. 3, 1999, pp. 89-92.

scritte va allora aggiunta – si tratta infatti di un requisito supplementare e non sostitutivo rispetto a quelli previsti per il caso precedente – la necessità di ricevere un'apposita licenza dalla Santa Sede. Rispetto a questa casistica è tuttavia stabilita un'eccezione: nel campo di applicazione della terza fattispecie illustrata ricadono infatti tutti quei beni che, a prescindere dal loro valore economico, siano dotati di pregio storico o artistico<sup>79</sup>. Va tuttavia sottolineato come la cessione di questi ultimi non debba sottostare esclusivamente alla regolamentazione del *Codex Iuris Canonici*, ma anche a quella del Codice Urbani, il quale all'art. 56, comma 1, lett. b), stabilisce espressamente che è soggetta ad autorizzazione da parte del Ministero "l'alienazione dei beni culturali appartenenti [...] a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti". Soddisfatte le condizioni richieste, sarà finalmente possibile stipulare il contratto di compravendita dell'immobile, nel quale dovrà tuttavia essere inserita una specifica clausola a salvaguardia del suo utilizzo non indecoroso, con tutti i problemi connessi alla ricerca – alla quale in questa sede ci limitiamo a rinviare – degli strumenti civilistici idonei a garantirne il rispetto non solo nei confronti del primo acquirente, ma *erga omnes*<sup>80</sup>.

## 5. I molteplici risvolti di una ricerca in fieri

Al termine del percorso pur sommariamente tracciato, se molti sono gli interrogativi irrisolti e perciò meritevoli di più approfondito studio, ci auguriamo sia tuttavia emersa la complessità di un tema la cui diramazione in molteplici profili – ognuno a sua volta sottoposto alle letture di ordinamenti

---

<sup>79</sup> Cfr. LUIGI CHIAPPETTA, voce *Alienazione di beni ecclesiastici*, nel vol. ID., *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, cit., pp. 20-23; LUIGI MISTÒ, *I beni temporali della Chiesa (cann.1254-1310)*, nel vol. *Il diritto nel mistero della Chiesa*, III, *La funzione di santificare della Chiesa – I beni temporali – Le sanzioni – I processi – Chiesa e comunità politica*, cit., pp. 417-421; CARLO AZZIMONTI, *Alienazione di beni culturali e controlli canonici, in particolare la licenza della Santa Sede*, in *Ex Lege*, n. 4, 2005, pp. 67-73; FRANCESCO GRAZIAN, voce *Enajenación de bienes*, nel vol. *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di JAVIER OTADUY, ANTONIO VIANA, JOAQUÍN SEDANO, III, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 593-600; LUCJAN ŚWITO, MAŁGORZATA TOMKIEWICZ, *L'alienazione dei beni ecclesiastici nella prospettiva giuridico-materiale e procedurale: domande e dubbi*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 2014, pp. 415-434; ID., *Le competenze della Sede Apostolica in materia di alienazione del patrimonio della Chiesa universale alla luce del Codice di Diritto Canonico del 1983*, in *Periodica de Re Canonica*, n. 4, 2018, pp. 573-600. Si veda inoltre la sintesi offerta a questo riguardo nelle *Procedural Guidelines* del 2013, al punto 3 – riservato appunto alla questione dell'alienazione di chiese –, lett. h).

<sup>80</sup> Cfr. CARLO AZZIMONTI, ALBERTO VITTORIO FEDELI, *op. cit.*, pp. 93-98; CARLO AZZIMONTI, *Garanzie per l'utilizzo non indecoroso di chiese dismesse*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, n. 1, 2016, pp. 59-69; FRANCESCO GRAZIAN, *Riduzione di una chiesa ad uso profano*, cit.; DAVIDE DIMODUGNO, *op. cit.*, pp. 12-18.

differenti e non sempre accomunati da interessi coincidenti – non preclude, ma anzi dovrebbe più propriamente implicare, una valutazione unitaria. Peraltro una simile riflessione – cui non potrebbe che giovare anche l’adozione di un approccio comparatistico, specie con riferimento alle iniziative promosse sulla questione dalle diverse Conferenze Episcopali<sup>81</sup> – non solo soddisferebbe una legittima curiosità scientifica, ma costituirebbe invece, nel contempo, un valido sostegno nell’affrontare le sfide poste da un futuro più prossimo di quanto sovente non appaia, e ciò almeno sotto tre aspetti: da un lato, è infatti manifesto quanto sarebbe opportuna la chiarificazione di una disciplina, qual è quella dedicata alla materia in parola, tanto eterogenea quanto scarsamente coordinata nelle sue varie sfaccettature, e come ciò andrebbe in primo luogo a vantaggio sia dell’autorità ecclesiastica sia di quella pubblica; dall’altro, non va tuttavia dimenticato come quest’ultimo risultato, benché primario, non rappresenterebbe l’unico beneficio di tale indagine, giacché essa – come abbiamo già osservato – potrebbe fornire, in un’ottica *de iure condendo*, un apporto di straordinaria utilità nell’evoluzione della normativa italiana anche con riguardo alle confessioni diverse da quella cattolica; e infine non può essere ignorato come, sul piano stavolta professionale, un’immissione in prospettiva sempre più consistente di edifici di culto dismessi sul mercato immobiliare non possa che far nascere negli operatori del settore l’esigenza di muoversi con maggiore consapevolezza su un terreno ancora tanto accidentato.

---

<sup>81</sup> Per una comparazione sia tra le indicazioni fornite da varie Conferenze Episcopali sul tema della dismissione, sia tra le previsioni di differenti ordinamenti statali in merito alla condizione giuridica degli edifici di culto, si vedano PAWEŁ MAŁECHA, *Edifici di culto nella legislazione canonica e concordataria in Polonia*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000; ID., *Les lieux de culte en France et en Europe. Statuts, pratiques, fonctions*, cit.; ADORACIÓN CASTRO JOVER, *Gli edifici di culto nella legislazione spagnola: problemi e prospettive*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 271-300; PAOLO CAVANA, *Il problema degli edifici di culto dismessi*, cit., pp. 36-44; ID., *Episcopati nazionali, chiese dismesse e nuove destinazioni d’uso*, cit., pp. 56-71; HELMUTH PREE, *Le esperienze della Repubblica Federale Tedesca*, nel vol. *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, cit., pp. 301-309; PATRICK VALDRINI, *Gli edifici di culto nel regime francese di separazione*, *ivi*, pp. 311-320.

RIASSUNTO

Nell'ambito del più ampio tema dell'edilizia di natura religiosa, la consistenza assunta dal fenomeno oggi sempre più ricorrente della dismissione di edifici di culto cattolico non più utilizzati e dalle relative problematiche gestionali impone di approfondire la consapevolezza delle sue implicazioni giuridiche, la definizione dei cui confini appare tuttavia complicata da un continuo intrecciarsi di norme prodotte da autorità ecclesiastiche e norme prodotte da autorità secolari. La medesima difficoltà si riscontra d'altronde nello studio non solo di queste specifiche circostanze, ma di pressoché ognuno dei numerosi profili che concorrono a formare la disciplina complessiva riservata a simili luoghi, dalla quale i singoli aspetti non possono essere isolati per una loro piena comprensione. Alla luce di queste considerazioni, il presente contributo si propone perciò di compiere, senza alcuna pretesa di esaustività, una ricognizione generale delle molteplici peculiarità della condizione giuridica delle chiese cattoliche, perennemente sospesa tra il diritto canonico e il diritto statale. In quest'ottica, la ricerca si sviluppa seguendo i vari momenti che compongono il "ciclo vitale" di un ipotetico edificio sacro, dalla sua costruzione al suo effettivo utilizzo fino alla sua riduzione a uso profano, tentando così di mettere in luce gli elementi di interdisciplinarietà di volta in volta emergenti e i motivi d'interesse da essi offerti.

PAROLE CHIAVE

*Edilizia di culto; Chiesa cattolica (edificio sacro); Destinazione al culto pubblico; Riduzione a uso profano non indecoroso*

ABSTRACT

In the context of the broader theme of religious building, the consistency assumed by the phenomenon of the disposal of Catholic buildings of worship no longer used and the related management problems, today increasingly recurrent, makes it necessary to deepen the awareness of its legal implications, the definition of whose boundaries appears, however, complicated by a continuous interweaving of rules produced by ecclesiastical authorities and rules produced by secular authorities. The same difficulty is also found in the study not only of these specific circumstances, but of almost each of the numerous profiles that combine to form the overall discipline reserved for such places, from which the individual aspects cannot be isolated for their full understanding. In the light of these considerations, the present contribution therefore proposes to carry out, without any claim to exhaustiveness, a general recognition of the many peculiarities of the legal status of Catholic churches, perpetually suspended between Canon law and State law. In this perspective, the research is developed following the various moments that make up the "life cycle" of a hypothetical sacred building, from its construction to its actual use up to its reduction to profane use, thus trying to highlight the interdisciplinary elements emerging from time to time and the reasons of interest offered by them.

KEY WORDS

*Places of worship; Catholic church (sacred building); Designation to public worship; Relegation to profane but not sordid use*

# *La tutela del sistema penale tra identità individuale e cultural defense*

VERA VALENTE

SOMMARIO: 1. *L'attualità del tema: tra globalizzazione e multiculturalismo* – 2. *L'assetto normativo dei sistemi di culture* – 3. *Conflitto normativo improprio e valore della cultural defense nell'ordinamento penale* – 4. *Reati ad elevata offensività ed irrilevanza del motivo culturale. I casi di maltrattamenti e violenze familiari* – 5. *I margini di una valutazione culturale* – 6. *Le altre "nicchie" in cui valorizzare la motivazione culturale* – 7. *Il criterio direttivo*

## *1. Introduzione: tra globalizzazione e multiculturalismo*

La globalizzazione<sup>1</sup> e il multiculturalismo della società contemporanea, in cui ormai «hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse<sup>2</sup>», stanno ponendo all'ordinamento giuridico e, in specie, al diritto penale una sfida inedita.

I recenti flussi migratori hanno posto in discussione la tavola valoriale su cui si fondava l'ordinamento, alle prese con una molteplicità di norme sociali di comportamento. Essi hanno sconfessato, cioè, l'«incanto confortevole dell'assolutezza<sup>3</sup>» di una società «compatta, omogenea ed indifferenziata al

---

<sup>1</sup> Sulle interazioni tra globalizzazione e religione, cfr. PASQUALE LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2002; NICOLA COLAIANNI, *La laicità al tempo della globalizzazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), giugno 2009.

<sup>2</sup> Corte Cost. 18 ottobre 1995, n.440. Il pluralismo religioso sarebbe un *dato storico permanente*, che, tuttavia, «oggi si mostra come una questione nuova, problematica, che interroga il diritto sotto diversi punti di vista, il più stringente dei quali richiama la necessità di trovare regole idonee ad assicurare non solo una coesistenza, ma una convivenza giusta e pacifica» secondo PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di ANTONIO FUCILLO, Giappichelli, Torino, 2008, p. 99.

<sup>3</sup> ROBERTO BARTOLI, *Multiculturalismo: disincanto o disorientamento del diritto?* in *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, CARMELA PIEMONTESE, EMMA VENAFRO, Giappichelli, Torino, 2007, p. 94. Risuonano ormai lontane le parole del Guardasigilli al Codice Rocco, specchio di uno «Stato (...) un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingue, di costumi, di tradizioni storiche, di moralità, di religione», in

suo interno<sup>4</sup>» e reso labili i confini nazionali, che, lungi dal rispecchiare la tradizionale geografia delle confessioni religiose<sup>5</sup>, vengono sostanzialmente rimodellati dal continuo fluire di individui e gruppi provenienti da luoghi e culture profondamente diverse, sì da revocare in dubbio la capacità di ciascuno Stato di essere ancora «*patria etica* per tutti i suoi consociati<sup>6</sup>».

## 2. *L'assetto normativo dei sistemi di culture*

Le rivendicazioni di statuti particolari promananti dall'appartenenza cultural-religiosa rischiano di rendere problematica la convivenza dei consociati all'interno del medesimo contenitore giuspolitico<sup>7</sup>. Per questo, le odierne democrazie costituzionali dovrebbero cercare un nuovo paradigma, diverso sia dalla *laïcité de combat* che dal modello *londonistan*<sup>8</sup>, per realizzare l'universalismo dell'uguaglianza e dei diritti culturali di volta in volta invocati.

Come è noto, essi si compendiano nella formula contenuta nell'art. 27 del Patto di New York sui diritti civili e politici<sup>9</sup>, che per la prima volta sancisce l'obbligo in capo agli Stati nei quali esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche di garantire a ciascun appartenente il diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del gruppo<sup>10</sup>. La norma richiama il diritto a patrimoni cul-

---

*Codice penale. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, in *G.U.*, 26 ottobre 1930, n. 251.

<sup>4</sup> CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Scritti per Federico Stella* a cura di MARIO BERTOLINO, GABRIO FORTI, Jovene, Napoli, 2007, p. 4.

<sup>5</sup> FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in *Religioni e sistemi giuridici*, a cura di FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, CESARE MIRABELLI, VALERIO ONIDA, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 88. Cfr. altresì GIUSEPPE CASUSCELLI, *Stati e religioni in Europa: problemi e prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), giugno 2009, p.1.

<sup>6</sup> FORTUNATO FRENI, *Flussi migratori, religione e diritto nella polis euro-mediterranea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 35/2012, p. 2. Sui «processi di esportazione di regole comportamentali oltre i confini, per così dire, naturali delle «terre della fede»», cfr. GAETANO DAMMACCO, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), dicembre 2007.

<sup>7</sup> SILVIO FERRARI, *Religioni, Diritto e Conflitti sociali*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2007, p. 46 ss.

<sup>8</sup> Per una riflessione sui diversi modelli di laicità, *ex multis*, cfr. NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Il Mulino, Bologna, 2006; FRANCESCO ALICINO, CLAUDIA CIOTOLA, *Laicità in Italia e in Europa. Intersezioni simboliche*, Apes, Roma, 2012.

<sup>9</sup> *Patto internazionale sui diritti civili e politici* adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge del 25 ottobre 1977, n.881.

<sup>10</sup> Perplesso sulla categorializzazione di simili diritti, PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso*,

turali differenziati, in una accezione ampia, in cui le culture integrano le cornici entro le quali si svolge il divenire dell'identità individuale e di gruppo<sup>11</sup>, sistemi, o *ragnatele*<sup>12</sup>, di senso «tramite i quali una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio sviluppo»<sup>13</sup>. La medesima accezione è utilizzata nei successivi atti internazionali, fino alla Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, che ha richiamato la Dichiarazione Universale UNESCO sulla diversità culturale del 2001, a tutela di «un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale, quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita». L'esercizio di tali diritti si estrinseca, dunque, nella possibilità di rivendicare «tradizioni e pratiche comunitarie che si ritengano volta a volta necessarie alla formazione e al mantenimento dell'identità personale<sup>14</sup>».

Sovente, tuttavia, emerge una differenziazione tale da incidere sulle basi valoriali condivise che sorreggono l'ordinamento<sup>15</sup>, in specie nei suoi rapporti con l'Islam, che «evidenzia formazioni sociali dotate di peculiari connotazioni culturali. Dotate cioè di norme e regole di condotta foriere talvolta di antinomie, soprattutto se rapportate ai presupposti di uno stato liberale, laico e costituzionale<sup>16</sup>».

Come si vedrà, la questione si acuisce soprattutto in ambito penale, allorché singoli o gruppi isolati non si limitino solo a chiedere il rispetto della propria fede religiosa o delle proprie usanze, ma avanzino istanze pubbliche di riconoscimento della propria identità culturale<sup>17</sup> o pretendano di riprodurre comportamenti e consuetudini che riflettono un universo inedito e che possono entrare in conflitto con i principi o le regole giuridiche tipiche degli

---

cit., pp. 206-207.

<sup>11</sup> NICOLA COLAIANNI, *Introduzione*, in *Immigrazione e pluralismo cultural religioso. La puglia alla prova della nuova geografia religiosa*, a cura di SIMONA ATTOLLINO, VERA VALENTE, Cacucci, Bari, 2013. Cfr. ID., più di recente, *Diritti, identità, culture*, in *Questione Giustizia*, settembre 2018.

<sup>12</sup> CLIFFORD GEERTZ, *Interpretazione di culture*, Il Mulino, Bologna, 1987, p.51.

<sup>13</sup> Interessante la consonanza con i termini della Dichiarazione di Friburgo del 7 maggio 2007, seppur priva di rilevanza formale, atteso il tenore del preambolo che definisce i diritti culturali come «*espressione ed esigenza della dignità umana*».

<sup>14</sup> JURGEN HABERMAS, *Dalla tolleranza alla democrazia*, in *Micromega*, 2003, n.5, p. 326. Cfr. CIRO GRANDI, *A proposito di reati culturalmente orientati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p.11.

<sup>15</sup> CARLO CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2015, p.193.

<sup>16</sup> FRANCESCO ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, p. 141.

<sup>17</sup> LETIZIA MANCINI, *Società multiculturale e diritto italiano. Alcune riflessioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2000, pp. 73-74.

ordinamenti occidentali<sup>18</sup>.

### 3. *Conflitto normativo improprio e valore della cultural defense nell'ordinamento penale*

La questione del rilievo ascrivibile dal diritto penale alla diversità culturale involge un conflitto improprio<sup>19</sup> tra norme, perché riguarda condotte, tenute in Italia da soggetti appartenenti a culture diverse, che integrano reato incriminato dalla norma penale nel nostro ordinamento, nonostante siano facoltizzate, condivise o, addirittura, talora imposte dalla cultura di provenienza<sup>20</sup>; sicché essi chiedono che il motivo dell'agire sia valutato alla stregua di una tavola valoriale non coincidente con quella del diritto o della cultura di maggioranza<sup>21</sup>.

Occorre chiedersi, pertanto, quale sia il limite entro cui accogliere una tradizione cultural-religiosa, asseritamente richiamata in una molteplicità di fattispecie, integranti, ad esempio, violenze in famiglia, reati a difesa dell'onore, reati di riduzione in schiavitù, reati contro la libertà sessuale o la persona, sino ai più recenti reati di terrorismo, in cui assume precipuo rilievo anche il *background* dell'agente.

Nel valutarli, occorre temperare, da una parte, l'esigenza dell'ordinamento di presidiare il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, l'interesse ad una adeguata tutela della vittima del reato, quello alla sicurezza ed all'ordine pubblico, e, dall'altra, il diritto dell'agente ad una valutazione del movente culturale<sup>22</sup>. Di certo, ignorare le differenze, in ossequio ad un principio di uguaglianza formale di fronte alla legge, comporterebbe il rischio di un'ingiustizia sostanziale<sup>23</sup>. Occorre piuttosto trovare il giusto contempe-

---

<sup>18</sup> GIOVANNI CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali ed interreligiose*, in *Diritto e religioni*, 2015, n. 1, p. 109.

<sup>19</sup> ROBERTO GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Nel diritto, Roma, 2013, p. 711.

<sup>20</sup> Cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Cuem, Milano, 2008; CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Ets, Pisa, 2010; ALESSANDRO BERNARDI, *Il «fattore culturale» nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>21</sup> Del resto, anche il diritto assume una determinata tavola di valori. Cfr. FABIO BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*, cit. p. 132, sulla definizione di *norme contenenti elementi normativi c.d. culturali*, quali ad es., il comune senso del pudore, il pubblico scandalo, la pubblica decenza, il cui significato dipende da una *interpretazione culturalmente mutevole*.

<sup>22</sup> RITA BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), novembre 2008, p. 42.

<sup>23</sup> Tale opzione, secondo MARIO RICCA, «Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell'or-

ramento «tra regole nate in contesti diversi tra loro [...] e la correlata pretesa di riconoscimento di identità che il rispetto delle regole di libertà proclamate dagli ordinamenti civili reclamerebbe come logica conseguenza<sup>24</sup>».

Se nella dottrina americana, dalla lunga tradizione multicultural, è ormai assodato<sup>25</sup> che

*«a cultural defense maintains that persons socialized in a minority or foreign culture, who regularly conduct themselves in accordance with their own culture's norms, should not be held fully accountable for conduct that violates official law, if that conduct conforms to the prescriptions of their own culture<sup>26</sup>»*,

il nostro ordinamento deve misurarsi nella ricerca di tutte le *nicchie* ove possa valorizzare la motivazione culturale della condotta<sup>27</sup> all'interno della teoria del reato.

L'ordinamento italiano, per vero, manca di una legge generale sul multiculturalismo, sulla scia del *Multicultural Act* canadese<sup>28</sup>, così come di uno strumento generale di diritto penale, come *l'eccezione culturale*, coniata dal codice penale peruviano, che ha formalmente introdotto la scriminante dell'«*errore di comprensione culturalmente condizionato*<sup>29</sup>».

L'unica normativa di settore, in effetti, è quella che espressamente criminalizza le mutilazioni genitali, con l'introduzione dell'art. 583 bis c.p. ad opera della legge 2006, n. 7 ed una valutazione decisamente *contra reum* del momento culturale<sup>30</sup>.

---

*dinamento»*. Tre segnava per il diritto interculturale, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 169, «rischia di far confinare l'indifferenza dell'ordinamento italiano per la differenza di cultura con l'ingiustizia».

<sup>24</sup> PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso*, cit., p. 198.

<sup>25</sup> Tutte le concettualizzazioni sul tema risalgono a partire dal *leading case* di Fumiko Kimura ed alla peculiare pratica giapponese dell'*okayo-shinju*.

<sup>26</sup> PAUL J. MAGNARELLA, *Justice in a Culturally Pluralistic Society: the Cultural Defense on Trial*, in *Journal of Ethnic Studies*, n. 19, 1991, p. 67. Cfr. CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, cit., CARLO SORIO, *I reati culturalmente motivati: la cultural defence in alcune sentenze statunitensi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, ([www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), novembre 2008; FABIO BASILE, *Diritto penale e società multiculturali: teoria e prassi della c.d. cultural defence nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, ([www.statoe\\_chiese.it](http://www.statoe_chiese.it)), luglio 2009.

<sup>27</sup> CIRO GRANDI, *A proposito di reati culturalmente orientati*, cit., p. 9.

<sup>28</sup> Cfr. il *Canadian Multiculturalism Act*, R.S.C., 1985, c. 24 (4th Supp.) «*an Act for the preservation and enhancement of multiculturalism in Canada*» del 1988.

<sup>29</sup> Cfr. l'art. 15 del codice penale peruviano, introdotto nel 1991, a norma del quale «colui che per la sua cultura o tradizioni commette un fatto punibile senza capire il carattere delittuoso del proprio comportamento o determinarsi conformemente a tale comprensione, sarà esente da responsabilità. Quando per la stessa ragione, tale possibilità sia diminuita, si attenerà la pena».

<sup>30</sup> PIERLUIGI CONSORTI, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regola-*

Eppure, esso permea in modo trasversale una molteplicità d'istituti penalistici, quali la tipicità, l'antigiuridicità, la colpevolezza, oltre che personalizzazione e commisurazione della pena. In questo, le istanze multiculturali possono essere valorizzate soprattutto attraverso gli spazi di discrezionalità concessi al giudice in sede di valutazione della fattispecie concreta<sup>31</sup>.

Una prima opzione, in astratto, potrebbe consistere nel riconoscere un rilievo *scriminante* al diritto contemplato dalla cultura di provenienza ed applicare la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, la c.d. *esimente culturale*, attraverso cui valorizzare la consuetudine propria della cultura di provenienza del soggetto agente. Tuttavia, la giurisprudenza ha disatteso questa tesi, evidenziando come, ai sensi dell'art 8 Disposizioni Preliminari c.c., la consuetudine, quale sarebbe quella in uso in determinate comunità culturalmente differenti, può avere rilievo esimente soltanto quando sia richiamata dalla legge, e non anche quando sia *praeter legem* o addirittura *contra legem*, come nel caso in cui facoltizzi una condotta che l'ordinamento nazionale *esplicitamente* prevede come reato<sup>32</sup>.

Ulteriori possibilità di valutazioni *pro reo* potrebbero riguardare la *ignoranza inevitabile della legge penale* o, ancora, il coefficiente psicologico del reato, nel senso che il conflitto di norme, in specie quella incriminatrice nazionale e quella culturale, non consentirebbe al soggetto di avere consapevolezza dell'effettivo disvalore sociale o penale della condotta ed escluderebbe il dolo del reato, sicché egli dovrebbe essere assolto, non per difetto di tipicità, ma per *difetto dell'elemento soggettivo*.

In realtà, sia il legislatore che l'interprete sono molto più disposti a valorizzare il movente culturale qualora si tratti di comportamenti connotati da un modesto contenuto offensivo.

#### 4. *Reati ad elevata offensività ed irrilevanza del motivo culturale. I casi di maltrattamenti e violenze familiari*

Alla luce del criterio ermeneutico, costituzionalmente e convenzionalmente orientato, della «centralità della persona umana, quale principio unificatore

---

*menti condominiali nella società multiculturali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), ottobre 2009.

<sup>31</sup> ELISA OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), maggio 2011.

<sup>32</sup> Cfr. Corte cass., novembre 2012, n. 37638, su ipotesi di accattonaggio ai minori ad opera di appartenenti all'etnia rom.

in grado di armonizzare le differenti culture coesistenti nella nostra società», infatti, «qualora vengano in rilievo i c.d. delitti naturali, lesivi dei diritti fondamentali della persona», la giurisprudenza tende a negare una rilevanza scriminante alle motivazioni di carattere culturale o religioso<sup>33</sup>.

In tema di maltrattamenti in famiglia, ad esempio, la Cassazione ha esplicitamente escluso si possa prendere in considerazione un *diverso* concetto delle potestà maritali, sancendo che «non assumono rilievo rivendicazioni, asseritamente rinvenienti dall'appartenenza confessionale, di particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme alla base dell'ordinamento giuridico italiano, considerato che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia, nonché il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale costituiscono sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili<sup>34</sup>».

Lo sbarramento verticale insito nell'elevato grado di offensività della condotta, peraltro, non è temperato neanche dal fatto che la norma culturale possa trovare riscontro in una corrispondente norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del paese di provenienza del soggetto agente.

Sempre in tema di maltrattamenti in famiglia e violenze intraconiugali, la giurisprudenza di legittimità, infatti, è ferma nel negare qualsivoglia rilievo esimente al preteso esercizio di un diritto correlato a facoltà riconosciute dallo Stato di provenienza<sup>35</sup>. In questo senso, ad esempio, è pervenuta a plurime condanne nei confronti di cittadini di origini marocchine, che, nell'ambito di matrimoni combinati, avessero preteso rapporti sessuali dalle mogli dissenzienti, costringendole con la forza. In tutte le fattispecie esaminate, la Corte ha ritenuto palesemente irrilevante che il diritto marocchino, da cui pure civilisticamente sono disciplinati tali matrimoni, non preveda come reato la violenza sessuale intraconiugale, poiché deve trovare applicazione la legge italiana, trattandosi di condotte tenute in Italia.

Per vero, come nel caso delle mutilazioni rituali, occorre precisare che talvolta le condotte che si pretende di tenere esprimono un retaggio meramente

---

<sup>33</sup> Ricostruisce l'orientamento sostanzialmente omogeneo, dinanzi all'eterogeneità delle fattispecie criminose riconducibili alla categoria dei reati culturalmente orientati, DEBORA TRIPICCIÓN, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza penale della CORTE DI CASSAZIONE*, in CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Rassegna della giurisprudenza di legittimità, Anno 2018*, pp. 181 ss.

<sup>34</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 5 novembre 2002, n. 55.

<sup>35</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 29 gennaio 2015, n. 14960.

etnico culturale<sup>36</sup>.

Anche l'ordinamento marocchino, infatti, riconosce espressamente un'assoluta pari dignità ed eguaglianza ontologica tra uomo e donna; eppure i contenuti giuridici si confondono con quelli teologici e consuetudinari e, quindi, con questioni di ordine culturale, sociale, economico e politico, tanto che gli esiti del IV rapporto Unpd sul "nuovo ruolo delle donne nel mondo arabo" rendono un mondo proteiforme, articolato e complesso<sup>37</sup>. Del resto, lo stesso diritto musulmano classico è un «sistema giuridico plurale», caratterizzato cioè dalla pluralità delle fonti, dalla rilevanza degli usi preesistenti e da una molteplicità di interpretazioni dottrinali<sup>38</sup>.

Ad esempio, la Costituzione marocchina sancisce, in linea di principio, l'uguaglianza e la non discriminazione tra uomini e donne, in particolare per quanto riguarda i diritti civili e politici, in adesione alle Convenzioni internazionali sottoscritte dal Marocco, tra le quali la *Convenzione di Copenaghen del 1979*<sup>39</sup>. Per converso, nella regolazione dello statuto personale all'interno del nucleo familiare, la *Moudawana Al Usra*, approvata nel 1957 e rimasta in vigore senza modificazioni di rilievo fino al 2004, aveva continuato a prevedere una condizione di subordinazione della donna, considerata in perpetuo *minorenne ed inferiore* rispetto all'uomo, che poteva esercitare su di lei un'autorità quasi assoluta, in tutte le fasi della sua vita. Solo con la sua riforma e l'entrata in vigore del nuovo Codice nel 2004, adottato sulla scorta degli impegni internazionali e del processo di modernizzazione della zona del Maghreb, viene rimosso l'obbligo per la moglie di obbedire al marito, viene innalzata l'età per la celebrazione del matrimonio e prevista la possibilità per la donna di concludere un contratto di matrimonio anche senza il consenso del tutore (*wali*), ma, ciononostante permangono molteplici questioni irrisolte<sup>40</sup>. Tra tali

---

<sup>36</sup> Su altro fronte, medesime le considerazioni di NICOLA COLAIANNI, in *Diritto pubblico delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2012, per quanto riguarda le mutilazioni genitali femminili, pratica tradizionale diffusa, anche ove il diritto ufficiale confligga con quello consuetudinario.

<sup>37</sup> Cfr. GAETANO DAMMACCO, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), dicembre 2007.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Cfr. la *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*, ratificata dal Marocco e pubblicata sul *Bulletin Officiel* nel 2001. La ratifica è avvenuta, per vero, con talune riserve riguardo l'art. 16 della Convenzione, che sancisce l'uguaglianza di diritti e doveri dei coniugi, in specie «lo stesso diritto di contrarre matrimonio e lo stesso diritto di scegliere liberamente il coniuge e di contrarre matrimonio soltanto con un libero e pieno consenso».

<sup>40</sup> Per quanto progressista e innovatore, il nuovo Codice di Famiglia resta di ispirazione *shariatica* e rientra nel quadro della normatività islamica e del rito *malekita*. Sulla «tendenza a disporre sul medesimo piano giuridico la coscienza personale, l'appartenenza religiosa, la manifestazione pubblica della fede, l'orientamento sessuale, le tradizioni religiose e le leggi dello Stato[...]elementi ordinariamente (con)fusi in nome dell'irrinunciabile identità islamica del Regno marocchino», cfr.

antonimie, il divieto in capo alla donna musulmana di sposare un uomo di un'altra religione e la grande incidenza di matrimoni combinati o forzati<sup>41</sup> che, in moltissimi casi, finiscono per coinvolgere comunque una minore, attraverso il ricorso all'autorizzazione di un giudice marocchino, che, tuttavia, spesso integra l'unico strumento per evitare il compimento della medesima unione con la *Fatiha*, la cui celebrazione prevede la sola recitazione della prima *Sura* del Corano, senza alcuna registrazione notarile del contratto matrimoniale e, dunque, senza alcuna tutela legale della parte debole del rapporto<sup>42</sup>.

L'ordinamento italiano, invece, conferma una assoluta intransigenza nella tutela dei diritti inviolabili della persona. Il 9 agosto 2019 è entrata in vigore la legge n. 69<sup>43</sup> che detta espressamente una serie di misure per il contrasto del fenomeno dei matrimoni precoci e forzati. In particolare, ha introdotto nel codice penale il delitto di costrizione al matrimonio o all'unione civile, così incriminando chiunque con violenza o minaccia ovvero sfruttando una situazione di vulnerabilità, costringe altri a contrarre un matrimonio, anche in un Paese estero. La fattispecie è dunque posta a tutela dell'oggettività giuridica della libertà personale del soggetto passivo, intesa quale diritto inviolabile a non essere posti in una situazione di soggezione ad un potere alieno, in linea con l'interpretazione della Corte penale internazionale, che vi ravvede «atti inumani diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica e mentale» della vittima ed in ossequio a tutte le risoluzioni europee, che, ad esempio sanciscono che i diritti delle donne «non possono essere limitati con il pretesto di interpretazioni religiose,

---

FRANCESCO ALICINO, *La libertà religiosa nella nuova costituzione del Marocco*, in *AIC, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4, 2013, p. 5; HOURIA ALAMI M'CHICHI, *Culture politique dominante e question de genre*, in *Femmes e champ politique*. Atti del convegno internazionale organizzato dall'associazione Féminin Pluriel, Rabat, 13-14/6/2002, secondo cui «la definizione di cittadinanza in Marocco deve essere compresa attraverso questa realtà che fa dell'Islam il punto di ancoraggio essenziale della cultura politica dominante e della modernità una scelta politica contemporanea».

<sup>41</sup> Cfr. i dati del Ministero della Giustizia pubblicati ed il rapporto UNICEF, *Every Last Girl: Free to live, free to learn, free from harm*.

<sup>42</sup> Cfr., similmente all'Algeria, ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le strutture familiari nel Maghreb, tra diritto religioso e diritto civile*, in *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, a cura di FRANCESCO ALICINO, FEDERICA BOTTI, Giappichelli, Torino, 2012, secondo cui «tutte le disposizioni di maggior favore per la donna rispetto alle regole tradizionali sono applicabili solo ai matrimoni la cui esistenza può essere debitamente provata»; M. LOUKILI, *La nuova Moudwana marocchina: una riforma nella continuità*, in AA.VV., *Persone Famiglia Diritti riforme legislative nell'africa mediterranea*, a cura di ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 37 ss.; ELISA OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2007, p. 72 ss.

<sup>43</sup> Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza e di genere

di tradizioni culturali, di costumi o di legislazioni<sup>44</sup>», sino alla più recente *Convenzione di Istanbul*<sup>45</sup> che esplicitamente riconosce la violenza sulle donne quale violazione dei diritti umani.

In particolare, il disegno di legge<sup>46</sup> faceva esplicito riferimento, nella descrizione delle modalità della condotta, al far «leva su precetti religiosi», sembrando sottintendere la natura di *reato culturale* del delitto in questione ed altresì escludere *iuris et de iure* ogni efficacia scriminante del consenso del nubendo, nella considerazione che l'intensa pressione sociale e l'influenza del gruppo culturale di appartenenza rendano difficilmente spiegabile un consenso effettivamente libero.

In ogni caso, come detto, in tali fattispecie la giurisprudenza nazionale ha precorso i tempi del Legislatore e si è già attestata nel ritenere irrilevanti le giustificazioni addotte in nome di presunte diversità culturali nel rapporto coniugale, che porterebbero al sovvertimento del principio dell'obbligatorietà della legge penale e all'affievolimento della tutela di un diritto assoluto e inviolabile dell'uomo<sup>47</sup>.

Parimenti, ha, inoltre, escluso qualsiasi incidenza scriminante del credo religioso sul reato di maltrattamenti in famiglia. Ad avviso della Corte, infatti, non sussiste alcun nesso indissolubile tra il reato di maltrattamenti in famiglia e la fede islamica dei coniugi che, tra l'altro, «ove pure non sancisca la parità dei sessi nel rapporto coniugale, non autorizza i maltrattamenti da parte del marito e, anzi, pone a fondamento della sua autorevolezza proprio il dovere di astenersene<sup>48</sup>».

---

<sup>44</sup> Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo su donne e fondamentalismo* del 13 marzo 2002 o, ancora, la *Raccomandazione n. 1450 del 2000 del Consiglio d'Europa* in materia di protezione della donna in base alla quale «i matrimoni forzati sono esplicitamente annoverati tra le pratiche religiose o tradizionali incompatibili con i diritti e le libertà fondamentali della donna, che gli Stati membri sono sollecitati a prevenire e reprimere».

<sup>45</sup> Cfr. la Legge 27 giugno 2013, n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011*.

<sup>46</sup> Cfr. il *Pre-trial Brief, The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, presentato alla Corte penale internazionale il 16 settembre 2018.

<sup>47</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, 14 aprile 2016, n. 35482 o, ancora, CORTE DI CASSAZIONE, 5 giugno 2015, n. 37364. Del resto, già CASSAZIONE PENALE, 7 dicembre 1993 n. 3114 aveva palesato il rischio di «conseguenze aberranti della «generalizzazione» del principio dell'ignoranza scusabile della legge del paese ospitante, invocata in base alla diversità della tutela penale rispetto al paese d'origine» nel caso di un uomo marocchino congiuntosi carnalmente minore affidatagli dalla madre e che aveva sostenuto la scusabilità dell'ignoranza in quanto la condotta punita era considerata, viceversa, lecita in Marocco.

<sup>48</sup> DEBORA TRIPPICIONE, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza penale della CORTE DI CASSAZIONE*, cit. Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, 26 marzo 2009, n. 245185, secondo cui «le convinzioni religiose dei mariti sono ininfluenti quando si tratta di valutare i loro comportamenti».

## *5. I margini di una valutazione culturale*

Nell'esigenza di armonizzare le diverse istanze culturali al fine di garantirne la pacifica coesistenza, dunque, il principio di uguaglianza dinanzi alla legge e pari dignità sociale riconosciuto dall'art. 3 della Costituzione assurge a strumento, costituzionalmente orientato, per il concreto mantenimento di una società civile e multi-etnica, in grado di fondare l'obbligo giuridico, in capo a chiunque vi si inserisca, di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano.

Ciò «esclude che possa riconoscersi la buona fede di chi, consapevole di essersi trasferito in un paese ed in una società in cui convivono culture e costumi differenti dai propri, presume di avere il diritto, non riconosciuto da alcuna norma del diritto internazionale, di proseguire in condotte che, seppure ritenute lecite secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza e, comunque, accettabili secondo la propria formazione culturale, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere<sup>49</sup>».

Tali considerazioni sono state suffragate dalla più recente giurisprudenza di legittimità<sup>50</sup> che, proprio in considerazione del riconoscimento di una «categoria di reati culturalmente orientati», ribadisce la necessità di un approccio esegetico che abbia in considerazione il mutamento del costume e sentire sociale in continuo divenire.

A questo fine, la pronuncia in esame traccia dei criteri ermeneutici per la valutazione dell'incidenza della matrice culturale sulla consapevolezza dell'agente, sicché sarà necessario apprezzare la natura della norma culturale in adesione alla quale è stato commesso il reato, se di matrice religiosa o giuridica (come accadrebbe se la norma culturale trovasse un riscontro anche in una corrispondente norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'immigrato), del carattere vincolante della norma medesima (se rispettata in modo omogeneo da tutti i membri del gruppo culturale o, piuttosto, desueta e poco diffusa anche in quel contesto), il grado di inserimento dell'immigrato nella cultura e nel tessuto sociale del Paese d'arrivo ovvero il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> DEBORA TRIPICCIÓN, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza penale della CORTE DI CASSAZIONE*, cit. In tal modo, si bilancia l'esigenza di tutelare i beni giuridici presidiati dall'ordinamento con «l'interesse degli stranieri a non essere *ex abrupto* sottomessi a delle consuetudini ad essi ignote fino al momento dell'ingresso nello Stato». Cfr. FRANCESCO CARINGELLA, FRANCESCA DELLA VALLE, MICHELE DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, Dike, Roma, 2013, p. 607.

<sup>50</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 2 luglio 2018, n. 29613.

<sup>51</sup> FABIO BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in

## 6. Le altre “nicchie” in cui valorizzare la motivazione culturale

Ove siffatto test culturale fallisca, ribadita l'impossibilità per il sistema penale di abdicare alla punizione di fatti che ledano o mettano in pericolo beni di preminente rilevanza, fermo il disvalore e l'illiceità oggettiva della condotta criminosa commessa, il giudice non può neanche prescindere *sic et simpliciter*, nel suo scrutinio, dalle ragioni soggettive dell'agire in termini di «riferimenti culturali, nazionali e religiosi<sup>52</sup>».

Innanzitutto, pertanto, è possibile riconoscere rilievo penale alla diversità culturale ai fini della *personalizzazione della pena*, in sede, solo ed esclusivamente, di commisurazione in concreto, in applicazione degli indici di cui all'art. 133 c.p., «come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale<sup>53</sup>».

Ancora, la giurisprudenza ha apprezzato il contesto socio-culturale di appartenenza del reo, in sede di *esclusione della circostanza aggravante dei futili motivi*, nel caso di un padre che aveva cercato di uccidere la figlia, perché aveva disonorato l'intera famiglia e violato i precetti dell'Islam, perché, non solo aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e da minore, ma aveva avuto tali rapporti con un giovane di fede religiosa diversa. Atteso che detta aggravante è pacificamente ritenuta sussistente quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante l'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale<sup>54</sup>, la Cassazione conclude che, per quanto i motivi che hanno mosso l'imputato non siano assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, nondimeno gli stessi non possono essere definiti futili, né lievi né banali<sup>55</sup>.

---

*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 30/2018, secondo cui la sentenza fornisce «talune «coordinate generali» per affrontare i vari casi di reati culturalmente motivati»; BALDASSARRE PASTORE, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Ragion pratica*, n. 1, 2013, p. 97 ss.

<sup>52</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 18 febbraio 2010, n.6587.

<sup>53</sup> Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, 24 giugno 1992, n. 299 in *Giurisprudenza costituzionale*, XXXVII, 1992, pp. 2262-2263.

<sup>54</sup> Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, 5 novembre 2010, n. 39261.

<sup>55</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 18 dicembre 2013, n. 51059. Cfr. FABIO BASILE, *Divergenze teoriche e difficoltà pratiche in sede di applicazione dell'aggravante dei «futili motivi»*, in particolare in caso di reati c.d. culturalmente motivati, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica

Siffatte considerazioni evidenziano come le diversità culturali e religiose mettono in crisi «tutte le categorie di funzione della pena tradizionalmente intesa<sup>56</sup>» ed imporrebbero un approccio diverso da quello esclusivamente repressivo.

Quest'esigenza s'è palesata, ancora più di recente, a fronte dell'emergenza terroristica<sup>57</sup> che, da un lato, ha posto la questione del contemperamento tra istanze di sicurezza e tutela dei diritti di libertà, in specie di libertà religiosa e, dall'altro, necessita di soluzioni più efficaci<sup>58</sup> di quelle meramente sanzionatorie. In tema di reati con finalità di terrorismo<sup>59</sup>, dunque, pur rimarcando l'esigenza di «evitare torsioni del precetto penale, tenendo sempre presente che, pur configurandosi il delitto con natura di pericolo presunto, l'anticipazione della soglia di punibilità non può sfuggire alla valutazione di offensività in concreto, pur sempre demandata al giudice per tali tipologie di reato», la giurisprudenza ha ribadito che la «costituzione di un sodalizio criminoso avente le caratteristiche di cui all'art. 270-bis cod. pen. non può dirsi esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato per lo più attorno a nuclei culturali che si rifanno all'integralismo religioso islamico perché, al contrario, i rapporti ideologico-religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si propone il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso, potendo esso costituire un collante più forte di molti altri vincoli tra sodali<sup>60</sup>».

Ciò posto, nella consapevolezza dell'inefficacia di una risposta meramente repressiva e sanzionatoria, la giurisprudenza ha confermato che la matrice cultural religiosa della radicalizzazione, che può estrinsecarsi in attività di proselitismo o nell'adesione ad una peculiare visione positiva del combatti-

---

([www.statoechiase.it](http://www.statoechiase.it)), n. 19/2014; GERMANA CAROBENE, *Il diritto di onore e l'aggravante dei «futili motivi» culturalmente (e religiosamente) motivata*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiase.it](http://www.statoechiase.it)), n. 29/2014; che evidenzia, per vero, come nel nostro ordinamento solo la legge 1981, n. 442 ha abrogato la rilevanza penale della «causa d'onore», laddove il previgente art. 587 c.p. prevedeva la riduzione di pena per chiunque avesse ucciso moglie, figlia o sorella per difendere l'onore suo e della famiglia; LUCIANO MIAZZI, *Violenza familiare fra causa d'onore e motivo futile*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2006, pp. 67-68.

<sup>56</sup> ALESSANDRO BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 530.

<sup>57</sup> Cfr., *ex multis*, FRANCESCO ALCINO, *Le emergenze del terrorismo islamista e le necessità dello stato laico costituzionale di diritto*, in *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, a cura di ROBERTO MARTINO, FRANCESCO ALCINO, ANTONIO BARONE, Giuffrè, Milano, 2017.

<sup>58</sup> PIERLUIGI CONSORTI, *La libertà religiosa del terzo millennio: tra crisi di sicurezza e paura*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di FRANCESCO DAL CANTO, PIERLUIGI CONSORTI, SAULLE PANIZZA, Pisa University Press, Pisa, 2006, p. 159.

<sup>59</sup> Per vero, CRISTINA DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p.62 ss., esclude tale categoria di reati dal novero dei reati culturalmente motivati.

<sup>60</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 21 dicembre 2004, n. 669.

mento per l'affermazione dell'islamismo, «può costituire senza dubbio una precondizione, quale base ideologica, per la costituzione di un'associazione effettivamente funzionale al compimento di atti terroristici, ma non integra gli estremi perché tale risultato possa dirsi conseguito»; sicché l'ha valutata, piuttosto, come un «presupposto di pericolosità dei soggetti interessati, ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione<sup>61</sup>» e, valorizzando la clausola di cui all'art. 8, comma 5 del D.Lgs 159/2011, ha previsto un innovativo strumento di prevenzione positiva<sup>62</sup>, rispettoso del principio di laicità dello Stato, al fine del reinserimento sociale del proposto, mediante un percorso finalizzato alla sua de-radicalizzazione.

### 7. Il criterio direttivo

L'auspicio, pertanto, involge uno strumento elastico, scevro dalla «preoccupazione di dover ridiscutere i “nostri” principi e valori identitari<sup>63</sup>, il quale, senza esacerbare le differenze, sia in grado di bilanciare rispetto del bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice e tutela dei diritti cultural-religiosi, tenendo in debita considerazione l'intero complesso di interessi, valori e principi che appaiono nella loro singolare irriducibilità. L'operatore del diritto dovrebbe cioè valorizzare le equivalenze di significato in chiave interculturale<sup>64</sup>, coniugando uguaglianza e diversità, senza rinnegare i proteiformi orizzonti di senso che sono le culture e le religioni<sup>65</sup>.

In quest'ottica, anche ai più recenti conflitti tra diritti culturali, è applicabile il principio di laicità, già valido strumento di soluzione dei conflitti multireligiosi nello spazio pubblico, e capace di fungere da «criterio direttivo delle politiche di riconoscimento delle differenze in un quadro di eguaglianza dei diritti nel mutato scenario della società multiculturale<sup>66</sup>». Soltanto attra-

---

<sup>61</sup> CORTE DI CASSAZIONE, 14 luglio 2016, n. 48001.

<sup>62</sup> Cfr. il provvedimento del Tribunale di Bari, sez. Misure di Prevenzione, n. 71/2017.

<sup>63</sup> PIERLUIGI CONSORTI, *Pluralismo religioso*, cit., p. 281.

<sup>64</sup> MARIO RICCA, *Oltre Babele, Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008.

<sup>65</sup> MARIA ROSARIA PICCINNI, *Profili di tutela della libertà religiosa nelle Costituzioni dei Paesi della riva sud del Mediterraneo e nelle Dichiarazioni arabo-islamiche sui Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), maggio 2007, p. 9.

<sup>66</sup> NICOLA COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, cit. p. 43. Parla di *metodo* per la *governance* della società multiculturale GAETANO DAMMACCO, *Multiculturalismo e mutamento delle relazioni*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 99; FORTUNATO FRENI, *Flussi migratori*, cit., pp. 52-53. Cfr., *ex multis*, *Laicità e diritto*, a cura di STEFANO CANESTRARI, Bononia University Press, Bologna, 2007; *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di STEFANO CANESTRARI e LUIGI STORTONI, Bononia University Press, Bologna, 2009; FRANCESCO C. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e de-*

verso la lente della laicità, in ossequio al regime di pluralismo confessionale e culturale<sup>67</sup>, il diritto può riconoscere ed integrare espressioni culturali diverse, che, altrimenti, sarebbero emarginate da una secolarizzazione e da una separazione radicale<sup>68</sup> e garantire l'equo contemperamento tra l'individualità della coscienza (religiosa) e l'universalità della convivenza<sup>69</sup>.

Ancora una volta, pertanto,

*«la laicità [...] offre le coordinate per un corretto metodo di indagine razionale, quale canone di ermeneutica: l'interpretazione giuridica corretta – costituzionalmente orientata – sarà sempre quella “laica”, ossia capace di garantire il pluralismo, di contemperare e di implementare in massimo grado il maggior numero di interessi e valori pur in conflitto»<sup>70</sup>.*

---

*mocrazia «sostanziale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 437-453; VITO MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2005, p. 651; CARLO E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del «secolo delle paure»*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, pp. 1154-1191, secondo cui la laicità intererebbe il «principio dell'ordinamento con funzione di meta-Grundnorm pre-normativa che orienta e legittima, dall'esterno, il sistema penale e le sue regole».

<sup>67</sup> CORTE COSTITUZIONALE, 5 maggio 1995, n. 149.

<sup>68</sup> RÉNE RÉMOND, *La secolarizzazione, Religione e società nell'Europa contemporanea*, Laterza, Bari-Roma, 1999.

<sup>69</sup> FRANCESCO ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Cedam, Padova, 2011.

<sup>70</sup> STEFANO CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 31.

#### RIASSUNTO

L'articolo esamina il rapporto tra multiculturalismo e diritto, in specie i casi che involgono un conflitto normativo improprio, attesa la possibilità che l'agente commetta un fatto previsto come reato dalla norma, nonostante sia consentito o addirittura imposto dalle leggi. Nella ricerca di un criterio di valutazione volto a riconoscere una tradizione cultural-religiosa, il contributo evidenzia molteplici condotte in cui assume precipuo rilievo il *background* cultural-religioso dell'agente e che possono integrare, a seconda dei casi, reati di riduzione in schiavitù, contro la libertà sessuale o la persona, violenze in famiglia – ipotesi in cui si richiamano diverse pronunce che, approfondendo il caso del diritto di famiglia marocchino, negano qualsivoglia rilievo esimente al preteso esercizio di un diritto correlato a facoltà riconosciute dallo Stato di provenienza – o, ancora, fattispecie sintomatiche della partecipazione ad una cellula terroristica.

#### PAROLE CHIAVE

*Identità culturale; reati; cultural defense*

#### ABSTRACT

The article examines the relationship between multiculturalism and law. In particular, she focuses the attention on the case laws involving an improper regulatory conflict, which takes into account the fact that a person may commit an act that is envisaged as a crime by the law, while it is allowed or even imposed by rules of his/her culture of origin. In the search for an evaluation criterion capable of legally recognizing cultural-religious traditions, the Author highlights multiple behaviors in which the cultural-religious background assumes great importance and which can integrate, as the case may be, crimes of enslavement, against sexual freedom of persons, violence in the family (hypotheses in which various judicial pronouncements are invoked that, considering the case of the Moroccan family law, deny any exemption from the alleged exercise of a right related to faculties recognized by the State of origin) or, again, case law related to the participation in a terrorist cell.

#### KEY WORDS

*Cultural identity; offenses; cultural defence*

# *I novant'anni del codice di procedura penale dello Stato vaticano*

ALESSANDRO DIDI

*SOMMARIO: – 1. Rilievi introduttivi – 2. Valori fondamentali ed esigenze di legittimazione dell'ordinamento vaticano – 3. (segue). Il valore ideologico dei sistemi processuali penali – 4. L'ordinamento giudiziario – 5. I modelli processuali – 6. I casi di trasformazione dell'istruzione sommaria in formale – 7. La limitazione della libertà personale – 8. (segue). Il mandato di cattura – 9. Il dibattimento – 10. (segue). Le letture – 11. Il giudizio contumaciale – 12. Conclusioni*

## *1. Rilievi introduttivi*

Quando nel 1929, con la sottoscrizione dei Patti lateranensi venne costituito lo Stato della Città del Vaticano, si pose l'esigenza di dare alla nuova realtà istituzionale un assetto giuridico, e dunque di “provvedere immediatamente a dotare la stessa di leggi adeguate, non potendosi attendere i tempi, necessariamente non brevi, di intervento del legislatore del nuovo Stato”; si ritenne allora di risolvere il problema «attraverso la recezione dei codici allora vigenti in Italia»<sup>1</sup>.

A tale scopo, la legge 7 giugno 1929 n. II sulle fonti del diritto, dopo aver statuito che le fonti principali del diritto oggettivo dello Stato erano costituite, oltre che dal *Codex iuris canonici* e dalle Costituzioni apostoliche, dalle leggi emanate per la Città del Vaticano dal Sommo Pontefice o dalle altre autorità da lui delegate (art.1), prevedeva che nelle materie sulle quali non avessero provveduto tali fonti, si sarebbero osservate, in via suppletiva, e fino a quando non si fosse disposto altrimenti con leggi del Vaticano, le leggi emanate dal Regno d'Italia (art.3), purchè non contrarie ai precetti di diritto divino né ai principi generali di diritto canonico ed alle norme del Trattato e del Concordato.

Per effetto di questo rinvio, dunque, tutto l'ordinamento giuridico vigente

---

<sup>1</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *Introduzione*, in GIUSEPPE DALLA TORRE, GERALDINA BONI (a cura di), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 1.

nel Regno al 7 giugno 1929 entrò in vigore nello Stato della Città del Vaticano<sup>2</sup> e, per questo tramite, trovarono automatica applicazione, tra l'altro, il codice civile del 1865, il codice di procedura civile sempre del 1865 (limitatamente ad alcuni procedimenti), il codice di commercio del 1882, il codice penale del 1889 (c.d. codice Zanardelli) ed il codice di procedura penale del 1913, (c.d. codice Finocchiaro Aprile), con le relative disposizioni di attuazione e con le leggi che li avessero modificati o integrati e relativi regolamenti.

Questo originale fenomeno di importazione legislativa nei vari settori del diritto ha, nel tempo, subito differenti vicende; mentre infatti verso la metà del secolo scorso, l'ordinamento vaticano ha introdotto un proprio codice di procedura civile (1946) e successivamente (nel 2008, con la nuova legge n. LXXI sulle fonti del diritto) ha recepito il codice civile italiano del 1942, la materia penale, dal 1929 – e quindi *ab origine* – ha continuato ad essere disciplinata dai codici postunitari del Regno d'Italia, nonostante l'ordinamento italiano che li aveva concepiti li avesse abbandonati proprio a pochi anni dal loro recepimento da parte del Vaticano.

Dunque, la materia penale, per solito più permeabile al trascorrere del tempo ed al mutare delle condizioni sociali e del costume, ha mantenuto un'insperata ultrattività che si protrae da oltre novant'anni, e sembra anzi essersi bene adattata alla Città-Stato più piccola del mondo.

E ciò appare ancor più singolare se si considera che il Vaticano ha una forma di governo, un sistema politico e, soprattutto, un apparato amministrativo, un'economia monopolistica assai distanti da quella impostazione liberista che, negli ultimi anni del periodo giolittiano, aveva caratterizzato il Regno d'Italia, e di cui il Codice Zanardelli era espressione nell'ambito penale.

A circoscrivere questa singolarità va tuttavia osservato che i codici pre-repubblicani "importati" nello Stato vaticano hanno comunque costituito solo la iniziale base normativa, sulla quale hanno significativamente inciso varie stagioni riformistiche.

Molteplici interventi, soprattutto a partire dal periodo postconciliare, sono stati effettuati a livello normativo, sia per meglio adattare istituti concepiti per un'amministrazione della giustizia destinata a trattare varie tipologie di reati che raramente si presentano nello Stato del Vaticano (così, ad esempio, si spiega, nel settore processuale, la soppressione del procedimento dinanzi alla Corte di Assise che, come si vedrà, ha avuto non poche ricadute sul sistema processuale), sia per adeguare il sistema interno alle spinte derivanti dai fenomeni di globalizzazione ai quali, anche la Città del Vaticano, per effetto della

---

<sup>2</sup> FEDERICO CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, 1932 (rist. 2005), p. 210.

sua adesione a numerose Convenzioni internazionali, non è rimasta estranea.

Sarebbe dunque un errore pensare che, a distanza di novant'anni dal richiamato fenomeno di recepimento, lo Stato della Città del Vaticano sia ancora governato dalla originaria legislazione derivata dal Regno d'Italia.

Basti pensare che, sul piano del diritto sostanziale, la Città del Vaticano ha non solo progressivamente abolito la pena di morte<sup>3</sup>, ma nel corso degli ultimi dieci anni ha abolito l'ergastolo<sup>4</sup>, ed ha recepito una serie di strumenti giuridici atti a prevenire e reprimere le nuove forme di criminalità transnazionali attraverso l'introduzione di nuove figure di reato. Così il Vaticano, tanto per rimanere sul piano dell'esemplificazione, ben prima di quanto abbia fatto l'Italia ha introdotto nel suo sistema il delitto di autoriciclaggio attraverso, tra l'altro, una previsione per molti aspetti assai avveniristica.

In materia processuale, vanno ricordate la legge 21 giugno 1969, n. L, che ha sottoposto a revisione molteplici istituti sia del diritto sostanziale che di quello processuale e la legge 11 luglio 2013, n. IX che, tra l'altro, come si dirà, ha introdotto alcuni principi che, nell'ispirarsi al giusto processo, hanno avvicinato l'ordinamento processuale vaticano ai sistemi processuali più moderni<sup>5</sup>.

## *2. Valori fondamentali ed esigenze di ulteriori mutamenti dell'ordinamento vaticano*

Un dato che emerge immediatamente da un'analisi diacronica dell'evoluzione legislativa dello Stato è che, sul piano generale, le istanze riformistiche non hanno operato in modo uniforme nei due ambiti del diritto penale: mentre sul piano sostanziale, sono molteplici gli interventi per rendere il sistema re-

---

<sup>3</sup> L'art. 4 della Legge fondamentale della Città del Vaticano 7 giugno 1929, n. II (abrogata dalla Legge 1° ottobre 2008, n. LXXI) prevedeva che «la pena comminata contro chi nel territorio della Città del Vaticano commette un fatto contro la vita, la integrità o la libertà personale del Sommo Pontefice è quella indicata nell'art. 1 della legge del Regno d'Italia 25 novembre 1926, n. 2008». In base a tale richiamo «chiunque commette un fatto contro la vita, l'integrità o la libertà personale del re o del reggente è punito con la pena di morte. La stessa pena si applica, se il fatto sia diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale della regina, del principe ereditario o del capo del governo» (art. 1) e «sono ugualmente puniti con la pena di morte i delitti preveduti dagli articoli 104, 107, 108, 120 e 252 del codice penale» (art. 2). Prima dell'abrogazione della Legge n. II del 1929, l'art. 44 della 21 giugno 1969, n. L aveva abrogato l'art. 4. Sull'argomento, MARIO PISANI, *'Giusto processo' e 'presunzione d'innocenza' nella recente legislazione vaticana*, in *Criminalia*, 2013, pp. 612-613.

<sup>4</sup> La pena dell'ergastolo è stata sostituita con la pena della reclusione da trenta a trentacinque anni dall'art. 31, comma, 1 della Legge 11 luglio 2013, n. IX.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione dei diversi interventi, cfr. MARIO PISANI, *op.cit.*, p. 609.

pressivo al passo con i tempi, assai meno consistente è apparso invece lo sforzo profuso dal legislatore per un adeguamento degli istituti e delle strutture del diritto processuale.

Infatti, dopo, la grande riforma attuata con la Legge 21 giugno 1969, n. L – che ha introdotto, tra l’altro, significative modifiche in materia di espiazione della pena, di imputabilità, di ordinamento giudiziario – occorrerà attendere la spinta riformistica di Papa Francesco, per vedere significativi interventi sul processo penale e, tra questi, certamente l’art. 35 della Legge 11 luglio 2013, n. IX, che, come accennato, attraverso l’inserimento dell’art. 350-*bis* nel codice di rito, ha elevato a principi espressi, oltre la presunzione di non colpevolezza (comma 2), alcune regole del c.d. giusto processo (comma 1).

Nonostante queste non trascurabili e significative innovazioni apportate nel corso degli anni in alcuni segmenti del processo importato nel 1929, il sistema rischia, nel suo complesso, di vivere il suo momento di maggiore criticità a causa di una autoreferenzialità che potrebbe determinare, nella dialettica internazionale, un *deficit* di legittimazione.

Si deve osservare che, a differenza di altri sistemi, non solo il diritto pubblico vaticano non conosce – a motivo della origine e della morfologia dei poteri in esso strutturati sulla base del diritto divino – istituti di controllo di legittimità delle proprie leggi, ma il suo ordinamento non subisce neppure un controllo *ab externo* come avviene, invece, per gli altri ordinamenti.

Non si può negare che l’Unione europea, per gli Stati che vi fanno parte, da un lato, la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, per i Paesi che vi aderiscono, dall’altra, abbiano agito, nel corso degli anni, come volani per realizzare non solo sistemi sempre più omogenei, ma anche per formare una solida base di principi condivisi che rappresentano il fondamento di quel fenomeno di integrazione che va sotto il nome di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Sebbene, infatti, come affermato varie volte dalla Corte di Strasburgo, la Convenzione lasci agli Stati contraenti una grande libertà nella scelta dei mezzi idonei a consentire ai loro sistemi giudiziari di rispondere ai requisiti da cui dipende un giusto processo, quel che in definitiva è essenziale perché i sistemi possano assicurare le garanzie minime irrinunciabili, è che i mezzi di procedura offerti dal diritto e dalla pratica interni siano effettivi e concreti<sup>6</sup>.

Gli strumenti di cooperazione giudiziaria, sempre per rimanere sul piano dell’esemplificazione, oggi più che mai esigono il rispetto di principi condivisi

---

<sup>6</sup> Così, CEDU, 18 maggio 2004, *Somogy c. Italia*. Sulla pluralità ed eterogeneità delle fonti che oggi fungono da parametro cui commisurare la legalità e l’equità del processo, si v. ROBERTO KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale. La dimensione reticolare delle fonti*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 68 ss.

se si considera che, in tema di estradizione, l'art. 705 c.p.p. italiano prevede che la Corte di appello può negare la richiesta di cooperazione se, per il reato per il quale è avanzata la relativa richiesta, la persona è stata o sarà sottoposta a un «*procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali*» e che l'art. 724, c.p.p., analogamente in tema di rogatorie, prevede che l'autorità giudiziaria competente ad eseguirla, può non dare esecuzione alla richiesta se «*gli atti sono vietati dalla legge*» ovvero «*sono contrari ai principi dell'ordinamento giuridico*».

Ora, non solo per uno Stato come quello del Vaticano, che costituisce una piccola *enclave*, il rispetto di quei principi fondamentali ai quali vengono subordinati gli istituti di cooperazione finiscono per assicurare la stessa sopravvivenza dell'ordinamento (posto che difficilmente i suoi organi potrebbero reprimere molti reati che si consumano all'interno del suo territorio senza poter contare sulla collaborazione internazionale), ma rappresenta, a ben vedere, il saggio di legittimazione di un ordinamento che, in un certo senso, finisce per operare in modo autoreferenziale.

La Città del Vaticano, pur avendo nel corso degli anni aderito a numerosi accordi internazionali (tra i quali va ricordato quello di Moneyval, l'organismo di monitoraggio del Consiglio d'Europa che ha costituito il comitato di esperti per la valutazione delle misure contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo), non ha invece sottoscritto la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e le sue decisioni non possono essere sottoposte al vaglio di legittimità della Corte di Strasburgo.

Cionondimeno, lo Stato vaticano, come detto, non può, se non vuol correre il rischio di incorrere nella ricordata censura di autoreferenzialità, sottrarsi al confronto con principi giuridici che, oltre che condivisi da una moltitudine di ordinamenti e fungere da base dei processi di integrazione, sono intrisi di un altissimo valore simbolico, ideologico e morale e che laddove, per qualche ragione, non dovessero trovare attuazione nel proprio ordinamento, determinerebbero un *vulnus* dell'intero sistema giudiziario in termini analoghi a quanto avviene negli altri ordinamenti.

È indubbio che, da un punto di vista generale, quei valori non sono estranei all'ordinamento il quale, a norma dell'art. 4 della Legge 1° ottobre 2008, n. LXXI, ha subordinato i fenomeni di recepimento normativo della legislazione italiana alla condizione che le leggi importate non risultino contrari ai precetti di diritto divino ed ai principi generali del diritto canonico, fonti nelle quali quei principi su cui si fonda il giusto processo possono essere certamente rinvenuti.

Va da sé, tuttavia, al di là di queste considerazioni, che la vera domanda che esige di una risposta è se ed in che termini quei principi trovino concreta attuazione nelle singole procedure giudiziarie.

### 3. (segue). *Il valore ideologico dei sistemi processuali penali*

Si è osservato da un punto di vista generale come in considerazione dell'alto tasso di «politicalità» intrinseco ad ogni codice di procedura penale; della valenza etica, quantomeno in termini di «morale sociale», che i contenuti dei codici di procedura penale sono in grado, in un senso o nell'altro, di esprimere; della qualità degli interessi e dei valori che sono coinvolti dalle scelte circa i modi di organizzare e di far svolgere un processo penale e dell'entità delle poste che vengono normalmente in gioco in relazione ai possibili suoi esiti o in relazione agli sbocchi di certe sue vicende intermedie, è diffusa la convinzione «che i contenuti di un codice di procedura penale – di solito, più di quelli della media delle altre componenti dell'insieme normativo operante nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico – siano in grado di «segnare», talora con poche o nulle possibilità di smentite, la globale *Weltanschauung* cui l'ordinamento è ispirato»<sup>7</sup>.

È innegabile, infatti, come il processo penale sia sede nella quale si scontrano le esigenze quasi inconciliabili: l'accertamento dei reati, la cui attuazione rende insopprimibile un'invasione da parte dello Stato nelle sfere giuridiche di soggetti privati e i diritti di libertà dei soggetti che vi sono coinvolti. Ed è per questa fondamentale ragione che occorre verificare sul piano dell'effettività il rispetto dei valori fondamentali sui quali si costruisce il giusto processo.

### 4. *L'ordinamento giudiziario*

Non si può omettere, prima di ogni altra considerazione sul sistema processuale penale, di ricostruire la struttura organizzativa della giustizia penale dello Stato della Città del Vaticano.

Si deve rammentare che ai sensi dell'art. 97 c.p.p. il numero dei giudici per la validità delle udienze e delle deliberazioni delle corti e dei tribunali è determinato nelle leggi relative all'ordinamento giudiziario ed è ad esse che occorre fare anzitutto riferimento per verificare uno dei principali requisiti di legittimazione giuridica dell'ordinamento vaticano, vale a dire la imparzialità e terzietà del giudice.

Le norme di ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano sono contenute nella Legge 21 novembre 1987 n. CXIX.

In base all'art. 1, il potere giudiziario è esercitato dal *giudice unico* (che,

---

<sup>7</sup> MARIO CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto discipline penali*, 1988, p. 252.

per effetto di quanto previsto dall'art. 27, comma 1, della Legge 21 giugno 1969, n. L, ha preso il posto del pretore), dal *Tribunale di prima istanza* (composto dal presidente e da altri tre giudici, ad uno o due dei quali il presidente delega annualmente le funzioni di giudice istruttore e di giudice dell'esecuzione e del quale può far parte anche il giudice unico) che giudica in collegio di tre giudici, dalla Corte d'appello (costituita dal presidente e da altri tre giudici) che giudica in collegio sempre di tre giudici e dalla Corte di cassazione (costituita dal Prefetto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, presidente, e di altri due Cardinali, membri del medesimo Supremo Tribunale) che ha sede nella sala delle Congregazioni in Vaticano.

L'ufficio del pubblico ministero, invece, in base agli artt. 5, 13 e 20 della medesima Legge 21 novembre 1987, n. CXIX, è costituito presso il Tribunale, presso la Corte di appello e presso la Corte di cassazione, dal *promotore di giustizia*.

Il *promotore di giustizia presso il Tribunale*, qualora esigenze degli uffici giudiziari lo richiedano, può essere affiancato, con nomina valida per un triennio, da un *promotore di giustizia aggiunto* nominato dal presidente della Corte d'appello, udito il presidente del Tribunale e previa approvazione del Cardinale Segretario di Stato.

L'unico organo che può esercitare l'azione penale – ai sensi dell'art. 1 c.p.p. sempre officiosa – è il pubblico ministero.

Come si è accennato, lo Stato vaticano non contempla la Corte di assise la competenza della quale, invece, con un'inversione di tendenza rispetto agli interventi legislativi successivi al 1874, ma in linea con i sistemi processuali sorti successivamente alla caduta dell'*ancien regime*, venne sensibilmente estesa con il codice di procura penale 1913 che introdusse per la prima volta un parametro quantitativo fondato sull'entità della pena<sup>8</sup>.

Ai sensi dell'art. 14 c.p.p., infatti, alla Corte di assise era attribuita la cognizione, oltre dei delitti punibili con l'ergastolo o con una pena edittale «restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a cinque anni o superiore nel massimo a dieci», una serie di reati nominativamente elencati (reati commessi a mezzo stampa, delitti elettorali, politici, contro la libertà, la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato).

Per effetto di quanto disposto dall'art. 27, comma 1, della legge 21 giugno 1969, n. L (in forza del quale si intendono sostituiti, alla Corte di assise, il Tribunale di prima istanza nelle leggi italiane richiamate in via suppletiva dagli

---

<sup>8</sup> ALFREDO AVANZINI, voce *Corte di assise (ordinamento italiano)*, in *Digesto discipline penali*, 1989, pp. 178 ss. Per una ricostruzione storica, ALDO CASALINUOVO, voce *Corte d'assise*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 774 ss.

articoli 4 e 7 della Legge 7 giugno 1929, n. II) la Corte di assise è stata abolita e, con essa, anche lo speciale giudizio (che, tra l'altro, si concludeva con un verdetto deliberato su singole questioni rese individualmente dai giurati nella stessa aula di udienza alla presenza e sotto il controllo delle parti e del presidente) disciplinato dagli artt. 438 e ss<sup>9</sup>.

In sintesi, alla luce di questi ritocchi ordinamentali, la giurisdizione penale risulta concentrata nel tribunale che, per i reati meno gravi (individuati dall'art. 16 nelle contravvenzioni previste nel codice penale, e di ogni altra per la quale sia stabilita una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a due anni e dei delitti per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione o della detenzione non superiore nel massimo a sei mesi oltre per un gruppo tassativamente elencato, quando la legge stabilisca una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a tre anni e nel minimo a sei mesi), si attua attraverso il giudice unico e, per tutti gli altri, attraverso il tribunale di prima istanza del quale può far parte anche il giudice unico e che assuma una competenza residuale.

Come accennato, essenziale per una legittimazione del sistema processuale, è la qualità del giudice che deve essere necessariamente terzo ed imparziale.

Accanto alle regole processuali che consentono di rimuovere il *iudex suspectus* (ed al riguardo, gli artt. 40-52 disciplinano le cause di incompatibilità, di astensione e di ricasazione dei giudici e dei rappresentanti dell'ufficio del pubblico ministero ed i procedimenti per farle valere), l'imparzialità della giurisdizione è certamente assicurata dalle modalità di reclutamento dei magistrati e dalla loro sottoposizione soltanto alla legge.

Come sottolineato dalla dottrina costituzionalista italiana, la dipendenza del giudice alla legge (di cui all'art. 101 Cost.) da una parte, le garanzie assicurate dagli artt. 104 e 105 Cost. ed il principio della inamovibilità del magistrato di cui all'art. 107, comma 1, dall'altra, assumono un significato particolare perché sottraggono il giudice a qualunque interferenza proveniente da altre autorità (amministrative o legislative) e dal rischio di condizionamenti interni. Anche il principio contenuto nell'art. 106 Cost., in forza del quale le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso, rappresenta un ulteriore strumento posto a tutela della indipendenza del giudice<sup>10</sup>.

Principi analoghi, pur affermati in maniera più sfumata, sono rinvenibili nella legge di ordinamento giudiziario.

---

<sup>9</sup> Sul giudizio in Corte di assise, cfr. ALFREDO. AVANZINI, voce *Corte di assise*, cit., p. 178 ss., GIANLUCA VINCENZO BOCCHINO, voce *Corte d'assise*, in *Dig.disc.pen.*, 2005, p. 255.

<sup>10</sup> Per un quadro di sintesi, NICOLA ZANON, FRANCESCA BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, III ed., Zanichelli, Bologna, 2011, p. 57 ss.

Sebbene ai sensi dell'art. 7 della Legge 21 novembre 1987, n. CXIX, in particolare, la nomina del presidente e dei giudici del Tribunale, del giudice unico (oltre che di quella promotore di giustizia) non avvenga sulla base di una procedura selettiva di evidenza pubblica, essa è nondimeno compiuta dal Sommo Pontefice ed a tale riguardo si deve notare come le prassi seguite nel corso degli anni hanno dimostrato come la scelta sia caduta sempre su professori di università in materie giuridiche e su avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori mutuando, di fatto, una norma, prevista dall'art. 106, comma 3, Cost., per la nomina a Consigliere di Cassazione, per meriti insigni, di professori ed avvocati.

L'indipendenza esterna ed interna del magistrato, poi, risulta certamente assicurata dalla previsione in forza della quale, una volta nominati, i magistrati cessano dall'ufficio quando compiono l'età di 74 anni con possibilità di proroga *donec aliter provideatur* e non sono previsti procedimenti di rimozione o di cessazione del magistrato.

### *5. I modelli processuali*

Nel trattare del modello processuale vigente nello Stato della Città del Vaticano, si deve subito osservare come la principale particolarità del codice 1913, rimasta invariata nonostante le riforme introdotte, è certamente rappresentata dalla pluralità di modelli attraverso i quali si attiva la fase dibattimentale, sede naturale nella quale trovano principalmente attuazione i principi del c.d. giusto processo.

Va evidenziato che, con una visione sotto certi profili davvero moderna, soprattutto se rapportata ai tempi in cui fu concepito, il codice ha anzitutto previsto diversi modelli introduttivi, tra loro alternativi, del giudizio.

Per il procedimento dinanzi al *Tribunale di prima istanza*, il promotore di giustizia, oltre che con giudizio monitorio per decreto (applicabile nel caso in cui possano essere inflitte pene pecuniarie<sup>11</sup>), può procedere attraverso il

---

<sup>11</sup> Ai sensi dell'art. 33, della legge 21 giugno 1969, n. L durante l'istruzione formale o sommaria il decreto penale può essere pronunciato rispettivamente anche dal giudice istruttore o dal promotore di giustizia presso il tribunale di prima istanza, quando non si tratti della contravvenzione prevista nell'art. 23 della legge 7 giugno 1929, n. II.

Atal proposito, si deve ricordare che in base all'art. 8 della legge 10 gennaio 1983, n. LII in ogni caso di delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione o della detenzione per una durata non superiore nel massimo a sei mesi, sola o congiunta ad altra pena, e in caso di contravvenzione per la quale la legge stabilisce la pena dell'arresto, solo o congiunta ad altra pena, è possibile applicare, invece della pena stabilita dalla legge, rispettivamente la pena della multa o quella dell'ammenda se ritiene che questa pena sia adeguata alla punizione del colpevole e per distoglierlo dal commettere altri reati della stessa indole.

giudizio direttissimo (applicabile, ai sensi dell'art. 277, nei confronti dell'arrestato o dell'imputato colto nell'atto di commettere un reato, ovvero immediatamente dopo averlo commesso, mentre era inseguito dalla forza pubblica o dalla parte lesa o dal pubblico clamore)<sup>12</sup>, ovvero in via ordinaria, attraverso la richiesta di citazione diretta e perfino con forme che assomigliano moltissimo al c.d. giudizio immediato cautelare previsto dal codice italiano 1988 dall'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.

Nel caso in cui, infatti, l'imputato sia in stato di detenzione, come si dirà meglio, ai sensi dell'art. 280 c.p.p., il *promotore di giustizia*, salvo non debba trasmettere gli atti al giudice istruttore (in presenza di una serie di condizioni di cui pure si dirà) perché proceda con l'istruzione formale, entro dieci giorni dall'arresto dell'imputato ha l'obbligo di formulare richiesta del decreto di citazione dinanzi al tribunale.

La *ratio* dell'istituto è evidente e, come avviene con riferimento al giudizio immediato cautelare disciplinato dal vigente codice italiano, essa, oltre che nell'esigenza di assicurare un'accelerazione dei tempi di giudizio nei confronti di imputati privati della libertà personale, va individuata in quella di assicurare una rapida *discovery* degli atti.

Non trascurabile, ancora, sempre nell'ottica di delineare in chiave comparatistica le varie forme di introduzione della fase dibattimentale, che nei delitti di diffamazione o di ingiuria la persona offesa può presentare istanza, avente anche effetto di querela, al presidente del *Tribunale di prima istanza* o al *giudice unico* per la citazione dell'imputato seguendo un modello previsto, nell'ordinamento italiano, dall'art. 21 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, per il ricorso immediato dinanzi al giudice di pace.

Al di fuori di queste opzioni, che potrebbero essere oggi ricondotte al novero dei procedimenti speciali c.d. acceleratori, il sistema processuale importato nel 1929 ruota attorno al decreto di citazione per il giudizio preceduto, a sua volta, da due modelli ordinari di istruzione, quello sommario e quello formale. Il primo seguito dal *giudice unico*, ai sensi dell'art. 176, per i reati di sua competenza, e, soprattutto, dal *promotore di giustizia*, ai sensi dell'art. 179, per tutti i reati di competenza del *Tribunale di prima istanza*; il secondo, invece, seguito dal giudice istruttore davanti al quale, sempre ai sensi dell'art. 179 c.p.p., il pubblico ministero, a determinate condizioni, può esercitare l'azione penale qualora non intenda procedere con le altre forme.

La distinzione tra istruzione sommaria e formale, oltre per il fatto di essere svolta da organi diversi, il *promotore di giustizia* ed il *giudice unico*, nel primo

---

<sup>12</sup> Sui profili storici del giudizio direttissimo e sulle finalità di politica giudiziaria che attraverso di esso si possono perseguire, cfr. ALFREDO GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 29 ss.

caso, e il giudice istruttore, nel secondo, ha importantissime ricadute sull'istruzione dibattimentale e, in particolare, come si dirà, per quanto concerne il regime di recupero degli atti formati nel corso dell'istruzione attraverso il meccanismo delle letture.

Poiché sulla base di questo schema, in sostanza, per i reati di competenza del *Tribunale di prima istanza* la citazione diretta dovrebbe costituire la regola<sup>13</sup>, anche l'istruzione sommaria finisce per assurgere non solo a modello di istruzione prevalente ma quasi del tutto esclusivo attraverso cui raccogliere le prove.

Va precisato che la distinzione tra istruzione sommaria e formale abbia comunque perso gran parte della sua rilevanza per effetto di due importantissimi interventi operati dalla Legge 21 giugno 1969, n. L: l'abolizione del giudizio dinanzi alla Corte di assise e la soppressione dell'istituto dell'avocazione.

Va rammentato, infatti, che ai sensi dell'art. 176 c.p.p., nei reati di competenza della Corte di assise, si procedeva, a pena di nullità, con istruzione formale (fatta eccezione per alcune particolare ipotesi previste dall'art. 277) e che analogamente prevedeva l'art. 189 quando la sezione di accusa avesse avvocato a sé la istruzione (nel quale caso le funzioni di giudice istruttore potevano essere conferite a uno dei suoi componenti).

L'assorbimento delle competenze della Corte di assise nell'ambito del *Tribunale di prima istanza*, da un lato, e l'abolizione dell'istituto dell'avocazione, dall'altro, non hanno solo provocato una corrispondente espansione delle competenze del tribunale, ma anche delle prerogative del pubblico ministero il quale si vede oggi in sostanza ampliati i casi nei quali può procedere con citazione diretta preceduta dalla istruzione sommaria.

In pratica avviene che il *promotore di giustizia* (ed il *giudice unico*, il quale pure, come visto, svolge le indagini con le forme dell'istruzione sommaria) sia destinatario, ai sensi degli artt. 149 e ss c.p.p. delle notizie di reato, veicolate tramite denunce da parte dei privati o dei pubblici ufficiali o referti da parte delle persone di cui all'art. 439 c.p. oltre che dei rapporti<sup>14</sup>, di reato redatti dagli ufficiali di polizia giudiziaria<sup>15</sup> e delle eventuali comunicazioni di notizie

---

<sup>13</sup> Come rilevavano LUIGI LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, IV ed, Firenze, 1920, p. 356 e GUGLIELMO SABATINI, *Le prove nella fase investigativa del processo*, Stabilimento Tip. Gaetano Silipo, Catanzaro, 1915, p. 386.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 83 c.p.p. qualunque atto col quale un pubblico ufficiale riferisce un fatto che può dare causa a procedimento penale è definito rapporto.

<sup>15</sup> In base al *Regolamento organico e di disciplina del Corpo della Gendarmeria Pontificia*, approvato con decreto della *Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano* dell'8 dicembre 1946 n. XL, le funzioni di polizia giudiziaria sono oggi attribuite al personale della Gendarmeria. Il Corpo della Gendarmeria (unitamente al Corpo dei Vigili del Fuoco) fa capo alla Direzione dei Servizi

di reato che gli possono pervenire, in forza dell'art. 151, dal giudice civile, qualora durante il giudizio emergano estremi di reato procedibili d'ufficio, ed a norma degli artt. 182 e 190, rispettivamente dal *promotore di giustizia presso la Corte di appello*<sup>16</sup> e dal giudice istruttore.

A seguito dell'acquisizione della notizia di reato, il *promotore di giustizia* diventa esclusivo titolare di tutti i poteri di indagine che deve attuare attenendosi ad alcune regole delineate dal codice attraverso il rinvio alle disposizioni previste per l'istruzione formale.

In pratica, quando deve svolgere ispezioni, perquisizioni personali e sequestri il *promotore di giustizia*, a mente dell'art. 278 c.p.p., vi procede, direttamente o avvalendosi della polizia giudiziaria<sup>17</sup>, applicando le norme stabilite per l'istruzione formale<sup>18</sup>.

In base a quanto prescritto dall'art. 279 c.p.p., poi, quando deve eseguire esperimenti giudiziari, perizie, perquisizioni domiciliari e ricognizioni ovvero debba esaminare testimoni nei casi in cui preveda che questi non possano, per infermità o altro grave impedimento, comparire in giudizio, il pubblico ministero deve chiedere l'intervento del giudice istruttore.

Il rinvio alle norme dell'istruzione formale che il pubblico ministero deve osservare è particolarmente importante perché il codice 1913, anticipando di quasi un secolo i meccanismi di recupero degli atti formati nelle fasi precedenti al dibattimento dal codice di procedura vigente in Italia, ha suddiviso le prove acquisite dal pubblico ministero in atti garantiti e non garantiti a seconda che sia richiesta o meno la partecipazione del difensore.

Ai sensi dell'art. 198 c.p.p., infatti, i difensori delle parti hanno di regola diritto di assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni. Ai sensi dell'art. 31 della Legge 21 giugno 1969, n. L essi possono essere autorizzati ad assistere anche ad atti diversi da questi ultimi e, a tal fine, il giudice, a norma dell'art. 200, prima di procedervi ha l'obbligo di avvertire per mezzo del cancelliere il pubblico ministero e i difensori di presentarsi nel luogo designato assegnando un termine non minore di ventiquattro ore dall'avvertimento. Solo per le perquisizioni domiciliari – trattandosi di atto necessariamente a sorpresa – l'avvertimento non occorre,

---

di Sicurezza e Protezione Civile ai sensi dell'art. 13 della Legge 16 luglio 2002, n. CCCLXXXIV.

<sup>16</sup> La previsione era collegata all'ipotesi dell'avocazione che, tuttavia, come si dirà, è stata abrogata.

<sup>17</sup> La disposizione prevedeva anche che il procuratore potesse giovare del pretore ma si tratta di disposizione che, nella realtà territoriale dello Stato non sembra più trovare applicazione.

<sup>18</sup> Secondo GUGLIELMO SABATINI, *Le prove*, cit., p. 390, «ciò importa che per tali atti, il P.M. ha la veste di giudice istruttore e quindi deve seguire le norme precise, dettate, riguardo alle ispezioni, nello art. 202, 203 e 294; riguardo alle perquisizioni personali, negli artt. 233 e 236; e riguardo ai sequestri negli artt. 237 e seg della p.p.».

salvo, comunque, il diritto delle parti di farsi assistere dai difensori o da altre persone di fiducia. L'inosservanza delle norme che prevedono la presenza obbligatoria del difensore è, poi, sancita da nullità.

Non può sfuggire, anche in questo caso, come l'intervento del giudice istruttore nella fase delle indagini per il compimento di taluni atti richiami, per molti versi, l'istituto dell'incidente probatorio previsto dall'art. 392 c.p.p. vigente in Italia a mente del quale (sia pur, ovviamente, a condizioni diverse) il giudice acquisisce esperimenti giudiziari e perizie ed assume le dichiarazioni testimoniali nel caso in cui se ne preveda l'irripetibilità nel dibattimento.

Al di fuori di queste ipotesi, il pubblico ministero non ha particolari oneri formali da seguire per l'acquisizione delle prove perché «comunque siano compiuti, la legge a tali prove non dà efficacia probatoria e processuale pari a quella degli atti compiuti dal giudice»<sup>19</sup>.

Senza particolari formalità, dunque, il *promotore di giustizia* può procedere ad esami testimoniali (diversi da quelli a futura memoria per i quali, invece, occorre l'intervento del giudice), a confronti testimoniali oltre che agli interrogatori di imputati senza mandato.

A tale ultimo proposito, va notato che sebbene l'art. 279 deferisce al giudice l'interrogatorio che consegue a mandato, poiché a mente dell'art. 310 c.p.p. l'imputato che abbia notizia di un procedimento a suo carico ha facoltà di presentarsi al pubblico ministero per esporre le proprie discolpe, nulla toglie che anche il pubblico ministero possa anche invitarlo a rendere i chiarimenti sommari che ritenga opportuni nel proprio interesse durante l'istruzione sommaria<sup>20</sup>.

Assai significativo è l'obbligatorio intervento della giurisdizione nel caso in cui debbano essere eseguite perquisizioni domiciliari ovvero allorquando le esigenze investigative esigano la presenza fisica dell'imputato e sia necessario ordinarne la convocazione o l'accompagnamento con la forza.

Anche in questi casi la soluzione appare connotata da cautele che solo di recente sono state colte dalle legislazioni e che, addirittura, (si pensi alle perquisizioni domiciliari) neppure il codice vigente in Italia ha ritenuto di recepire.

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 247 c.p.p. italiano la perquisizione può essere disposta direttamente dal pubblico ministero.

Di assoluto rilievo, anche se non esattamente inedita, è la soluzione adottata allorquando il pubblico ministero, per ottenere la presenza della persona

---

<sup>19</sup> Così, GUGLIELMO SABATINI, *Le prove*, cit., p. 390.

<sup>20</sup> In questo senso, GUGLIELMO SABATINI, *Le prove*, cit., p. 391, nota n. 3.

imputata, debba ricorrere alla forza pubblica.

Va precisato che l'art. 376 c.p.p. vigente in Italia, prevede che, in questi casi, il pubblico ministero possa ottenere l'accompagnamento coattivo dell'imputato previa autorizzazione del giudice.

Assai più garantistico il sistema congeniato dal codice 1913 il quale stabilisce che per ottenere la convocazione o l'accompagnamento coattivo dell'imputato occorre l'emissione di un mandato, rispettivamente di comparizione o di accompagnamento il quale, ai sensi dell'art. 311 c.p.p., può essere emesso dal *giudice istruttore* (oltre che ovviamente dal *giudice unico* per i reati di sua competenza).

Il *promotore di giustizia*, invece, qualora abbia necessità di ottenere con la forza pubblica la presenza dell'imputato deve richiedere, a sensi dell'art. 279 c.p.p., al giudice istruttore l'emissione di un mandato *ad hoc*.

La ragione di questa garanzia – che rende assai più rigorosa la disciplina prevista rispetto a quella contemplata dall'art. 376 c.p.p. italiano – risiede nel fatto che i mandati non solo sono atti dotati di contenuto coercitivo (quello di comparizione, infatti, potrebbe essere convertito in quello di accompagnamento, ai sensi dell'art. 317 c.p.p., se l'imputato non si presenti senza giustificare un legittimo impedimento e quello di accompagnamento addirittura in mandato di cattura, ai sensi dell'art. 318, comma 3, c.p.p., se dall'interrogatorio o dagli atti successivi sorgano indizi che rendano legittima la cattura) ma, ai sensi dell'art. 312 c.p.p., possono essere emessi solo laddove ricorrano sufficienti indizi.

## 6. I casi di trasformazione dell'istruzione sommaria in formale

Venuta meno la competenza della Corte di assise (che, come detto, rendeva obbligatoria a pena di nullità l'istruzione formale), le uniche ipotesi nelle quali oggi il pubblico ministero ha l'obbligo di trasmettere gli atti al giudice istruttore perché prosegua con l'istruzione formale, sussistono allorquando durante le indagini siano adottati provvedimenti limitativi della libertà personale.

Anche in questo caso la disciplina del codice 1913 evidenzia tratti di notevole avanguardia.

Ai sensi dell'art. 280 c.p.p., infatti, in caso d'imputato arrestato, solo se entro dieci giorni dalla esecuzione della misura il *promotore di giustizia* formula richiesta di decreto di citazione può evitare la comunicazione degli atti al giudice istruttore. Al di fuori di questa ipotesi, egli ha sempre l'obbligo di far assumere il controllo del suo operato dalla giurisdizione.

Per comprendere esattamente la portata di questa soluzione, che dimostra

il livello di tutela accordato dal codice ai diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini, occorre svolgere alcuni brevi approfondimenti al regime della libertà personale.

### *7. (segue). Le limitazioni della libertà personale*

Alla libertà personale il codice dedica un ampio numero di articoli, ben 38 (da 303 a 341) racchiusi nel titolo VI.

Una distinzione fondamentale da tenere presente, anche in ragione dell'impiego di termini che non sempre trovano perfetta corrispondenza negli omonimi istituti previsti dalle più recenti legislazioni, è tra arresto e cattura.

Il primo, infatti, compiuto, come nel caso del codice italiano vigente, senza formalità, può essere disposto non solo su iniziativa degli ufficiali e agenti della polizia giudiziaria e della forza pubblica ma anche su ordine del promotore di giustizia o del giudice unico nei confronti di chi è colto in flagranza di reato ovvero (ma solo se ordinato dal promotore di giustizia o del giudice unico) degli oziosi, dei vagabondi, dei mendicanti, di coloro che si trovano sottoposti alla vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza ogni volta che sovra essi cada qualche indizio che abbiano commesso un reato<sup>21</sup>.

Esso è obbligatorio (nei casi stabiliti dall'art. 34 della Legge 21 giugno 1969, n. L) ovvero facoltativo (per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena della detenzione per durata superiore nel massimo a tre mesi, o una pena più grave, nonché per le contravvenzioni concernenti le armi o le materie esplodenti previste nel codice penale o nella legge sulla pubblica sicurezza, o per i reati previsti negli articoli 454, 456, 492 del codice stesso, e nell'art. 110 e in altri della legge sulla pubblica sicurezza).

L'arresto ha una funzione eminentemente precautelare cessando di avere effetto, a mente dell'art. 311, comma 2, c.p.p., se entro cinque giorni dall'esecuzione non sia spedito mandato di cattura.

Tale previsione va raccordata con quella che prevede l'intervento del giudice.

Va osservato, infatti, che a seguito dell'arresto – sia se disposto di iniziativa

---

<sup>21</sup> La dottrina, soffermandosi sulla disciplina concernente i mandati, non riconduce il provvedimento con il quale il pubblico ministero ordina l'arresto nella categoria dei mandati. Tuttavia, sebbene ai sensi dell'art.311 c.p.p. i mandati siano emessi dal giudice unico o dal giudice istruttore, nondimeno l'art. 319 c.p.p. stabilisce che qualsiasi mandato può essere spedito, oltre che da tali organi, anche dalle altre autorità giudiziarie che ne hanno espressa facoltà per particolari disposizioni di legge e tale sembra, appunto, doversi considerare – a meno di non voler introdurre un *tertium genus* di provvedimento – quello disciplinato dall'art. 303.

della polizia che su ordine del pubblico ministero – l'imputato deve essere posto a disposizione immediatamente, e in ogni caso non oltre ventiquattro ore, del *promotore di giustizia* il quale, a sua volta, ha l'obbligo di interrogarlo non oltre le ventiquattro ore successive.

L'art. 307 c.p.p., poi, prevede che dopo l'interrogatorio il *giudice* ordini che l'arrestato sia posto in libertà se il fatto non costituisca reato, ovvero se per il reato la legge non autorizzi mandato di cattura, anche se l'arresto sia avvenuto in flagranza. La disposizione, dal punto di vista letterale e sistematico, ha dato luogo a talune incertezze applicative perché sembrerebbe escludere che analoghe valutazioni debbano essere svolte dal pubblico ministero<sup>22</sup>.

A ben vedere, però, anche il promotore, alle stesse condizioni, ha l'obbligo di far cessare l'eventuale situazione di privazione della libertà. Tale soluzione si deduce dal fatto che siccome a norma dell'art. 311, comma 2, dopo cinque giorni dalla sua esecuzione, l'arresto perde effetto, se ne deve inferire sul piano logico che il *promotore di giustizia* entro tale termine deve decidere se disporre la liberazione dell'imputato ovvero mantenere l'imputato *in vinculis*, evenienza, questa, che lo obbliga necessariamente a richiedere l'emissione del mandato di cattura al giudice istruttore.

## 7. (segue). *Il mandato di cattura*

Per evidenti ragioni di sintesi non è possibile trattare l'articolato sistema – che certamente ed in più tratti risente di alcuni retaggi del passato sui quali sarebbe necessaria un'opera di revisione – attraverso il quale si snodano le cautele personali.

Un dato che certamente non può essere trascurato è costituito dal fatto che, al di fuori dell'arresto, misura adottabile, come visto, solo in casi di urgenza e con effetti temporanei, qualunque altra limitazione della libertà personale destinata ad avere un effetto più duraturo è disposta sempre dal giudice istruttore attraverso il mandato di cattura.

Poiché l'art. 307 c.p.p., come accennato, stabilisce l'obbligatorietà della revoca dell'arresto nell'ipotesi in cui la legge non autorizzi mandato di cattura anche se l'arresto sia avvenuto in flagranza, è evidente come le limitazioni della libertà disposte per iniziativa della polizia e del promotore, costituiscano misure che anticipano il provvedimento del giudice istruttore e che si giustificano solo per l'urgenza che le caratterizzano.

---

<sup>22</sup> Ben messa in evidenza da LUIGI LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 317.

L'art. 313 c.p.p. elenca i casi tassativi (ai quali si aggiunge una clausola aperta che rinvia ad ogni altra ipotesi prevista dalla legge, introdotta dall'art. 34 della Legge 11 luglio 2013, n. IX) nei quali può avvenire la cattura, di regola facoltativa<sup>23</sup>, dell'imputato.

L'eventuale richiesta del mandato di cattura da parte del *promotore di giustizia* al giudice istruttore ha importanti ricadute sulla forma dell'istruzione.

Come accennato, anche a seguito dell'arresto della polizia giudiziaria o del pubblico ministero e della emissione di un mandato di cattura è possibile che l'istruzione prosegua con le forme di quella sommaria svolta dal pubblico ministero.

Ai sensi dell'art. 280 c.p.p., infatti, dopo l'arresto dell'imputato il pubblico ministero, solo se non deposita, entro dieci giorni, la richiesta del decreto di citazione deve comunicare gli atti al giudice istruttore.

Poiché prima di chiedere l'istruzione formale, ai sensi dell'art. 180, al *promotore di giustizia* è concesso, anche col concorso della forza pubblica, di svolgere direttamente atti di polizia giudiziaria, se ne deduce che entro quel termine all'organo dell'accusa è data ancora la possibilità di svolgere indagini con l'istruzione sommaria.

Quando, invece, il promotore di giustizia non possa concludere le indagini entro il brevissimo termine di dieci giorni e, dunque, sia costretto ad investire del fascicolo il giudice istruttore, a quest'ultimo si prospettano diverse eventualità tra le quali anche quella di trattenere gli atti e proseguire nell'istruzione formale.

Il giudice istruttore, infatti, una volta ricevuti gli atti, deve verificare la sussistenza delle condizioni per il mantenimento dello *status custodiae* in cui versa l'imputato. Egli può anzitutto ritenere che manchino prove sufficienti o che si tratti di reato per il quale la legge non autorizzi il mandato di cattura, evenienze, queste, che non solo obbligano il giudice ad ordinare la scarcerazione dell'imputato, ma che gli impediscono di assumere alcuna iniziativa istruttoria.

Il giudice, può invece ritenere fondati gli elementi di accusa (e dunque legittimo l'arresto dell'imputato) nel qual caso gli si prospettano due ulteriori possibilità: egli può stabilire un nuovo termine non superiore a dieci giorni

---

<sup>23</sup> Le ipotesi nei quali il mandato di cattura è obbligatorio sono elencate dall'art. 314 c.p.p., vale a dire quando esso deve essere emesso nei confronti degli imputati che siano sottoposti all'ammonizione o alla vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza, vale a dire a taluna delle misure di cui agli artt. 26 e 28 c.p.), o che non abbiano domicilio o residenza fissa nel *Città del Vaticano* qualora siano stati più di due volte condannati per delitti, ovvero siano stati altra volta condannati per delitto della stessa indole di quello per cui si procede e sempre che trattisi di altri delitti per i quali la legge stabilisca la pena della reclusione o della detenzione superiore nel massimo a tre mesi.

entro il quale il pubblico ministero deve assumere le sue determinazioni (richieste di decreto di citazione al tribunale o sentenza di proscioglimento al giudice istruttore); rilasciare l'imputato in libertà provvisoria e rimettere gli atti al promotore di giustizia.

In entrambi i casi, dunque, nonostante l'intervenuta applicazione di una misura cautelare, è possibile che le indagini proseguano, sia pur per un breve periodo e sotto il controllo del giudice, con l'istruzione sommaria.

Ai sensi dell'art. 280, comma 3, c.p.p. l'istruzione, invece, prosegue in via formale solo in due ipotesi: nel caso in cui il giudice, ricevuti, dopo dieci giorni dall'esecuzione dell'arresto, gli atti dal pubblico ministero, ritenga di proseguire direttamente con l'istruzione; quando, alla scadenza del termine di dieci giorni da lui stabilito il promotore non formuli richiesta per il decreto di citazione o per la sentenza di proscioglimento.

In pratica, dunque, l'istruzione formale e l'intervento del giudice costituisce una tutela a favore dell'imputato nell'ipotesi in cui questi, essendo stato arrestato, non sia rimesso in libertà dal pubblico ministero ovvero, dovendo essere privato della libertà personale per un periodo più lungo del termine di durata dell'arresto, sia necessario spiccare nei suoi confronti un mandato di cattura.

Non può sfuggire, soprattutto se guardata con gli occhi di un lettore abituato ad analizzare testi normativi più recenti, la portata garantistica della disciplina che governa l'istruzione dopo che nei confronti dell'imputato sia scattato un provvedimento limitativo della sua libertà personale.

Mentre infatti nel caso di imputato libero le indagini sono condotte dal pubblico ministero e possono vedere un intervento *ad acta* del giudice istruttore solo nel caso in cui il titolare delle indagini debba svolgere determinate tipologie di atti, diversamente, nel caso in cui siano adottate misure cautelari, l'intervento del giudice presidia, oltre che la sua libertà (ai sensi dell'art. 323, infatti, durante l'istruzione è sempre il giudice istruttore che può ordinare in qualsiasi tempo la scarcerazione dell'imputato arrestato per mandato, se vengano a mancare a suo carico indizi sufficienti o se non risulti che si tratti di reato per il quale la legge autorizza il mandato di cattura), anche le attività di indagini che vengono di fatto espropriate all'organo dell'accusa quando le misure cautelari sono destinate a protrarsi per un periodo di tempo consistente.

La ragione dell'intervento del giudice nella conduzione delle indagini è, infatti, strettamente collegato all'esigenza di rafforzare un altro presidio fondamentale in materia di libertà personale, vale a dire quello dei termini di custodia.

Si deve ricordare, infatti, che a norma dell'art. 325 c.p.p. per i reati di competenza del *Tribunale di prima istanza*, dopo cinquanta giorni dall'arre-

sto, nei casi in cui sia ammissibile la libertà provvisoria ai sensi dell'art. 332 (vale a dire procedimenti per reati che la legge punisce con pena restrittiva della libertà personale inferiore nel minimo a cinque anni), o di cento giorni, in tutti gli altri, salvo proroga<sup>24</sup>, l'imputato al quale non sia stato notificato il decreto di citazione, o la sentenza di rinvio a giudizio (vale a dire il provvedimento terminativo dell'istruzione adottato dal giudice istruttore), deve essere scarcerato.

## *8. Il dibattimento*

Se le indagini sono necessariamente ispirate al principio inquisitorio e per questo non costituiscono il terreno sul quale condurre il saggio di verifica dell'attuazione dei principi del processo equo<sup>25</sup>, il dibattimento è invece sede naturale nella quale essi, e principalmente il diritto del contraddittorio nella formazione della prova, devono trovare applicazione, per poter conferire alla decisione finale i necessari requisiti di legittimazione.

Va premesso come il legislatore del 1913 aveva costruito un sistema di tipo misto in quanto pur avendo congegnato il dibattimento come sede nella quale è possibile l'assunzione di prove, non aveva attuato alcuna segregazione tra la fase dell'istruttoria e quella del dibattimento stesso consentendo al giudice di poter utilizzare ai fini della decisione atti formati fuori dal contraddittorio<sup>26</sup>.

Si deve notare come sebbene non sia presente una disposizione di carattere generale sul giusto processo specularmente a quella contenuta nell'art. 111 Cost., l'art. 35 della Legge 11 luglio 2013, n. IX ha inserito l'art. 350-bis c.p.p. che si ispira chiaramente ad esso.

Tale previsione stabilisce, anzitutto, che ogni imputato è presunto innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In secondo luogo, è solennemente sancito il principio di legalità processuale che si attua con la prescrizione per la quale ogni imputato ha diritto ad un giudizio da svolgersi secondo le norme del codice.

---

<sup>24</sup> Detti termini, possono essere eventualmente prorogati, su richiesta del giudice istruttore, nel caso in cui l'istruzione presenti difficoltà di indagini, prima della scadenza dei termini indicati nel capoverso del precedente articolo, può essere chiesta al *presidente della Corte di appello*, a mente degli artt. 326 e 327.

<sup>25</sup> Come rilevava LUIGI LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 351 l'istruttoria dovrebbe essere opera più o meno individuale e unilaterale.

<sup>26</sup> Come ha rilevato MARIO CHIAVARIO, *Codice*, cit., p. «circa il nodo centrale della disciplina dello svolgimento della fase «istruttoria» e dei suoi rapporti con la fase dibattimentale, non si va più in là dell'equivoca formula del «processo misto».

In terzo luogo, è assicurato all'imputato la garanzia della durata ragionevole del processo che va commisurata alla complessità del caso nonché agli accertamenti da compiere ed alle prove da acquisire.

Non va trascurato, a tale ultimo riguardo, come la previsione di carattere generale si saldi, oltre che con alcune importanti innovazioni (espressamente considerate utili per la giustizia e per la celerità del procedimento) contenute negli artt. 28 e 31 della Legge 21 giugno 1969, n. L<sup>27</sup>, con quanto prevede l'art. 380 c.p.p. a mente del quale se il dibattimento non può essere ultimato nella udienza in cui incomincia è proseguito nel seguente giorno non festivo, salvo che il presidente ravvisi necessario differirlo ad altro giorno prossimo per dare riposo ai magistrati e alle persone che vi partecipano. Eventuali sospensioni in uno o più intervalli, poi, possono essere accordati solo per ragioni di necessità o convenienza del giudizio e per un termine massimo complessivo di quindici giorni, non computati i festivi.

Degna di rilievo, da questo angolo visuale, è anche la previsione di cui all'art. 361 c.p.p. a mente della quale il giudizio contro l'imputato detenuto deve essere fissato senza ritardo, subito dopo il deposito della richiesta di citazione e con precedenza su ogni altro relativo a imputati non detenuti.

A proposito delle c.d. garanzie di contesto del processo equo, è importante ricordare, ancora, quanto prevede l'art. 373 c.p.p. in forza del quale le udienze nei dibattimenti avanti i tribunali e il *giudice unico* sono pubbliche, a pena di nullità.

Sebbene, in omaggio ad una tradizione inquisitoria, sia previsto che il dibattimento debba iniziare con l'interrogatorio dell'imputato diretto dal giudice, il codice non rinnega affatto uno dei principi fondamentali del contraddittorio, essendo previsto che nel giudizio che segue all'interrogatorio, possano essere

---

<sup>27</sup> Si tratta in particolare, della prevista possibilità di consentire alle parti di formulare esse stesse le domande alle persone interrogate e/o esaminate; di autorizzare a disporre qualsiasi deroga a disposizioni del codice di procedura penale a richiesta dell'imputato o del suo difensore; di prorogare a favore dell'imputato qualsiasi termine processuale o rimettere l'imputato in termine anche nell'ipotesi di termini perentori; di autorizzare l'autorità giudiziaria, nel corso dell'istruzione, a far partecipare i difensori delle parti anche ad diversi da quelli garantiti ai sensi dell'art. 198, comma 1, c.p.p. Sul punto, MARIO PISANI, *op.cit.*, p. 616, ha rilevato come «già allora, nella legislazione vaticana, emergeva una nozione, sua pure soltanto embrionale, rispetto a quella poi delineata, in certo modo, nel nostro 111, di 'giusto processo'. Che era però, al contempo, e sotto altro versante, una nozione assai più ampia e impegnativa, un quanto corrispondente a quella di 'processo giusto'. Un processo – si vuol dire – dove la 'giustizia' consiste non tanto, non soltanto, nella corretta applicazione delle regole (poniamo: le regole del pluriemendato codice italiano 1913), ma in particolare e soprattutto nella giustizia del risultato, cioè della sentenza finale. Il tutto in sintonia con le antiche tradizioni e con la disciplina del generalissimo canone 221 § 2, del codice di diritto canonico del 1983, il quale conferisce ai fedeli il diritto fdi essere giudicati nel rispetto della legge applicata secondo equità («...*iudicentur servati-siuiispraescriptis, cum aequitate applicandis*»).

acquisite le prove dichiarative, le cose ed i documenti indicate dalle parti che, per questo tramite, vedono attuato uno dei principi cardine del contraddittorio, vale a dire il diritto di chiedere l'acquisizione delle prove a discarico.

Sebbene gli esami siano condotti dal giudice, non solo il pubblico ministero, i difensori, durante il dibattimento possono, per mezzo del presidente o del *giudice unico*, fare domande, oltre che all'imputato, alla parte lesa, ai testimoni e ai periti ma a norma dell'art. 28 della legge 21 giugno 1969, n. L possono essere autorizzati a condurre l'esame direttamente se questa misura contribuisca alla celerità del dibattimento.

Non può sfuggire come, anche per questo tramite, trovi attuazione un'altra garanzia fondamentale del giusto processo, vale a dire la facoltà di interrogare le persone che rendono dichiarazioni a carico.

## 9. (segue). *Le letture*

Lo snodo certamente più delicato di una qualunque disciplina processuale allorquando essa intenda rapportarsi con gli *standards* europei del giusto processo e non adotti un modello accusatorio puro, è costituito dal regime delle letture che rappresenta, come noto, lo strumento processuale attraverso il quale si conferisce dignità di prova a quanto svolto nel corso della fase istruttoria. Come sottolineato in dottrina «l'ambito delle letture può essere considerato come la “cartina di tornasole” volta a verificare l'effettiva osservanza del canone dell'immediatezza e dell'oralità dibattimentale»<sup>28</sup>.

Sebbene in apparenza le disposizioni sulle letture sembrino autorizzare un ampio recupero delle attività compiute nel corso dell'istruttoria, a ben vedere, però, anche in questo caso, per effetto della complessa opera di contenimento dell'istruzione formale conseguita all'abolizione delle corti di assise e dell'avocazione, le deroghe al principio della formazione della prova dinanzi al giudice del dibattimento risultano assai meno significative di quanto ad un primo esame esse possano apparire.

Va premesso che la lettura, ai sensi dell'art. 405 c.p.p., ha anzitutto ad oggetto quelli che, con una definizione che si può prendere in prestito dal vigente codice di rito italiano, possono essere definiti mezzi di ricerca della

---

<sup>28</sup> PIER PAOLO RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, in *Dig.disc.pen.*, 1993, p. 405. Sul punto, LUIGI LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 359 che rilevava come, accolto il principio che l'imputato i testimoni e le parti di debbano esaminare e sentire oralmente, dovrebbe essere naturale il divieto di leggere le deposizioni. Sul tema, per le implicazioni anche a livello europeo della disciplina delle letture, cfr. PAOLO FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 200.

prova, vale a dire i processi verbali di ispezioni, perquisizioni, sequestri oltre che di taluni mezzi di prova per i quali la ripetizione può apparire impossibile o inutile, come gli esperimenti giudiziari, le perizie, e le ricognizioni.

A tale riguardo, vi è una importantissima considerazione da svolgere. Perché detti atti possono essere letti al dibattimento ad una condizione fondamentale, prevista a pena di nullità, vale a dire che essi siano stati compiuti con l'intervento del giudice in conformità dei titoli II e III del libro secondo ovvero dal *promotore di giustizia* a norma dell'art. 278.

In sostanza, in questi casi, la lettura si giustifica per il fatto che, ove non si tratti di atti compiuti direttamente dal giudice nel corso dell'istruzione formale, essi sono stati acquisiti nel corso dell'istruzione sommaria con l'intervento del giudice istruttore o con la partecipazione del difensore.

Tali regole si saldano con il regime specificamente previsto per le deposizioni testimoniali. La lettura dei relativi verbali, ai sensi dell'art. 404 c.p.p., infatti, può avvenire solo se le dichiarazioni siano state acquisite nel corso della istruzione formale ed a condizione che i testimoni che le hanno rese siano compresi nelle liste, ne sia stata ordinata la citazione e, soprattutto, che il pubblico ministero e le parti prestino il consenso alla loro lettura<sup>29</sup>.

È evidente come, in sintesi, tutti gli altri atti compiuti dal *promotore di giustizia* diversi da quelli che, a norma dell'art. 278, richiedono l'intervento del difensore o che, a norma dell'art. 279, sono formati dal giudice istruttore, ancorchè presenti nel fascicolo, non possono essere letti.

Nonostante secondo alcune opinioni il non poter dare lettura a questi atti costituirebbe «grave inconveniente che la legge crea, e che si risolve anche in un trattamento d'inferiorità e quali di sospetto ingiusto per il pubblico ministero che è magistrato che deve presumersi capace e retto alla pari del giudice»<sup>30</sup> non può non essere invece notata la lungimiranza di un legislatore che, anticipando di quasi un secolo i principi del contraddittorio, aveva invece inteso escludere dal materiale utilizzabile a fini decisori qualunque atto non formato nel contraddittorio delle parti.

## 10. Il giudizio contumaciale

L'aspetto che, forse, presenta le maggiori criticità e che risulta difficile poter essere rapportato alle garanzie del giusto processo è costituito dal

---

<sup>29</sup> Vi sono anche altri casi in cui è possibile la lettura. Secondo LUIGI LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 360: «così l'oralità e l'autonomia del dibattimento sono un po' troppo compromesse».

<sup>30</sup> GUGLIELMO SABATINI, *op.cit.*, p. 392.

giudizio contumaciale che risente in maniera significativa degli influssi di una concezione, usuale nelle legislazioni dell'epoca, che ravvisava nella mancata presenza dell'imputato dinanzi al giudice una situazione alla quale erano legati effetti pregiudizievoli<sup>31</sup>.

Contumace, ai sensi dell'art. 471 c.p.p., è colui il quale, essendo stato citato a comparire in giudizio, non si presenti senza giustificato motivo nel giorno e nell'ora indicati nel decreto di citazione.

In disparte la complessa problematica – con la quale ancora di recente si è dovuta confrontare la legislazione italiana<sup>32</sup> – dei limiti di compatibilità del processo *in absentia* con in canoni del giusto processo, vi è un aspetto peculiare sul quale è necessario soffermarsi.

Come noto, secondo gli orientamenti più recenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anche quello di non partecipare al processo costituisce una scelta dell'imputato che deve essere rispettata.

Sebbene, sotto questo profilo, la Corte si sia per lo più soffermata sul diritto dell'imputato – ritenuto di importanza fondamentale, nonostante non menzionato espressamente nel paragrafo 1 dell'articolo 6, per assicurare un processo penale equo e giusto – ad essere presente nella sala di udienza e delle condizioni nelle quali esso non può dirsi rispettato<sup>33</sup>, non ha tuttavia mancato di affermare che all'interno del diritto di difesa rientri anche quello di rinunciare all'esercizio dei diritti contemplati dall'art. 6 della Convenzione tenuto conto che né la lettera, né lo spirito della stessa possono impedire di abdicare, purchè spontaneamente e consapevolmente, alle garanzie di un processo equo<sup>34</sup>.

Va evidenziato come l'abolizione del processo dinanzi alla corte di assise, pur avendo ridotto la portata della disciplina della contumacia, non ne ha tuttavia affatto ristretto l'ambito di applicazione. Nella previsione originale, la

---

<sup>31</sup> Per una retrospettiva storica dell'istituto della contumacia, si v. PAOLO MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1 ss; GUSTAVO PANSINI, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1963, p. 18 ss; GIULIO UBERTIS, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 11 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Legge 28 aprile 2014, n. 67.

<sup>33</sup> Tra le tante, CEDU, 22 settembre 1994, *Lala c. Olanda*, § 33; CEDU 23, novembre 1993, *Poitrinol c. Francia*, § 35; CEDU, 12 febbraio 2004, *De Lorenzo c. Italia*. In effetti, sebbene non espressamente menzionato, la Corte di Strasburgo ha ripetuto più volte non solo che il diritto per l'«imputato» di prendere parte all'udienza deriva dall'oggetto e dallo scopo dell'articolo nel suo insieme ma che del resto, le facoltà che i commi c), d) ed e) del paragrafo 3 riconoscono a «ogni imputato», vale a dire il diritto a «difendersi personalmente» «esaminare o fare esaminare i testimoni» e «farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza», costituiscono delle precondizioni del diritto di partecipazione. Sull'argomento, ANNALISA MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 22 ss.

<sup>34</sup> Cfr. CEDU, 30 novembre 2000, Kwiatkowska.

mancata presentazione dell'imputato regolarmente citato dinanzi alla corte di assise, tra le altre conseguenze pregiudizievoli, subiva anche quella di vedersi giudicato senza intervento dei giurati.

Sebbene questa limitazione, per effetto dell'abolizione del giudizio delle Corti di assise, ha perduto qualsiasi attualità, non è invece stato in alcun modo contenuto il principale effetto derivante dalla mancata comparizione dell'imputato, costituito dal fatto che, ai sensi dell'art. 473 c.p.p., costui perde la facoltà di chiedere prove a discolpa. Tra l'altro, secondo talune opinioni, in questa ipotesi anche il potere officioso del giudice nell'acquisizione delle prove subisce una fortissima limitazione<sup>35</sup>.

A proposito di questa disciplina, alcune opinioni della dottrina coeva all'emanazione del codice aveva sottolineato come, qualora, accertato l'effetto della notificazione, sia necessario procedere in contumacia, non vi sarebbe ragione alcuna perché si debbano stabilire norme eccezionali come quella che impedisce l'esclusione delle prove a discarico che oltre ad apparire come una forma di «castigo» per «una ipotetica disobbedienza» si traduce in pratica nel disconoscimento delle «esigenze più elementari e più urgenti del processo e della giustizia, dallo stesso punto di vista dell'interesse repressivo»<sup>36</sup>.

Si tratta di osservazioni che, soprattutto se rilette alla luce dei più recenti principi espressi soprattutto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel corso degli ultimi anni, mettono in evidenza il livello di sensibilità raggiunto dalla dottrina giuridica dell'epoca.

Per la verità, anche in questo caso non si può omettere di osservare come, con una lungimiranza non certamente trascurabile, il legislatore avesse comunque previsto che la pronuncia emessa a seguito di un procedimento in cui fossero mancate le garanzie per l'imputato, dovesse avere carattere provvisorio potendo (come per le sentenze inappellabili) o, in alcuni casi, dovendo (come per le sentenze più gravi) essere ritenuta caducata. A seguito, rispettivamente di opposizione o di purgazione della contumacia<sup>37</sup>, è possibile successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna, lo svolgimento del giudizio nella pienezza del contraddittorio<sup>38</sup>.

Se ci si sofferma su tali aspetti, è indubbio come la costruzione del giudizio

---

<sup>35</sup> PAOLO MOSCARINI, *op.cit.*, p. 86.

<sup>36</sup> LUIGI LUCCHINI, *Elementi*, cit., p. 353.

<sup>37</sup> La purgazione era prevista per le più gravi condanne pronunciate dalla corte di assise vale a dire per le sentenze di condanna alla pena dell'ergastolo, della reclusione non inferiore ai cinque anni ovvero dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici (art.475); l'opposizione, invece, per il condannato in contumacia con sentenza inappellabile (art. 479).

<sup>38</sup> Per una approfondita ricostruzione del giudizio contumaciale nel codice 1913, cfr. PAOLO MOSCARINI, *La contumacia*, cit., p. 81 ss.

contumaciale contenuta nel codice 1913, complessivamente, oltre costituire « un innegabile progresso rispetto a quella anteriore»<sup>39</sup>, «conteneva in sé il germe di ciò che, in una moderna visione dei rapporti tra lo Stato ed il cittadino, avrebbe dovuto caratterizzare il fenomeno della contumacia nel processo penale»<sup>40</sup>.

Tuttavia, tale pur non trascurabile apertura, non fa perdere al giudizio contumaciale il significato sanzionatorio<sup>41</sup>, non certamente al passo con i tempi<sup>42</sup>, che ne rende improcrastinabile la revisione.

Il problema che rende, infatti, non più rinviabile una modifica del giudizio contumaciale è costituito dal fatto che la purgazione della contumacia di cui all'art. 475 c.p.p. (originariamente avente ad oggetto le sole sentenze più gravi pronunciate dalla corte di assise ed oggi certamente operante per quelle pronunciate dal tribunale di prima istanza), non solo presuppone la costituzione in carcere del condannato, ma non risulta neppure applicabile a tutte le decisioni di condanna, risultando da esse escluse quelle pronunciate dal giudice unico e quelle a pena inferiore a cinque anni.

Sebbene avverso dette sentenze sia comunque proponibile appello e, dunque, si potrebbe pensare che in secondo grado l'imputato possa recuperare le garanzie delle quali è stato privato in primo grado, a ben vedere, come messo in evidenza dalla dottrina<sup>43</sup>, con l'appello non si consente un pieno ripristino dei diritti all'impugnante in quanto l'attività probatoria, eventualmente sollecitata con l'impugnazione, viene rimessa alla prudente ed incensurabile valutazione del giudice che può disporla se assolutamente indispensabile per la decisione.

## *II. Conclusioni*

A conclusione della breve analisi svolta è possibile formulare, attraverso un quadro di sintesi, alcune riflessioni sullo stato della legislazione processuale nello Stato della Città del Vaticano.

---

<sup>39</sup> PAOLO MOSCARINI, *op.cit.*, p. 87

<sup>40</sup> GUSTAVO PANSINI, *La contumacia*, cit., p. 30.

<sup>41</sup> PAOLO MOSCARINI, *op.cit.*, p. 99.

<sup>42</sup> Come sottolineato da CLAUDIO PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 4 ss. il giudizio che segue alla purgazione garantisce un contraddittorio solo apparente che contrasterebbe comunque con l'ispirazione di fondo dell'istituto destinato a restituire tutte le prerogative difensive all'imputato rimasto contumace nel primo giudizio.

<sup>43</sup> PAOLO MOSCARINI, *op.cit.*, pp. 147-148.

Una prima constatazione è che l'ultrattività di cui gode l'ultracentenario codice Finocchiaro-Aprile non sembra accusare eccessivamente, nonostante la sua età, i segni del tempo e che, dunque, non possa non essere condivisa la scelta operata nel 2008 da Papa Ratzinger, allorquando, in occasione dell'adozione delle nuove norme sulle fonti del diritto, nell'introdurre nell'ordinamento vaticano il codice civile del 1942, aveva invece deciso di non recepire il codice di procedura penale italiano del 1988<sup>44</sup>.

Figlio di una stagione politica destinata, nel breve volgere degli anni, ad essere sovvertita da uno dei tanti ricorsi della storia, il codice 1913 rapidamente soppiantato dal codice Rocco nel Regno d'Italia, pur impostato su un modello misto, aveva certamente il pregio di essere riuscito adattare un adeguato bilanciamento, ancora oggi in grado di superare i *test* più severi imposti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, tra le esigenze legate all'accertamento dei fatti e le garanzie dell'imputato. Non a caso, la dottrina più recente non ha mancato di osservare come quel codice avesse inaugurato «*ante litteram*, la stagione del 'garantismo inquisitorio'»<sup>45</sup>.

Imparzialità del giudice; diritto di difesa; presunzione di innocenza; diritto alla prova; garanzie di contesto del processo, come la pubblicità delle udienze e la ragionevole durata, come visto, sono principi sui quali è saldamente eretto il processo penale vaticano.

Significative, soprattutto se rapportati ai modelli processuali attualmente vigenti ed in particolare a quello italiano, le previsioni che esigono la partecipazione della difesa o l'intervento del giudice per il compimento di taluni atti svolti nel corso delle indagini e soprattutto il collegamento dell'attuazione di dette garanzie con il regime di lettura nel dibattimento degli atti così formati.

Estremamente attuali sono le scelte compiute dal legislatore con riferimento all'intervento della giurisdizione nel corso delle indagini (con le possibili ricadute sul rito istruttorio) allorquando nei confronti dell'imputato siano state adottate misure limitative della libertà personale.

Con ciò, ovviamente, non si possono nascondere alcuni limiti che richiedono un rinnovato sforzo del legislatore per non far correre il rischio di una perdita di autorevolezza alle decisioni assunte dai suoi organi.

Quello che appare anzitutto alquanto farraginoso nel complesso è, come visto, il modo attraverso il quale si delinea il rapporto tra istruzione sommaria e quella formale perché essa mostra un singolare disallineamento tra la disciplina di diritto positivo e quanto avviene nella prassi.

---

<sup>44</sup> Dal quale, come sottolinea MARIO PISANI, *op. cit.*, p. 613: «il legislatore vaticano prendeva silenziosamente le distanze».

<sup>45</sup> PAOLO MOSCARINI, *op. cit.*, p. 82.

Si è avuto modo di evidenziare come, per quanto riguarda le forme dell'istruttoria, il codice risulti costruito attorno al rito formale che funge da modello al quale fa rinvio, *in parte qua*, quello sommario quasi che il primo fosse lo schema ordinario e prevalente attraverso il quale si svolgono di regola le indagini, cosa che, invece, non è. Come si è visto, l'istruzione formale, anche per effetto delle modifiche apportate dalle riforme introdotte dal legislatore vaticano, è praticamente rimasta svuotata di applicazione, costituendo essa un regime eccezionale che si innesta, con le pur apprezzabili finalità di garanzia, su una vicenda cautelare in atto.

Sebbene il risultato debba essere valutato, nel suo complesso, in linea con i principi del giusto processo, un ripensamento di questa struttura non avrebbe solo un valore, per così dire, estetico, sempre indispensabile per conferire al sistema razionalità e coerenza.

Ben altri, però, sono gli interventi normativi che sembrano non più procrastinabili.

Si sono messe in evidenza le incongruenze che presenta il giudizio contumaciale, non compatibile con le garanzie che si ritengono oggi indispensabili per assicurare al giudizio *in absentia* la necessaria compatibilità con i più moderni *standards* europei.

Nonostante, come visto, la disciplina vigente contenga il germe di ciò che, in una moderna visione, dovrebbe rappresentare il rapporto tra lo Stato ed il cittadino, esso non si è spinto fino al punto di depurare totalmente il giudizio contumaciale da ogni contaminazione inquisitoria.

Anche alcune rigidità in materia cautelare (come quelle della obbligatorietà del mandato di cattura o il divieto di concessione della libertà provvisoria per determinati reati), da un lato, e l'assenza di disciplina di nuove tecniche di indagini, come le intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali, dall'altro, costituiscono settori sui quali il legislatore difficilmente potrà omettere di intervenire nel breve periodo.

RIASSUNTO

Nello Stato della Città del Vaticano trova applicazione dal 1929, per un singolare ricorso della storia, il codice di procedura penale varato in Italia nel 1913 che fu soppiantato, dopo pochi anni di vita, in quello Stato, dal codice dell'era fascista.

Sebbene datata, anche grazie ai numerosi rimaneggiamenti ai quali il testo è stato sottoposto nel corso degli anni, la disciplina che attualmente regola il processo non solo risponde bene alle esigenze dell'amministrazione giudiziaria dello Stato più piccolo del mondo, ma risulta dotato di istituti che, per l'epoca in cui furono concepiti, erano davvero lungimiranti e possono oggi ritenersi rispondenti alle esigenze di attuazione delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU che, sebbene non sottoscritta dalla Città del Vaticano può oggi considerarsi la Carta basilare sulla quale testare la giustizia delle decisioni prodotte dagli organi giudiziari.

PAROLE CHIAVE

*Ordinamento vaticano; procedura penale vaticana*

ABSTRACT

In 1929, the Vatican State adopted the Italian Code of Criminal Procedure ("Code"), approved in Italy in 1913. This Code is still in force in the Vatican State even if in Italy it was replaced after just a few years of life by the so called "fascist era code" ("codice dell'era fascista"). Even if the Code dates back many years, thank to the several changes made to the text over the time, it not only responds well to the needs of the judicial administration of the smallest state in the world, but is also endowed with legal institutions that, for the time they were conceived, have proved to be really far-sighted and can still be considered fully compliant with the essential requirements of the due process of law set out in art.6 of the ECHR which, although not signed by the Vatican State, can nowadays be considered the fundamental reference to assess the level of equity of the decisions taken by the judicial authority.

KEY WORDS

*Vatican law; criminal vatican law*

## *La costruzione del diritto vaticano: il contributo della dottrina*

GIOVANNI B. VARNIER

Nel decennio 1929-1939 l'ordinamento del nuovo Stato della Città del Vaticano fu oggetto di un vivo interesse scientifico, a cui per la ricchezza degli studi allora prodotti si fa riferimento ancora oggi. Tra questo materiale si distingue il contributo di Federico Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, pubblicato a Firenze dagli Editori Bemporad nel 1932.

Nell'introduzione al volume, alla luce della legge fondamentale sul nuovo Stato e delle norme sull'ordinamento amministrativo, economico, commerciale, professionale e di pubblica sicurezza, il Cammeo osserva: «Con queste leggi, col diritto canonico, con quello del Regno d'Italia, che, in grado diverso di preminenza ed efficacia, sono richiamati dichiarati applicabili e con alcune altre fonti secondarie si ha già un ordinamento giuridico sufficientemente completo, non solo ai fini pratici, come risulta dal fatto che lo S.C.V. ha, in base ad esso, vita e funzione da oltre un anno, ma altresì all'effetto di una esposizione dottrinale, al meno sommaria ed istituzionale.

Tale esposizione offre, a mio avviso, un notevole interesse, sia considerata di per sé, sia considerata in comparazione con l'ordinamento giuridico degli Stati moderni e in specie del Regno d'Italia» (p.1).

Nel 2005 l'opera del Cammeo – tanto necessaria quanto ormai introvabile – è stata ripresentata dalla Libreria Editrice Vaticana con ristampa anastatica e con appendici di aggiornamento di: Giuseppe Dalla Torre, *L'ordinamento costituzionale vaticano nel suo sviluppo storico*; Piero Antonio Bonnet, *Le fonti normative e la funzione legislativa*; Gianluigi Marrone, *Attività di governo e organizzazione amministrativa*; Nicola Picardi, *Ordinamento giudiziario dello Stato della Città del Vaticano*; Geraldina Boni, *Bibliografia*.

Possiamo così osservare che gli anni che corrispondono alla fase della costruzione materiale dello Stato vaticano sono anche quelli di maggior attenzione per le peculiarità normative del tutto uniche di tale Stato e quindi per la sistemazione del suo diritto. «Il primo decennio di vita della Città del Vaticano è caratterizzato dalla costruzione dello Stato, nella sua struttura fisica, nel suo

ordinamento giuridico, nelle sue istituzioni, nei servizi, nella sperimentazione della sua determinante funzione strumentale rispetto alla Santa Sede» (Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di Diritto vaticano*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 212-213).

Dopo quell'esordio, il diritto vaticano (ancora lontano da costituirsi in autonoma disciplina scientifica all'interno dell'unica scienza del diritto) conobbe un silenzio tanto che fino a qualche decennio orsono ci si poteva interrogare sull'esistenza stessa del diritto vaticano. In un tempo a noi più vicino, il contesto è rapidamente mutato e, unendo mattoni diversi, si sta progressivamente delineando una costruzione nuova. A questo proposito non è necessario precisare che tale diritto è il diritto di uno Stato estero, dunque, un diritto straniero che si riferisce ad una realtà statale sovrana e che, tra legislazione, giurisprudenza e prassi amministrativa, continua a svilupparsi con propria autonomia.

Decisivo per questo sviluppo fu l'impegno del legislatore vaticano a riformare il diritto penale e penale processuale dello Stato; al fine di meglio rispondere ai mutamenti che stanno attraversando la società contemporanea e all'estendersi di nuove forme di criminalità.

Nel percorso riformatore, in qualche caso anche profondo, prendendo in esame l'analisi della giurisprudenza vaticana, possiamo osservare come quest'ultima, specialmente la più recente, abbia in certa misura anticipato e orientato proprio l'intervento del legislatore (cfr., Giuseppe Dalla Torre-Geraldina Boni, *Il diritto penale della Città del Vaticano*, Giappichelli, Torino, 2014).

Altro elemento, che documenta l'attenzione per lo studio di queste novità, è rappresentato dalla costituzione di una Scuola di Alta Formazione in Diritto Canonico, Ecclesiastico e Vaticano presso la Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA), a cui sommare il fatto che nell'ambito delle attività della Scuola dal 2015 vengono pubblicati dalla Libreria Editrice Vaticana gli *Annali di Diritto Vaticano*. Si tratta di una raccolta di saggi di dottrina, giurisprudenza, legislazione, storia e bibliografia avente ad oggetto il diritto vaticano inteso in senso lato.

Relativamente agli anni dal 2015 al 2018 sono stati editi quattro volumi, i primi tre (2015-2017) curati da Giuseppe Dalla Torre e da Piero Antonio Bonnet, mentre il volume relativo al 2018, dopo la dolorosa scomparsa del prof. Bonnet, si deve oltre che al Dalla Torre anche a Gian Piero Milano. Complessivamente abbiamo un impegno scientifico ed editoriale di notevole respiro, che ha già abbondantemente superato le migliaia di pagine a stampa.

Come possiamo leggere nella *Presentazione* del primo numero degli *Annali* del 2015: «Il procedere sempre più incidente della globalizzazione anche

nella sfera del diritto, ma non solo questo, hanno imposto un'accelerazione inusitata nella trasformazione del diritto vaticano in diversi settori, ed in particolare nell'ambito del diritto penale sostanziale e processuale così come nell'ambito finanziario. Anche l'esperienza giuridica, e segnatamente l'attività giudiziaria, si è implementata sia sul terreno statistico sia specialmente su quello delle fattispecie. Così come gli altri Stati, anche il Vaticano non è più una monade chiusa rispetto alle altre sovranità nazionali, ma una realtà sempre più aperta al commercio giuridico internazionale. Tra l'altro la Santa Sede, partecipe sensibile delle ansie e delle speranze della comunità internazionale, ha sottoscritto una serie di convenzioni internazionali che hanno attivato processi di esecuzione interna e rapporti di collaborazione all'esterno» (p.6).

È comprensibile come non sia possibile richiamare tutto il materiale fino ad oggi pubblicato e limitandoci quindi a qualche riferimento nel settore della dottrina, si possono segnalare, in ordine alfabetico, i contributi pubblicati nel settore studi: Juan Ignacio Arrieta, *Le istituzioni collegate con la Santa Sede*; Piero Antonio Bonnet, *Lo spirito del diritto penale vaticano*; Carlo Cardia, *La condizione giuridica ex art. 16 Trattato del Laterano del Pontificio Seminario Lombardo (Parere pro rei veritate)*; Settimio Carmignani Caridi, *Il giudice italiano e le Università pontificie: un "rapporto" controverso*; Matteo Carnì, *Successioni e donazioni del Diritto vaticano. Profili sostanziali e processuali*; ID., *Mario Falco e il Diritto vaticano. Un contributo dimenticato*; Isabella Cortesi, *Il diritto vaticano in materia finanziaria. Considerazioni preliminari*; Giuseppe Dalla Torre, *Diritto penale vaticano e diritto penale canonico*; ID., *Stato della Città del Vaticano e Munus Petrinum*; Paul Richard Gallagher, *I rapporti internazionali e l'attività convenzionale della Santa Sede*; Paolo Pappanti-Pelletier, *La giurisdizione amministrativa nello Stato della Città del Vaticano*; Mattia Persiani, *Considerazioni sul lavoro "Sub Umbra Petri"*; Francesco Ricciardi Celsi, *La circolazione monetaria nello Stato della Città del Vaticano*; Roberto Zannotti, *La normativa antiriciclaggio dello Stato vaticano*.

Questa ripresa vede l'avvio per percorsi del tutto nuovi come quello relativo al diritto vaticano in materia finanziaria e che si svolge in un contesto che come si è detto risulta per molti aspetti differente.

Non sfugge al lettore che nel fare riferimento alla dottrina nella costruzione del diritto vaticano è d'obbligo il richiamo all'apporto di Giuseppe Dalla Torre (che sta dedicando un notevole impegno scientifico e professionale alla costruzione del diritto vaticano). Il suo contributo allo studio della normativa della *Civitas Vaticana* è documentato anche dalla recente pubblicazione delle sue *Lezioni di Diritto vaticano*. Nella *Presentazione* di queste lezioni egli osserva che: «A scorrere la bibliografia, dopo la produzione scientifica dei primi

anni dalla costituzione dello Stato della Città del Vaticano, produzione scientifica sempre elitaria ma in genere assai qualificata, si nota un sostanziale disinteresse per il diritto di questa entità statale. Gli ecclesiasticisti italiani si occupano prevalentemente – e comprensibilmente – degli effetti delle norme pattuite nell'ordinamento italiano, ma trascurano in genere, seppure con le dovute ed in alcuni casi autorevoli eccezioni, dei loro effetti vaticano, e più ancora delle configurazioni e delle evoluzioni di questo. Qualche ritorno di fiamma nell'interesse per la materia si nota solo nel sopravvenire di pronunce dell'autorità giudiziaria italiana, relative all'interpretazione ed alla portata di alcune disposizioni pattizie» (p. XI).

Siamo quindi in presenza di un ambito di indagine nuovo che attende gli studiosi, per essere ulteriormente conosciuto e approfondito.

RIASSUNTO

Il contributo verte sulla costruzione dell'autonomia scientifica del diritto vaticano quale nuovo campo di indagine all'interno dell'unica scienza del diritto a partire dalla riflessione dottrinale specificamente dedicata al tema

PAROLE CHIAVE

*Ordinamento giuridico Stato della Città del Vaticano; contributi dottrinali recenti; autonomia scientifica del diritto vaticano*

ABSTRACT

The contribution focuses on the construction of the scientific autonomy of Vatican law as a new field of investigation within the single science of law starting from the doctrinal reflection specifically dedicated to the topic

KEY WORDS

*Legal order State of Vatican City; recent doctrinal contributions; - scientific autonomy of Vatican law*

# *Le tradizioni religiose nelle relazioni familiari. Raffronti tra divorzio italiano e ripudio marocchino*

SIMONA ATTOLLINO

**SOMMARIO:** 1. Parità coniugale e diritti fondamentali. Percorsi paralleli – 2. Verso la de-giurisdizionalizzazione del divorzio – 3. I caratteri del Talāq. Verso un modello di compatibilità europea? – 4. Lo scioglimento del matrimonio per discordia: lo šiqāq marocchino in Italia – 5. Tradizioni cultural-giuridiche a confronto

## *1. Parità coniugale e diritti fondamentali. Percorsi paralleli*

La conformazione della società contemporanea europea conosce modelli di relazioni familiari assai diversificati, in ragione, tanto dell'evoluzione normativa che gli ordinamenti giuridici interni hanno conosciuto negli ultimi anni, quanto dei processi migratori in atto che hanno riproposto istituti, come la poligamia<sup>1</sup> e il ripudio, caratterizzati da relazioni coniugali incentrate sulla potestà maritale.

Il presente contributo intende, quindi, prendere le mosse dalla registrata policromia delle forme affettive, seguendo percorsi di analisi paralleli attraverso il diritto nazionale (italiano) e quello afferente alla tradizione musulmana della famiglia, per evidenziarne discrasie genetiche e convergenze inaspettate, offrendone – auspicabilmente – una lettura in chiave evolutiva.

Il principale elemento di attenzione non può che incentrarsi sul principio di

---

<sup>1</sup> La diffusione della poligamia in talune tradizioni religiose ha, in effetti, origini antiche. Si pensi – solo per citarne una – alla Chiesa mormone, come testimonia una storica sentenza della Corte Suprema americana, *Mormon Church vs United States* del 1889, in cui si afferma che se è vero che la poligamia è un istituto specificatamente islamico, è altrettanto pacifico che il modello monogamico è radicato nella tradizione cristiana. I matrimoni poligamici – soggiunge la pronuncia – sono contrari allo spirito della cristianità (*contrary to the spirit of Christianity*), ovvero alla civiltà occidentale nella quale il Cristianesimo si è affermato (*the civilization which Christianity has produced in*). Si veda sul tema, CAROL WEISBROD, *The Law and reconstituted Christianity: The Case of the Mormons*, in *Religious Conscience, the State and The Law, Historical Contexts and Contemporary Significance*, State University of New York Press, Albany, 1999, p. 140; FRANCESCO ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, p. 160 ss. e bibliografia ivi citata;

uguaglianza tra uomo e donna, oggetto del contrasto in merito all'ammissibilità e al riconoscimento di talune figure giuridiche proprie del diritto islamico<sup>2</sup> di famiglia nel nostro sistema ordinamentale, seppure caratterizzato anch'esso, fino ad un recente passato, dalla disuguaglianza coniugale<sup>3</sup>.

Fino alla metà degli anni Cinquanta, infatti, dottrina e giurisprudenza attestavano la sussistenza del potere coercitivo e disciplinare del marito nei confronti della moglie<sup>4</sup>: il codice civile previgente, del resto, attribuiva al primo l'autorità maritale sulla seconda e ciò lo autorizzava a richiamare e correggere la moglie. Si trattava del potere di esercitare vere e proprie forme di violenza fisica o morale sulle donne e sui figli<sup>5</sup>, per rimarcare il ruolo di capo della famiglia<sup>6</sup>.

La diffusa interpretazione che la giurisprudenza forniva del rapporto coniugale e della negata uguaglianza fotografa un significativo contrasto con l'attuale contesto socio-familiare e delle relazioni interpersonali<sup>7</sup>, in linea con lo spirito della Costituzione del 1948<sup>8</sup>.

Ne è la riprova il mutamento lessicale e l'abbandono di terminologie quali

---

<sup>2</sup> In linea generale, è bene specificare che il diritto musulmano si presenta un come «sistema giuridico plurale», caratterizzato cioè da una estrema frammentarietà in ragione della pluralità delle fonti secondarie (finalizzate a stemperare la durezza di talune disposizioni coraniche), dalla rilevanza degli usi preesistenti e dalla varietà delle interpretazioni dottrinali.

<sup>3</sup> Sempre attuali gli studi di FRANCO MODUGNO, *L'eguaglianza dei coniugi e il capo di famiglia: una critica della patria potestà*, in *Giust. Civ.*, 1964, p. 65 ss.; ENZO CHELI, *Principio generale di uguaglianza e graduazione degli interessi nell'ambito familiare*, in *Giust. Civ.*, 1966, p. 804 ss.

<sup>4</sup> Sullo *ius corrigendi*, cfr. CORTE DI CASSAZIONE 20 dicembre 1954; CORTE DI APPELLO DI TRENTO 13 settembre 1957, secondo cui «nell'esercizio della potestà maritale può il marito inibire alla moglie di frequentare persone non gradite e di uscire di casa da sola e senza la compagnia del coniuge».

<sup>5</sup> L'interpretazione risalente permetteva l'uso della violenza nell'ambito di particolari relazioni tra individui, purché nei limiti di una *vis modica* che non determinasse pericolo di una malattia nel corpo o nella mente. Così CORTE DI CASSAZIONE, VI sez. penale, 11 aprile 1996; CORTE DI CASSAZIONE, VI sez. penale, 8 maggio 1990. La qualifica di «capo della famiglia», attribuita dal codice civile, aveva anche effetti dal punto di vista penalistico: il Codice Rocco del 1930 introdusse il reato di «abuso dei mezzi di correzione» all'art. 571 c.p., inserito, significativamente, non tra i reati contro la persona, bensì contro la famiglia. Cfr., MARIA CHIARA PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in ALBERTO CADOPPI (a cura di), *I reati contro la famiglia*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 299-368.

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 131 del Codice civile del 1965 «il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza».

<sup>7</sup> Lo testimonia, CORTE DI CASSAZIONE, VI sez. penale, 3 maggio 2005, n. 16491 che segna una tappa fondamentale nell'interpretazione del concetto di *ius corrigendi* e nell'analisi ermeneutica dell'art. 571 c.p., offrendo un'esegesi della norma non più secondo i canoni socio-culturali del 1930, ma che tiene conto del mutato quadro culturale e normativo.

<sup>8</sup> Seppure formule ambigue in tal senso si rilevino all'interno della stessa Carta fondamentale, come si evince dalla formulazione dell'art. 29, secondo comma, ove «il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare», a dimostrazione dell'influsso del contesto storico-culturali in cui la norma venne concepita.

“potestà maritale” o “patria potestà” in favore di “uguaglianza morale e giuridica dei coniugi” e “responsabilità genitoriale”: l’oramai vetusto impianto normativo del Codice Pisanelli del 1865 lascia il passo ad un corpo organico di disposizioni civilistiche nel 1942, orientate dalla bussola della Carta costituzionale qualche anno dopo.

Il percorso non è stato, tuttavia, privo di opposizioni.

Anche il nostro diritto di famiglia ha conosciuto importanti trasformazioni che, sollecitate sia dai mutamenti in corso negli ordinamenti europei, sia dalla crescente rilevanza dei diritti fondamentali dell’individuo, hanno scardinato, sotto più profili, la struttura familiare “tradizionale”<sup>9</sup>.

Da un primo punto di vista, l’attenzione si è spostata dal piano dello statuto, a quello del rapporto, verso il graduale superamento della visione meramente istituzionalistica della famiglia, che, oltre il dato formalistico (l’atto di matrimonio), decide di valorizzare soprattutto il concreto svolgimento della vita di coppia (il rapporto) e la sua funzione<sup>10</sup>. Sotto altro profilo, il conclamato processo di atomizzazione delle relazioni familiari ha rimarcato la specifica importanza delle posizioni individuali e la tutela degli interessi dei singoli, non più assimilabili solo a quelli comuni del “gruppo famiglia”, ma considerati nella loro autonomia, in quanto portatori di libertà individuali<sup>11</sup>. La “nuova” famiglia ha un’impronta individualistica e sulle aspirazioni alla felicità di coppia tendono a prevalere le aspirazioni alla felicità dei singoli individui nella coppia.

La stessa tensione tra il modello (astratto) di famiglia tradizionale e le diverse forme (concrete) di relazioni affettive e coniugali che alimenta il dibattito in seno alla scienza civilistica si ripropone dinanzi alla possibilità di ammettere legalmente istituti sorti in sistemi ordinamentali “altri” e, soprattutto, giustificati da tradizioni e costumi religiosi diversi.

Ecco, quindi, che il ruolo che la “tradizione” occupa nella regolamentazione delle relazioni familiari – concetto in passato utilizzato proprio per giustificare profili di disuguaglianza coniugale<sup>12</sup> – andrebbe, in realtà, riletto alla

---

<sup>9</sup> LUIGI BALESTRA, *L’evoluzione del diritto di famiglia e la molteplicità delle realtà affettive*, in TOMMASO AULETTA (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss.

<sup>10</sup> Il culmine della crisi del sistema familiare vede accompagnarsi dalla stagione delle riforme post-codicistiche – dalla legge n. 898/1970 sul divorzio, alla riforma organica n. 151/1975, sino alla legge n. 194/1978 sull’interruzione di gravidanza.

<sup>11</sup> Cfr., tra gli altri, MARCELLA FORTINO, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 172 ss..

<sup>12</sup> Si veda CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, in tema di adulterio *ex art. 559 c.p.*, fattispecie dichiarata, qualche anno dopo, costituzionalmente illegittima dalla stessa Consulta con le sent. 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147. Nel 1961, la Corte così

luce delle *diversità*, prima affettive e poi, genericamente, culturali che stanno accompagnando il processo di frammentazione della stessa famiglia fondata sul matrimonio.

Processi analoghi si sono sviluppati in altre realtà ordinamentali, apparentemente distanti dal modello occidentale. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'evoluzione che ha conosciuto il diritto di famiglia in Marocco (*Mudawana al-usra* del 2004)<sup>13</sup> e alla rilettura innovativa di molti dei suoi istituti, anche alla luce dei processi di revisione costituzionale che nel corso degli ultimi anni hanno segnato il Regno marocchino<sup>14</sup>.

Il paradigma in questo caso è significativo – ai fini della presente riflessio-

---

si esprimeva: «(...) è da rilevare che il diritto alla fedeltà non è l'unico oggetto della tutela e della offesa; ma che anche se lo fosse ciò non costituirebbe ragione sufficiente per la illegittimità della norma. Quella diversità di situazioni, infatti, che, secondo la interpretazione dell'art. 3 ora ricordata, esclude che il diverso trattamento costituisca violazione del principio di eguaglianza, è determinata, in diritto penale, non soltanto dalla diversa natura del bene leso, ma anche da una diversa quantità e gravità della offesa a carico dello stesso bene. Per conseguenza, anche ammettendo che unico bene protetto dalla norma dell'art. 559 sia la fedeltà coniugale, già basterebbe ad escludere la illegittimità del diverso trattamento, senza necessità di far capo alla unità familiare, la maggiore gravità della offesa che il legislatore, in conformità della comune opinione, riscontra nella infedeltà della moglie, e che non è negata, anzi talvolta è esplicitamente ammessa, dai sostenitori della illegittimità. Indubbiamente, secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che idealmente si ispiri la vita della famiglia, il principio della fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento (...)».

<sup>13</sup> Il Codice marocchino di statuto personale (*Mudawwana al-ahwal al-sahsiyya*), promulgato tra il 1957 e il 1958, con cinque consecutivi decreti, contenente 297 articoli, è stato sostituito nel 2004 con un nuovo Codice (*Mudawwana al-usra*), composto da 7 libri e contenente 400 articoli. Per approfondimenti, si veda AGOSTINO CILARDO, *La riforma del diritto di famiglia in Marocco*, in FRANCO MAZZEI, PATRIZIA CARIOTI (a cura di), *Oriente, Occidente e dintorni. Scritti in onore di Adolfo Tamburello*, Ed. Il Torcoliere, Napoli, 2010, p. 467 ss.

<sup>14</sup> AHMED BOUACHIK, MICHEL DEGOFFE, CHARLES SAINT-PROT (a cura di), *La Constitution marocaine de 2011: Lectures croisées*, Ed. Remald, Rabat, 2012; ASSOCIATION MAROCAINE DE DROIT CONSTITUTIONNELLE (a cura di), *Cinquante ans de vie constitutionnelle au Maroc*, Publication d'Association Marocaine de Droit Constitutionnelle, Rabat, 2013; OMAR BENDOUROU, RKIA EL MOSSADEQ, MOHAMMED MADANI (a cura di), *La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique*, La Croisée des Chemins, Casablanca, 2014; FRANCESCO BIAGI, *The Pilot of Limited Change. Mohammed VI and the Transition in Morocco*, in JUSTIN O. FROSINI, FRANCESCO BIAGI (a cura di), *Political and Constitutional Transitions in North Africa: Actors and Factors*, Routledge, London, 2015, pp. 50-80. Sulle precedenti revisioni costituzionali e sull'evoluzione storica del regime marocchino, per tutti, cfr. DRISS BASRI, *Evolution constitutionnelle au Maroc depuis 1962*, in DRISS BASRI, MICHEL ROUSSET, GEORGES VEDEL (a cura di), *Trente années de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence 1993, Paris, 1993, pp. 75-103.

ne – in ragione della particolare diffusione della tradizione religiosa islamica sul territorio.

L'Islam in Marocco coincide con la scuola giuridica risalente all'Imam Malik Bnu Anass (715ca796), i cui principi hanno assicurato il mantenimento della coesione sociale, pur nella timida apertura alle diverse interpretazioni religiose, influenzando alcuni importanti settori di normazione giuridica. Si pensi proprio all'introduzione del nuovo Codice di statuto personale nel 2004.

Il provvedimento ha rappresentato un grande passo in avanti sul fronte della condizione femminile in ambito familiare, provvedendo a rimuovere talune imposizioni subite, come l'obbligo di obbedienza al marito, ed introducendo facoltà sino ad allora inesistenti, come quella per una maggiorenne di poter concludere contratti di matrimonio senza il consenso del tutore legale (*wali*)<sup>15</sup>.

Il nuovo contesto normativo manifesta interessanti profili di consonanza con i sistemi occidentali, aprendo ad una costituzionalizzazione del diritto privato della famiglia: un diritto seppur ancora fortemente impregnato di valori religiosi<sup>16</sup>, comunque più attento alla regolamentazione dei profili giuridici e aperto al dialogo con gli ordinamenti democratici occidentali.

Un punto resta divisivo.

Negli ordinamenti di ispirazione religiosa il referente divino permane. Il matrimonio resta un fatto religioso, persino in Marocco ove il Re assume la doppia qualifica di Capo dello Stato e Principe dei credenti<sup>17</sup> e il principio di

---

<sup>15</sup> Permangono ancora restrizioni nei confronti della donna in materia di eredità. Alla musulmana non è, inoltre, consentito sposare (legalmente) un non musulmano. Infine, la poligamia non è stata formalmente abolita, ancorché questa pratica da tempo oramai risulta scarsamente utilizzata dai marocchini. Accuratamente sul punto, si consulti FRANCESCO ALICINO, *La libertà religiosa nella nuova Costituzione del Marocco*, in *AIC Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 4, 2013, pp. 1-13; cfr., altresì, ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le strutture familiari nel Maghreb tra diritto religioso e diritto civile*, in FRANCESCO ALICINO, FEDERICA BOTTI (a cura di), *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 67 ss., spec. pp. 71-74; MOHAMED LOUKILI, *La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella continuità*, in ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Personae Famiglia Diritti, Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37 ss.

<sup>16</sup> Sul ruolo della religione e sulle fonti del diritto islamico, cfr. RODOLFO SACCO, *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 6 ss.; SAMI AWAD ALDEEB ABU-SAHLEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2008, p. 21 ss.; FRANCESCO CASTRO, *Diritto musulmano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 284 ss.; ID., *Il modello islamico*, a cura GIAN MARIA PICCINELLI, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>17</sup> Si veda l'art. 19 della previgente Costituzione dopo la revisione del 1996: «il Re "Amir Al-Mumin" è il rappresentante supremo della Nazione e da ciò Simbolo di Unità. Deve essere il garante della perpetuazione e della continuità dello Stato. Come difensore della fede, deve garantire il rispetto della Costituzione. Deve essere il protettore dei diritti e delle libertà dei cittadini, dei gruppi sociali e delle organizzazioni. Il Re deve essere il garante dell'indipendenza della Nazione e dell'integrità territoriale nel Regno e dei confini stabiliti» (trad. it. a cura di MAURIZIO OLIVIERO, *Il costituzionalismo dei paesi arabi. I, Le Costituzioni del Maghreb*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 67).

uguaglianza deve tenere conto delle *tradizioni costanti* del Regno del Marocco.

Nel nostro ordinamento, invece, il matrimonio ha conosciuto un graduale processo di laicizzazione: il riconoscimento della libertà religiosa si è declinato in libertà matrimoniale e il matrimonio è, prima di ogni altra cosa, un atto che ha rilevanza civilistica<sup>18</sup>. Nella maggioranza dei Paesi occidentali, la libertà degli uomini e delle donne di sposarsi e fondare una famiglia, così come l'art. 12 della CEDU conferma, assurge ad elemento cardine dell'ordine pubblico matrimoniale<sup>19</sup>, tanto da essere stato definito come una "*conquista fondamentale della moderna civiltà giuridica*"<sup>20</sup>. Ne deriva l'attenzione riservata al principio della parità coniugale.

Di qui, anche la regolamentazione della fase patologica del matrimonio risente del grado di influenza che la componente religiosa e culturale occupa nel fenomeno normativo. Sul punto, il ruolo svolto dalla giurisprudenza è stato (e continua ad essere) decisivo, dal momento che, sempre più spesso, sono i giudici, nella quotidiana fatica dei processi, a doversi confrontare con comportamenti improntati alle regole religiose.

Una precisazione resta doverosa: il più delle volte queste regole assumono rilevanza durante il giudizio, in quanto formalmente richiamate nella legge dello Stato di origine delle parti. In altri termini, il confronto tra l'ordinamento italiano e il diritto islamico è reso obbligatorio, non tanto e non solo perché originato da regole di condotta religiosamente orientate, quanto piuttosto perché i precetti religiosi danno sostanza alla disciplina giuridica dello Stato cui l'immigrato appartiene<sup>21</sup>.

La contrapposizione diritto statale/diritto islamico si rende, insomma, ne-

---

<sup>18</sup> Dissente parzialmente da tale impostazione la nota sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale ove si sostiene che il matrimonio resta improntato ad una visione sostanzialmente religiosa-cattolica. Tanto è vero che in Italia le coppie dello stesso sesso non possono sposarsi, ma solo unirsi civilmente; e ciò in quanto escluse dall'alveo dell'art. 29 Cost., ma incluse nell'art. 2 Cost..

<sup>19</sup> Per interessanti spunti sul concetto di ordine pubblico matrimoniale, variamente declinato nella giurisprudenza, si vedano NICOLA COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 26, 2014, pp. 1-69; FRANCESCO ALICINO, *L'altra «faccia» della specificità del matrimonio canonico (A proposito di Cassazione, Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), marzo 2009, pp. 1-47; Id., I 'nodi' della delibazione di sentenze ecclesiastiche e il 'pettine' delle Sezioni Unite della Cassazione, in *Il diritto ecclesiastico*, 1-2, 2014, p. 195 ss.; ILIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), n. 27, 2014, pp. 1-23; NATASCIA MARCHEI, *Ordine pubblico matrimoniale e «convivenza» dopo la celebrazione del matrimonio (commento a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, pp. 818-829.*

<sup>20</sup> CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, n. 1714, del 27 febbraio 1985.

<sup>21</sup> Sul tema, diffusamente FRANCESCO ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, p. 153 ss.

cessaria soprattutto nel momento in cui l'agente compie e perfeziona taluni atti (come il contratto matrimoniale o il ripudio) in base alla legislazione straniera, che rinvia o addirittura coincide con il diritto religioso. È proprio in questi casi che la rigorosa interpretazione dei precetti musulmani diviene la chiave di volta per la risoluzione dei casi concreti in vista dell'effettiva garanzia dei diritti fondamentali<sup>22</sup>.

## *2. Verso la de-giurisdizionalizzazione del divorzio*

Come anticipato, un esempio di convergenze si manifesta anche nel sistema della crisi coniugale, oggetto, nel nostro ordinamento, di significativi interventi normativi che ne hanno mutato la complessiva fisionomia<sup>23</sup>.

A partire dal 2014, infatti, con l'introduzione di una serie di nuovi strumenti di gestione della crisi familiare<sup>24</sup> si è teso a “de-giurisdizionalizzare” l'istituto del divorzio, svincolandolo dal necessario intervento e filtro del giudice<sup>25</sup> ed affidandolo alla disponibilità delle parti<sup>26</sup>. Tale intervento ha, secondo alcuni, addirittura segnato un “passaggio epocale, anche sul piano dei principi”<sup>27</sup>,

---

<sup>22</sup> Sul tema del matrimonio e della famiglia le fonti del diritto islamico (a cominciare dal Corano) si prestano a differenti interpretazioni a seconda della tradizione giuridica di riferimento. Sul tema, per tutti, cfr. ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ (a cura di), *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Ed. Fondazione Agnelli, Torino, 2004.

<sup>23</sup> Cfr., altresì, ILARIO OTTOBRINO, *La «degiurisdizionalizzazione» in materia di separazione e divorzio: semplificazione o «vulnus» di tutela?*, *Nota a Cons. Stato sez. III 26 ottobre 2016*, n. 4478, in *Corr. giur.*, 2017, fasc. 4, p. 507 ss.; GEREMIA CASABURI, *Il Consiglio di Stato fa rivivere separazione e divorzio «municipali» abrogati, o quasi, dal Tar Lazio*, *Nota a Cons. Stato sez. III 26 ottobre 2016*, n. 4478, in *Foro it.*, n. 12, 2016, p. 648 ss.

<sup>24</sup> Si pensi alla figura degli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dal Sindaco, quale ufficiale dello stato civile, a seguito di richiesta congiunta da parte dei coniugi. Si veda l'art. 12 del decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, recante «*Misure urgenti di de-giurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*». Sul tema, tra gli altri, ANGELA COSSIRI, *La de-giurisdizionalizzazione di separazione e divorzio nella legge n. 162 del 2014*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2015, p. 178 ss.; ANDREA GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, n. 12, 2015, p. 1111 ss.

<sup>25</sup> L'accordo che riceve l'Ufficiale dello Stato civile «*tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono [...] i procedimenti [...] di cessazione degli effetti civili e di scioglimento del matrimonio (art. 12, comma 3, d.-l. 132/2014)*» conferma la volontà del legislatore di innovare lo schema processuale che prevede il necessario intervento e controllo del giudice.

<sup>26</sup> FILIPPO DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, n. 10, 2014, p. 950.

<sup>27</sup> In questi termini, MARIA NOVELLA BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2015, p. 516 e p. 525.

dal momento che ha inteso valorizzare l'autonomia privata, a discapito del controllo dell'autorità giudiziaria che, in questa particolare materia, dovrebbe presidiare all'indisponibilità degli *status* personali.

Così, l'Ufficiale dello stato civile, che riceve l'atto da parte dei coniugi contenente la loro volontà a dissolvere il vincolo coniugale mediante procedure snelle e semplificate, assolverebbe una funzione meramente certificativa<sup>28</sup>, diretta ad attestare e a dotare delle necessarie forme di pubblicità la rottura di un legame decretato dalla esclusiva e concorde volontà dei coniugi di interromperlo; una sorta di divorzio consensuale, quindi, fino a quel momento formalmente estraneo alla tradizione civilistica nazionale e di dubbia compatibilità costituzionale con il principio della stabilità familiare, ricavabile dall'art. 29 Cost.<sup>29</sup>.

Vero è che, sul piano pratico, in presenza della effettiva ricorrenza della volontà dei coniugi di porre fine al rapporto, già prima il giudice del divorzio si limitava a "certificare" una situazione di fatto così come rappresentata dagli stessi coniugi. Sul piano dei principi è, tuttavia, significativo che il legislatore abbia inteso valorizzare ed ampliare le maglie dell'autonomia privata proprio in una materia in cui si discute di diritti indisponibili delle parti e che imporrebbe particolari cautele normative. È stato autorevolmente sostenuto che per quanto nel divorzio l'intervento giudiziario fosse già, in qualche modo e in talune ipotesi, limitato, "la riforma infligge un vulnus evidente al sistema, superando tout court il principio fondante secondo il quale la caducazione dello stato di coniuge può conseguire unicamente ad una pronuncia giudiziale costitutiva"<sup>30</sup>.

Le considerazioni sinora svolte dimostrano, ancora una volta, che sul piano della tutela effettiva dei diritti degli individui, gli ordinamenti – finanche quelli caratterizzati dalle tradizioni giuridiche più consolidate – riescono superare i rigidi formalismi, per elaborare istituti più duttili e piegati alle esigenze concrete della vita quotidiana.

In tal senso, l'aver registrato in Italia una tendenziale apertura verso for-

---

<sup>28</sup> È stato autorevolmente sostenuto che «non è più vero [...] che l'azione di scioglimento del matrimonio rientra nella categoria delle azioni costitutive dirette a raggiungere un effetto non conseguibile in via di autonomia privata, poiché la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici [...] del divorzio va ravvisata non già nella pronuncia del giudice, bensì nel consenso stesso dei coniugi (ancorché sottoposto alla condicio iuris dell'intervento della pubblica autorità)». Così, MARIA NOVELLA BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 525.

<sup>29</sup> Di questo avviso, MARIA DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronuncia di divorzio*, in GIOVANNI BONILINI, FERRUCCIO TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3 ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 57 e nt. 80.

<sup>30</sup> MARIA NOVELLA BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 527.

me di dissoluzione del legame matrimoniale affidate unicamente alla volontà negoziale dei coniugi ha sì risposto all'esigenza di introdurre procedure giudiziarie più celeri, ma ha, sostanzialmente, aperto il varco ad un ripensamento sistematico di un istituto sino a quel momento graniticamente imperniato sulla sua rilevanza pubblicistica.

È pur vero che l'obiettivo dichiarato del legislatore del 2014 sarebbe stato quello di *definire l'arretrato in materia di processo civile*, attraverso quindi uno snellimento delle procedure<sup>31</sup>, piuttosto che introdurre forme di divorzio consensuale; con ciò distinguendo il piano del rimedio processuale, da quello sostanzialistico. Anche perché, più tecnicamente, la causa dello scioglimento del matrimonio non sarebbe tanto il comune consenso dei coniugi, quanto l'irreversibile venir meno della loro comunione di vita a causa del protrarsi della separazione: la legge, infatti, subordina l'applicabilità dell'istituto proprio al verificarsi di tale condizione oggettiva. In tal modo, tra l'altro, non verrebbe minato il principio dell'indisponibilità degli *status*.

Ad ogni modo, nell'attuale prospettiva di analisi, appare utile rileggere la novella del 2014 in un'ottica più ampia, rimarcando l'apertura che il legislatore ha volutamente riservato a nuove forme di risoluzione della crisi coniugale sino ad allora lontane dal classico impianto legale che riconosceva nell'organo giudicante la più alta garanzia dei diritti individuali dei coniugi. Un'apertura che non potrà creare timore dinanzi ad ulteriori modalità consensualizzate di divorzio provenienti da ordinamenti stranieri<sup>32</sup>.

Ci si chiede, quindi, se il processo di "de-giurisdizionalizzazione" che sta interessando il complessivo sistema della crisi familiare sia destinato ad evolversi ancora, sino ad ammettere strumenti di cessazione del vincolo matrimoniale affidati, ad esempio, alla gestione confessionale. In tale ottica, seppure positivo in termini di tutela delle identità culturali e religiose diverse, sarà necessaria una particolare opera di coordinamento normativo che sappia bilanciare gli interessi in gioco, preservando presupposti e valori costitutivi, primo tra tutti il rispetto del principio di uguaglianza.

---

<sup>31</sup> Così, CONSIGLIO DI STATO, 26 ottobre 2016, *cit.*, par. 1.2., ove si parla di «procedura semplificata, la quale consente ai coniugi di percorrere, in alternativa alla tradizionale strada della tutela giurisdizionale, una via interamente "autogestita"».

<sup>32</sup> Puntuale ed esaustiva la ricostruzione di ANGELO LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronunzia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 13, 2018, pp. 1-34.

### 3. I caratteri del *Talāq*. Verso un modello di compatibilità europea?

Volgendo lo sguardo ad una delle più paradigmatiche esperienze giuridiche (quanto a diversità strutturali rispetto al nostro sistema ordinamentale), come il diritto islamico, ci si accorge di quanto tale eterogeneità sia in grado di esprimere in termini di confronto non oppositivo. Il caso marocchino è, come si è visto, emblematico per l'analisi sin qui condotta.

In termini generali, il matrimonio nel diritto islamico è un contratto con un duplice oggetto: l'attribuzione al marito di diritti sulla persona della donna e l'attribuzione alla donna del diritto ad un corrispettivo (rappresentato dal donativo nuziale e dal mantenimento). Esso può sciogliersi, invece, secondo diverse modalità: per annullamento o dissoluzione dinanzi ad un *qadi*, oppure attraverso il divorzio per mutuo consenso, detto *khul'*, o, ancora, mediante ripudio unilaterale, detto *talāq*<sup>33</sup>.

Tale ultimo istituto rappresenta, quindi, una particolare forma unilaterale di scioglimento del matrimonio islamico pronunciato dal marito nei confronti della moglie mediante l'utilizzo di formule formali che contengono espressamente il termine *talāq* e che esprimono in modo inequivocabile l'intenzione di porre fine all'autorità maritale sulla sposa<sup>34</sup>. L'istituto è considerato contrario, tra gli altri, ai principi di parità ed eguaglianza tra uomo e donna, di solidarietà familiare (ex artt. 2, 3 e 29 Cost.), nonché al principio di non discriminazione per ragioni di sesso contenuto nell'art. 14 della CEDU, da cui discende la generale contrarietà all'ordine pubblico. La conseguenza è che questo tipo di atto non può essere trascritto nell'ordinamento giuridico italiano<sup>35</sup>.

Il ripudio può essere irrevocabile (*bid'a*) o revocabile (*raj'a*). La moglie può risposarsi a partire dal terzo mese successivo all'atto di ripudio; durante questo periodo il marito può, comunque, sempre ritrattare la sua decisione e

---

<sup>33</sup> Sul tema, si veda CRISTINA CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1, 2008, p. 46.

<sup>34</sup> Agli artt. 78-93, la nuova *Mudawwana* riserva all'istituto una regolamentazione dettagliata, in linea con il processo sociale di modernizzazione della famiglia. Ai sensi dell'art. 78 il *talāq* viene definito quale «orma di scioglimento dell'accordo matrimoniale, richiesto dal marito e dalla moglie, ciascuno alle proprie condizioni, sotto il controllo giudiziario e in conformità alle disposizioni della presente *Mudawwana*». In dottrina, si vedano ANNA MARIA GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Famiglia*, 2005, p. 282; ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *www.statochiese.it*, 31, 2016 p. 28 ss.; EMANUELE CALÒ, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 85.; MARIA D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Famiglia*, 2004, p. 189 ss.; CRISTINA CAMPIGLIO, *Famiglia e diritto islamico. Profili internazionali-privatistici*, in SILVIO FERRARI (a cura di), *Mussulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 183.

<sup>35</sup> CORTE D'APPELLO DI TORINO, 9 marzo 2006.

riprendere la coabitazione. Al contrario, decorsi tre mesi senza la revoca del ripudio, il matrimonio si intende definitivamente sciolto. Inoltre, il *talāq* può essere ripetuto non più di tre volte, pena la sua definitività e al marito non è più consentito di risposare la moglie ripudiata, divenuta proibita<sup>36</sup>.

Si tratta, evidentemente, di due istituti con *ratio* ed effetti diversi: all'unilateralità della volontà di rompere il vincolo coniugale, anche se non ritualmente ripetuta per le tre volte, infatti, si contrappone la volontà consensuale e reciproca. Non si tratta di una differenziazione di poco conto, se la si considera nel quadro della complessiva degiurisdizionalizzazione dell'istituto del divorzio anche nelle tradizioni giuridiche occidentali – come quella italiana – di cui si è dato conto, che hanno inteso valorizzare proprio il requisito del consenso delle parti, quale causa giustificativa dello scioglimento del vincolo.

Riconoscere, quindi, anche ad una delle due forme di ripudio una matrice consensualistica squarcia il velo dell'inammissibilità *tout court*.

La costante tendenza giurisprudenziale è stata, in effetti, nel senso di considerare tale istituto contrario all'ordine pubblico italiano<sup>37</sup>, in quanto *in nuce* contrario al principio di parità e solidarietà coniugale. Non consente, si è detto, alcun controllo giudiziario e possibilità di riconciliazione, né la quantificazione degli alimenti e del mantenimento a favore del coniuge debole e dei figli. In altri casi, invece, la giurisprudenza ha deciso sullo scioglimento del matrimonio tra coniugi di provenienze religiosa ed etnica diverse, ritenendo che essendo, in linea di principio, applicabili le leggi nazionali di entrambi i coniugi<sup>38</sup>, ed essendo la legge nazionale del marito inapplicabile in quanto in contrasto con l'ordine pubblico, sarebbe stato possibile pronunciare il divorzio unicamente in forza della legge nazionale della moglie, ovvero quella italiana.<sup>39</sup>

Accanto alla generale diffidenza manifestata dalla giurisprudenza naziona-

---

<sup>36</sup> ROBERTA ALUFFI BECK PECCOZ, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in AA.VV., *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, a cura di SILVIO FERRARI, Giappichelli, Torino, 2006, p. 221.

<sup>37</sup> In Italia i casi giurisprudenziali sono esigui. La prima pronuncia risale al 1948 (App. Roma, 29 ottobre 1948) e l'ultima al 2006 (App. Torino, 9 marzo 2006). Si veda, altresì, CORTE DI CASSAZIONE, 5 dicembre 1969 n. 3881, come uno dei pochi precedenti giurisprudenziale della Suprema Corte.

<sup>38</sup> In virtù del previgente art. 17 disp. prel. cod. civ., secondo cui «Lo Stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello Stato al quale esse appartengono», articolo abrogato dall'art. 73 della L. 31 maggio 1995, n. 218.

<sup>39</sup> Tribunale di Milano, 24 marzo 1994, fattispecie in cui il marito era iraniano, mentre la moglie italiana. Nel caso specifico, i giudici hanno applicato l'art. 12 *quinquies* della L. 898/70, introdotto dalla novella n. 74/1987 (*Allo straniero, coniuge di cittadina italiana, la legge nazionale del quale non disciplina lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, si applicano le disposizioni di cui alla presente legge*); si veda, anche, Tribunale di Milano, 11 marzo 1995; Tribunale di Roma 8 ottobre 1975. Per approfondimenti, Cfr., ROBERTO BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 26 ss.

le, si registra un, seppure minoritario, filone interpretativo che ha riconosciuto al ripudio taluni effetti indiretti, qualificandolo come un fatto legittimamente avvenuto all'estero, secondo la legge nazionale dei coniugi, di cui la legge italiana prende atto, all'unico fine di garantire una adeguata tutela al coniuge debole e ai figli<sup>40</sup>.

Una tale conclusione si basa sulla circostanza che, quantomeno con riguardo al Marocco, il ripudio è stato sottoposto dal riformato *Code de la famille* a regole e controlli giudiziari più incisivi, che hanno valorizzato il potere decisionale della donna, affidandole taluni strumenti di scioglimento unilaterale del vincolo matrimoniale, oltre alla possibilità di accettare il ripudio<sup>41</sup>. Ciò, in conformità con il nuovo testo della Costituzione marocchina che riconosce espressamente i principi di eguaglianza e non discriminazione. Una siffatta linea interpretativa, corroborata dall'esegesi fornita dallo stesso Consiglio costituzionale marocchino<sup>42</sup>, si inserisce nel più ampio percorso di ridimensiona-

---

<sup>40</sup> CORTE DI APPELLO DI CAGLIARI, sentenza 24 maggio 2008, n. 198, con riferimento a una fattispecie di ripudio revocabile avvenuta in Egitto, ha ritenuto che «non è contrario all'ordine pubblico e va riconosciuto nell'ordinamento giuridico italiano il provvedimento di divorzio egiziano pronunciato secondo la procedura del talāq revocabile, perché esso non è riconducibile al processo monitorio puro, ma interviene al termine di una procedura in cui è salvaguardata la possibilità della moglie di intervenire, si accerta la irreversibile dissoluzione del vincolo, ovvero il venir meno della comunione di vita e di affetti tra i coniugi e si regolano i diritti economici della moglie».

<sup>41</sup> Al costante rifiuto della giurisprudenza nazionale di riconoscere il ripudio avvenuto all'estero, in ragione della contrarietà all'ordine pubblico, si è ritenuto che un'eccezione potrebbe farsi unicamente per l'ipotesi in cui sia la moglie a chiederne il riconoscimento. «Dal momento che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire la produzione in Italia – da parte di norme o sentenze straniere – di «effetti» contrari ai nostri principi fondamentali, il suo intervento dovrebbe essere vagliato caso per caso, e ammesso solo in via eccezionale. La tendenza giurisprudenziale a farlo scattare sistematicamente, ogniqualvolta si discuta di ripudio, ne tradisce la ratio: non è piuttosto contrario ai nostri principi tenere legata ad un matrimonio una donna che, avendo acconsentito al ripudio o addirittura avendone chiesto il riconoscimento in Italia (magari per potersi risposare), ritenga ormai irrimediabile la rottura della vita coniugale?». Si esprime in questi termini, CRISTINA CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, cit., p. 66. Nello stesso senso, secondo una interpretazione giurisprudenziale, «Non è contrario all'ordine pubblico e va riconosciuto nell'ordinamento giuridico italiano il provvedimento di divorzio egiziano pronunciato secondo la procedura del talāq revocabile, perché esso non è riconducibile al processo monitorio puro, ma interviene al termine di una procedura in cui è salvaguardata la possibilità della moglie di intervenire, si accerta la irreversibile dissoluzione del vincolo, ovvero il venir meno della comunione di vita e di affetti tra i coniugi e si regolano i diritti economici della moglie» (CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI, sentenza 24 maggio 2008, n. 198).

<sup>42</sup> Nell'organizzazione statale marocchina, il Consiglio ha il compito di vigilare sul regolare svolgimento delle elezioni e delle operazioni referendarie, ma soprattutto sono sottoposte al suo controllo (preventivo) le leggi organiche e ordinarie. I suoi membri sono designati dal Re (cinque, compreso il Presidente) e dal Presidente della Camera dei Rappresentanti (quattro membri), previa consultazione dei gruppi parlamentari. Il consiglio si rinnova per metà ogni due anni, mentre l'art. 79 Cost. non precisa se il mandato sia o meno rinnovabile, rinviando per questo a una legge organica che disciplinerà nel dettaglio questo nuovo organismo (art. 80).

mento dell'efficacia della clausola generale di ordine pubblico<sup>43</sup>.

Così come l'istituto del ripudio dietro corrispettivo (*hul'*), introdotto dalla medesima riforma del 2004 che, rappresenta, unitamente alla forma consensuale, una modalità di interruzione del vincolo matrimoniale più garantista in merito al rispetto della parità tra i coniugi: in concreto, lo scioglimento segue il pagamento di un corrispettivo da parte della donna dinanzi all'autorità giudiziaria, che assicura il rispetto della procedura, riservando ai coniugi un equo trattamento<sup>44</sup>.

In siffatta ipotesi, i giudici, rilevata la propria competenza ai sensi degli artt. 3 e 32 della L. 218/95 in combinato disposto con l'art. 3 del Regolamento CE 2001/2003<sup>45</sup>, hanno optato per lo scioglimento del matrimonio tra i coniugi, nelle forme del "ripudio dietro corrispettivo" (*hul'*), così come previsto dalla *Mudawwana*, legge nazionale comune ad entrambi<sup>46</sup>. Ciò in quanto tale forma di divorzio diretto non profilerebbe margini di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, *ex art.* 64 l. 218/95, essendo necessario e sufficiente che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Negli ultimi anni il carattere autoritario della monarchia marocchina comincia ad attenuarsi, segnando sviluppi dichiaratamente liberali, di origine occidentale. Lo testimoniano le revisioni costituzionali del 1992 e del 1996, con le quali si istaura, fra l'altro, un sistema di controllo di legittimità delle leggi, affidato ad un apposito Consiglio costituzionale con denominazione, organizzazione e prerogative ritagliate su quelle dell'omonimo organo francese.

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art. 114, infatti, i coniugi possono accordarsi sulla cessazione del vincolo matrimoniale senza condizioni o sulla base di condizioni che non siano in contrasto con le disposizioni della *Mudawwana*. La procedura è simile a quella prevista per il divorzio, garantito dalla forma pubblica dell'atto posto che, qualora le parti si accordino, occorrerà perseguire la via giudiziaria. Raggiunto l'accordo, le due parti o una di esse, propongono al Tribunale domanda di ripudio, accompagnata dall'accordo documentale, al fine di ottenere l'autorizzazione alla redazione dello stesso, esperito nei limiti del possibile il tentativo di conciliazione.

<sup>45</sup> Relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000. Articolo 3, Competenza generale, comma 1: «*sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro: a) nel cui territorio si trova: – la residenza abituale dei coniugi, o – l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o – la residenza abituale del convenuto, o – in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o – la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o – la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio «domicile»; b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del «domicile» di entrambi i coniugi.*»

<sup>46</sup> Ciò ai sensi del primo comma dell'art. 31 L. 218/95, secondo cui «La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata».

<sup>47</sup> In questi termini, CORTE DI CASSAZIONE, n. 16978 del 25 luglio 2006, in cui, adita a seguito del

L'avvicinamento dei paradigmi emerge, tra l'altro, anche da un singolare aggiornamento lessicale che la prassi ha attuato all'indomani della riforma del 2004 della *Mudawwana*: al vocabolo *talāq* subentra, infatti, una traduzione più "occidentale", ovvero "divorce". La scelta lessicale è, in realtà, frutto di precise strategie politiche messe in atto dal governo del Marocco, in considerazione della riscontrata connotazione negativa che la generalità dei consociati associava al termine "ripudio"<sup>48</sup>. L'adeguamento terminologico non ha, però, mutato i termini della questione relativa alla riconoscibilità degli effetti civili del divorzio islamico, che, anzi, si è posta, con maggiore intensità, al centro della riflessione europea, oltre che degli ordinamenti dei Paesi membri, sempre più orientati alla ragionevole commistione delle culture e all'effettività delle tutele.

Del resto, la valenza plurale che progressivamente ha assunto il concetto di famiglia nell'ambito della regolamentazione delle relazioni affettive e della loro patologia ha reso ardua l'opera interpretativa orientata a selezionare gli effettivi interessi da tutelare, nell'ottica del rispetto dei diritti fondamentali, e, al contempo, attenta al bilanciamento di quegli stessi valori per garantire l'integrazione multiculturale.

Nel tentativo di ricercare un migliore equilibrio tra le esigenze di "unità" e quelle della "diversità", in materia familiare la giurisprudenza europea ha, di recente, offerto interessanti punti prospettici sebbene in linea con la diffusa negazione nei confronti della riconoscibilità del ripudio islamico nello spazio giuridico europeo, in ragione, principalmente, della spiccata natura privatistica dell'istituto che contrasta con il necessario intervento pubblico che presidia, invece, alla legislazione dei Paesi membri<sup>49</sup>. Da tale ontologica diversità,

---

mancato riconoscimento da parte della Corte di Appello di Bari (sentenza del 20.04.2005) della pronuncia di divorzio emanata dalla Corte Superiore del New Jersey in data 22.01.2003 ed annotata nei registri di matrimonio del Comune di Mola di Bari (BA), si statuisce espressamente che: «Il principio della non contrarietà all'ordine pubblico della sentenza straniera di divorzio comporta che ad essa non può essere attribuita efficacia nell'ordinamento italiano solo se non abbia accertato, pur in presenza di presupposti in parte differenti da quelli previsti dal diritto interno, il venir meno della comunione di vita e di affetti tra i coniugi; pertanto non può ritenersi contraria all'ordine pubblico la sentenza statunitense di divorzio pur in assenza di una pregressa separazione personale dei coniugi e nonostante la previsione dell'affido congiunto del figlio minore ad entrambi i genitori non accompagnato dalla predeterminazione di regole di comportamento dei genitori stessi».

<sup>48</sup> Cfr. LORENZO ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3, 2012, p. 573.

<sup>49</sup> Si veda CORTE DI GIUSTIZIA UE, Sez. I, 20 dicembre 2017, C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*, intervenuta in sede di rinvio pregiudiziale nell'ambito di una controversia originata da un caso di conflitto di leggi applicabili in Germania al riconoscimento di un «divorzio privato» avente a oggetto un matrimonio islamico contratto in Siria dinanzi ad un locale tribunale religioso. Nel caso in esame, la Corte di Giustizia soffermandosi sul tema generale dei cd. divorzi privati, ossia di quelle ipotesi di scioglimento del matrimonio non derivanti da pronunce emesse da una autorità pubblica, ha affermato che «alla luce della definizione della nozione di divorzio di cui al regolamento n. 2201/2003, risulta

ne discende il mancato rispetto del principio di non discriminazione dei coniugi in ragione del sesso, nonché del contraddittorio tra le parti.

In sostanza, il “divorzio privato” resta un istituto lontano dalle tradizioni giuridiche dei Paesi europei, ancorati al monopolio pubblicistico sul momento della cessazione del legame matrimoniale<sup>50</sup>, in cui il ruolo del giudice funge ancora da garanzia per le parti.

Tuttavia, proprio le registrate aperture legislative verso l’introduzione di forme consensualizzate e proceduralmente più snelle fanno riflettere sul grado di “opposizione” che gli Stati debbono ancora sostenere, dinanzi alla scelta individuale dei coniugi, potenzialmente concorde<sup>51</sup>, di porre fine al rapporto. E che questa sia motivata da ragioni religiose, piuttosto che genericamente morali o affettive, non può legittimare un aprioristico rifiuto dell’ordinamento al riconoscimento di una chiara volontà delle parti, così come per esempio avviene nei casi, tutti nazionali, degli accordi dinanzi alle Autorità amministrative (Sindaco ed ufficiale dello Stato civile), ex. art. 12, comma 3, d.l. 132/2014.

Esistono, quindi, margini di riconoscimento di una pronuncia di ripudio emanata all’estero da una autorità religiosa, seppure a certe condizioni, prima tra tutte il rispetto del principio di uguaglianza, epurché equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale. Sotto questo ultimo profilo, infatti, a norma dell’art. 64 della Legge n. 218 del 1995 la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando, tra gli altri, le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico.

Il problema resta, tuttavia, aperto.

E a testimoniarlo è una recente ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione<sup>52</sup> che, ai fini solutori del giudizio, dispone l’acquisizione, tramite il Ministero della Giustizia e l’Ufficio del Massimario, di informativa più dettagliata relativamente alla legge processuale straniera (nel caso di specie, palestinese) applicabile al divorzio tra coniugi<sup>53</sup>. In ragione del “rilievo nomofi-

---

dagli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 1259/2010 che esso ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un’autorità giurisdizionale statale, da un’autorità pubblica o con il suo controllo». Ne deriva che le pronunce rese dai tribunali religiosi restano escluse dalla sfera di applicazione delle norme europee di conflitto.

<sup>50</sup> ADELAIDE MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 10 ss.

<sup>51</sup> È il caso del ripudio pronunciato dal marito con il consenso esplicito della moglie oppure all’ipotesi in cui sia proprio la donna a chiedere il riconoscimento civile di una sentenza emanata a seguito del ripudio unilaterale da parte del marito.

<sup>52</sup> CORTE DI CASSAZIONE civile, sez. I, 01 Marzo 2019, n. 6161.

<sup>53</sup> Nel dettaglio, la Cassazione richiede informazioni relative ai profili riguardanti: a) alla natura giurisdizionale o non del Tribunale Sciaraitico; b) ai presupposti del ripudio ad opera del marito; c) alla sussistenza di corrispondente facoltà di ripudio per la moglie; d) alla garanzia del rispetto del

lattico della questione oggetto del giudizio”, i giudici di legittimità ritengono, infatti, dirimente prendere atto dello stato della dottrina e della giurisprudenza – nazionale, europea e comparata – sul tema del riconoscimento, nell’ordinamento nazionale, degli effetti di un provvedimento, giurisdizionale e non, di divorzio ottenuto da uno dei coniugi dinanzi ad un Tribunale civile o religioso straniero in base all’istituto del *talāq* o ad altri istituti analoghi.

#### 4. Lo scioglimento del matrimonio per discordia: lo *šiqāq* marocchino in Italia

Una modalità di scioglimento del matrimonio previsto in Marocco, introdotto dalla riforma del diritto di famiglia del 2004, è rappresentato dallo *šiqāq*, istituto di diritto processuale che, sebbene non abbia destato particolari problemi di riconoscimento degli effetti civili in Italia – in quanto ritenuto compatibile con il complessivo impianto internazionale privatistico – suscita, nondimeno, talune perplessità di carattere sostanziale.

L’innovazione del Codice marocchino ha riguardato profili certamente degni di nota, pur nella costante tensione tra rispetto delle prescrizioni della *shari’a* e attenzione alle nuove esigenze sociali che necessitavano una normazione più adeguata e conforme alle finalità tolleranti dell’Islam, nonchè al riconoscimento dei diritti dell’uomo universalmente riconosciuti.

Qui emerge la malleabilità e duttilità della *shari’a* ovvero la sua immutabilità relativa, che si attesta nell’interpretarla in modo evolutivo, senza tuttavia rinunciare ai tradizionali riferimenti. In tal senso, le innovazioni introdotte in Marocco nell’ambito della disciplina degli statuti personali sono state determinate non tanto in nome dei diritti umani, quanto piuttosto di una differente interpretazione della stessa legge islamica<sup>54</sup>. Si è posta così l’attenzione sulla condizione giuridica della donna, sui diritti e doveri del marito, sino alle garanzie della prole: in sostanza, l’obiettivo riformatore, nella prassi talvolta non pienamente raggiunto, si è posto positivamente l’obiettivo di equiparare la condizione giuridica dei coniugi.

Conferma questa rinnovata prospettiva l’articolo 94 del Codice riformato, che prevede il cosiddetto divorzio per discordia, consentendo l’esercizio del relativo diritto da parte di entrambi i coniugi dinanzi al tribunale della famiglia. Prendono, inoltre, parte al processo due arbitri e testimoni al fine di tentare la

---

contraddittorio e del diritto di difesa nel procedimento; e) all’oggetto dell’accertamento riservato al Tribunale Sciaraitico.

<sup>54</sup> Sul punto, FRANCESCO ALICINO, *La libertà religiosa nella nuova Costituzione del Marocco*, in *AIC Associazione Italiana Costituzionalisti*, n. 4, 2013, pp. 1-13

conciliazione tra le parti. All'esito del giudizio, svoltosi in camera di consiglio, il giudice che pronuncia la sentenza di divorzio, dispone anche in relazione ai diritti patrimoniali spettanti alla donna e alla collocazione dei figli.

Così strutturato, lo *šiqāq* preserva, quantomeno in linea teorica, l'uguaglianza morale e giuridica tra marito e moglie, occupandosi della tutela economico-patrimoniale delle parti deboli e garantendo loro il diritto alla difesa.

Ma il carattere processuale dell'istituto non cela le difficoltà interpretative che la giurisprudenza nazionale ha incontrato in materia di riconoscimento dello *šiqāq* marocchino in Italia. La casistica ha, infatti, rivelato che, seppur in ossequio all'automatismo deliberativo previsto dalla legge n. 218/1995<sup>55</sup>, che ha condotto, in molti casi, a riconoscere gli effetti del divorzio per discordia pronunciato in Marocco, comunque permangono dubbi di compatibilità sostanziale in punto di rispetto e tutela dei diritti fondamentali della parte debole del rapporto matrimoniale<sup>56</sup>.

Certamente il diritto di famiglia marocchino, benché ancora fortemente intriso dei fondamenti della religione islamica, trova, nella recente Costituzione, nuovi principi e valori alla luce dei quali rileggere i rapporti familiari ed orientare le tecniche interpretative. L'interprete-giudice deve confrontarsi con una nuova 'positività costituzionale ibrida' e cercare di individuare adeguate soluzioni di compromesso, tra *référentiel islamique tradizionale* e *référentiel universel*, in attuazione di un percorso di effettiva dignità e eguaglianza. Un tale itinerario, volto a garantire nel tempo la concreta implementazione del

---

<sup>55</sup> Articolo 65, L. 31 maggio 1995, n. 218: Riconoscimento di provvedimenti stranieri. «1. 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 contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa».

<sup>56</sup> È il caso esaminato nella sentenza del TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA del 22 marzo 2014, il cui oggetto riguardava una richiesta di separazione coniugale con addebito (oltre all'affidamento esclusivo del figlio e al mantenimento) avanzata dalla moglie, di nazionalità marocchina, a causa dei maltrattamenti subiti nel corso della vita matrimoniale. In sede di udienza presidenziale, il Giudice, adottando i provvedimenti provvisori ed urgenti, aveva disposto l'affidamento esclusivo del figlio alla madre e il versamento di due assegni di mantenimento. Tuttavia, nelle more del processo, il marito convenuto eccepiva la cessazione della materia del contendere, in ragione dell'intervenuta pronuncia di divorzio per discordia da parte del Tribunale marocchino di Guelmin. Quest'ultimo, infatti, competente in materia in ragione della cittadinanza marocchina dei coniugi, aveva pronunciato il divorzio per discordia e deciso in merito all'affidamento, al mantenimento e alla pensione alimentare. Così, il Tribunale di Reggio Emilia disponeva che «la pronuncia di divorzio emessa da un Tribunale del Marocco, secondo le disposizioni del nuovo codice del diritto di famiglia marocchino Al Mudawwana, è trascrivibile in Italia e spiega pieni effetti giuridici, trattandosi di decisione fondata su regole giuridiche non contrastanti con l'ordine pubblico. Se la pronuncia divorzile sopravviene allorché il giudizio di separazione in Italia è pendente, in questo va dichiarata la cessazione della materia del contendere».

primato delle norme costituzionali, si interfaccia con l'esperienza italiana e la progressiva apertura delle Corti a un ridimensionamento dell'eccezione di ordine pubblico, in prospettiva europea e transnazionale.

In tal senso, lo scioglimento del divorzio per discordia introdotta dalla riforma del 2004 rende meno ardua l'opera di assimilazione dell'istituto nel nostro ordinamento rispetto alle difficoltà interpretative poste dal ripudio<sup>57</sup>.

### 5. Tradizioni cultural-giuridiche a confronto

Il confronto tra le esperienze giuridiche considerate ha rivelato un processo di cambiamento oramai inarrestabile, attestato su più livelli: da quello sociale, culturale sino a quello normativo, la società multiculturale e multireligiosa reagisce sul piano degli strumenti giuridici che devono, sempre più, superare i confini degli Stati, modellandosi in ragione della tutela dei diritti fondamentali.

Se è vero che il diritto ha origine dal substrato culturale del popolo di riferimento, nell'attuale contesto sociale, sempre più culturalmente proteiforme, anche gli ordinamenti devono ritrovare margini di convergenza, pur nella consapevolezza della diversità ontologica che connota ciascun sistema.

La presenza di persone appartenenti alla religione islamica nel nostro Paese è, del resto, un dato costante<sup>58</sup> e, in generale, la globalizzazione religiosa, accentuata dall'immigrazione, è un fattore strutturale oramai anche in Italia. Il nostro ordinamento non è rimasto inerme e, grazie all'opera del diritto vivente, ha progressivamente relativizzato anche taluni dei concetti più rappresentativi dell'identità nazionale, in funzione dell'adattamento più efficace degli strumenti giuridici. È il caso della clausola generale di ordine pubblico: internazionale ovvero interno<sup>59</sup> e, secondo alcuni, oramai *attenuato* o di *proximité*<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. MARIE-CLAIRE FOBLETS, JEAN-YVES CARLIER, *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 65.

<sup>58</sup> ERMINIA CAMASSA, *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'Islam italiano a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico*, in CARLO CARDIA, GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia: identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 125. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Islam: unità e pluralità*, in SILVIO FERRARI (a cura di) *Musulmani in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 53.

<sup>59</sup> GIUSEPPE BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 e ss.; PAOLO LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 643 ss.; ORNELLA FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 9 ss.

<sup>60</sup> In tal senso, PATRICK COURBE, *L'ordre public de proximité*, in ID., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 227 ss.;

Superando le criticità che possono derivare da un'eccessiva frammentazione concettuale, il principio pare assolvere, oggi, una funzione maggiormente dinamica, elastica, plasmata rispetto ai contesti socio-giuridici di riferimento in ragione di una progressiva apertura ai valori emergenti della comunità multietnica. Un reale percorso di integrazione attraversa, in effetti, i profili di assonanza e consonanza tra istituti provenienti da esperienze giuridiche diverse, valorizzando le esigenze del caso concreto e gli interessi delle parti.

Più che in altre, nella materia della famiglia, dalla formazione allo scioglimento, tale operazione ermeneutica si realizza valorizzando il principio pluralistico, che unitamente a quello di eguaglianza, richiama la tecnica del ragionevole bilanciamento tra i valori per garantire la tutela dei diritti fondamentali della persona, al di là di ogni chiusura sovranista<sup>61</sup>.

Nella cornice pluralistica, quindi, il giudice nazionale si fa sì garante dei valori fondanti la Carta costituzionale – dal principio di parità coniugale, a quello della stabilità familiare – ma ricerca una soluzione di compromesso, che sappia tenere in debita considerazione la diversità culturale, nella costruzione di linguaggi comuni e di soluzioni giuridiche efficaci.

L'eguaglianza e il rispetto dei diritti di libertà si affermano come prodotti caratteristici del costituzionalismo moderno: essi impongono allo Stato di prendere *tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio*<sup>62</sup>. Proprio tale vocazione alla garanzia dei diritti individuali è, spesso, la ragione del divario esistente tra la tradizione giuridica occidentale e quella islamica.

L'analisi condotta in merito al riconoscimento del ripudio nel nostro ordinamento ha, tuttavia, rivelato i primi esiti di una soluzione interpretativa, in chiave evolutiva: relativizzando le regole e le categorie giuridiche in nome del principio pluralista, la frizione tra i sistemi normativi occidentali e il diritto musulmano tende a mitigarsi.

Esiste un confine tra regole di origine diversa (religiose/civili). Ciò non si-

---

GABRIELLA CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 69.

<sup>61</sup> PATRIZIA PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 628. Sulla necessità di una regolamentazione plurale e multiculturale nel diritto di famiglia, LÉNA GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Leiden, Boston, 2013, p. 238 ss.

<sup>62</sup> Così, l'art. 16 della CONVENZIONE INTERNAZIONALE SULL'ELIMINAZIONE DI OGNI FORMA DI DISCRIMINAZIONE NEI CONFRONTI DELLA DONNA, entrata in vigore il 3.9.1981, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 132 del 14.3.1985. Da sottolineare che taluni Paesi arabo-musulmano, come l'Arabia Saudita, non hanno aderito a tale documento. Sul tema, cfr. GIOVANNI CONSO, ANDREA SACCUCCI, *Codice dei diritti umani. Nazioni Unite – Consiglio d'Europa*, Cedam, Padova, 2001, p. 218 ss.

gnifica, però, che esso non possa mutare nel tempo, attenuandosi o rafforzandosi in ragione di diversi fattori: dalla struttura unitaria o binaria del sistema giudiziario, alla sempre crescente multiculturalità delle società contemporanee che richiedono l'utilizzo duttile di istituti giuridici affini.

L'evoluzione di tale confine deve, pertanto, essere oggetto di costante osservazione.

#### RIASSUNTO

Il contributo affronta il tema del rilievo delle tradizioni religiose nell'ambito delle relazioni familiari, prendendo le mosse dalla policromia delle forme affettive e seguendo percorsi di analisi paralleli attraverso il diritto nazionale (italiano) e quello afferente alla tradizione musulmana della famiglia, in particolare in Marocco, per evidenziarne discrasie genetiche e convergenze inaspettate. L'Autore si concentra, inoltre, sull'istituto del ripudio, quale forma unilaterale di scioglimento del matrimonio islamico pronunciato dal marito nei confronti della moglie, e sui margini di ammissibilità nel nostro sistema ordinamentale, anche alla luce della giurisprudenza più recente.

#### PAROLE CHIAVE

*Divorzio; ripudio; recenti casi giurisprudenziali in Europa*

#### ABSTRACT

The paper examines the role of religious traditions in relation to personal relationships, focusing the attention on some rules regulating the institutions of marriage and family. In order to emphasize similarities and differences in this field, the Author does a comparative study between the Italian legal system and the system of some Muslim-majority Countries, namely Morocco. The Author also focuses the attention on the *Talāq* that, as it is well known, refers to a unilateral form of dissolution of Islamic marriage, through which husband can repudiate wife. In this sense, The Author wonders if this religion-inspired instrument could be legally accepted in a Western legal system. In doing so, she investigates Italy's recent case laws.

#### KEY WORDS

*Divorce; talāq; recent legal cases in Europe*

# La kafalah: uno studio di diritto comparato

ANDREA BORRONI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dal divieto di adozione all'adozione della kafalah – 3. La kafalah nel diritto statale dei Paesi islamici – 3.1. Tunisia – 3.2 Marocco-3.3 Algeria – 4. La circolazione della kafalah nella Western Legal Tradition – 4.1. Le norme pattizie – 4.2. La kafalah nel diritto primario e secondario dell'Unione Europea – 4.3. La kafalah nella giurisprudenza della Corte EDU – 4.4. Il riconoscimento della kafalah nell'ordinamento francese ... – 4.5 (segue)...e italiano – 5. Conclusioni

## 1. Introduzione

L'istituto della *kafalah* ha trovato dimora nel diritto di famiglia shariatico<sup>1</sup>

---

\* L'autore desidera ringraziare la dottoressa Giovanna Carugno e l'avvocato Lorena Di Gaetano per il prezioso contributo nella revisione del presente saggio.

<sup>1</sup> Questo istituto non è da confondere con altri che presentano la stessa veste etimologica, pur afferendo a diverse partizioni della scienza giuridica. Come sottolineato da JAMES FAUBION, *The ethics of kinship: ethnographic inquiries*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001, p. 80, il termine *kafalah* è utilizzato nel diritto di famiglia con l'accezione di 'prendersi cura' di un minore. Invece, nel vocabolario del diritto commerciale, la *kafalah* identifica una forma di fideiussione, indicando letteralmente l'atto di 'garantire insieme'. Cfr. PAOLO PIETRO BIANCONE, *La banca islamica* Giappichelli, Torino, 2017, p. 199; JAMILA BARGACH, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002, p. 29; MICHELE NISTICÒ, *Kafalah islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafalah nell'ordinamento italiano*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2013, p. 10 nota 30. In diritto del lavoro, è qualificato come *kafalah* ogni rapporto di *sponsorship* che si instaura trilateralmente tra datore di lavoro, lavoratore dipendente straniero e *sponsor*. Cfr. ASMA AZHARI, *The Kafalah sponsorship system in Saudi Arabia*, in *The SOAS Journal of Postgraduate Research* 10, 2016-2017, pp. 61-80. Si noti che, mancando una cornice normativa di riferimento, lo *sponsor* ha un ampio arbitrio sull'esistenza del lavoratore, con potenziali gravissime violazioni di diritti umani. Tra questi, si segnala la prassi diffusa di non consegnare i documenti di identità ai migranti per evitare qualsiasi spostamento non autorizzato. Cfr. sul punto, in chiave comparatistica: CHRISTINE JEANGÉY, *Il sistema della kafalah e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in LINA PANELLA, ERSILIAGRAZIA SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 397; E. B. MUTISYA, *International corporate liability: a solution for the exploitation of migrant workers in Qatar*, in *Wake Forest Journal for Law and Policy* 5, 2015, p. 513; CHANTAL THOMAS, *Migrant domestic workers in Egypt: a case study of the economic family in global context*, in *American Journal of Comparative Law* 58, 2010, p. 987; PAULA RENKIEWICZ, *Sweat makes the green grass grow: the dangerous future of Qatar's migrant workers in the run up to the 2022 FIFA World*

quale soluzione di matrice solidaristica dettata a presidio del superiore interesse del minore – rimasto orfano o in stato di abbandono – a essere cresciuto ed educato.

Il minore viene affidato, *ex contractu* o dall'autorità giudiziaria, a un soggetto (*kafil*), che si impegna a provvedere al suo mantenimento e istruzione fino al raggiungimento della maggiore età<sup>2</sup>. Tra il minore (*makful*) e il suo affidatario non sorge alcun legame di filiazione, né di parentela: la *kafalah* lascia intatti i rapporti genitoriali naturali, tanto che il minore non assume il nome del *kafil* e non ne diviene erede<sup>3</sup>, mentre quest'ultimo non acquisisce né la potestà né la rappresentanza legale del *makful*<sup>4</sup>.

Se tali tratti costituiscono il *common core* della *kafalah*, quest'ultima si connota per peculiarità diversamente declinate entro i singoli ordinamenti islamici<sup>5</sup>, di immediato interesse per il giurista contemporaneo, anche alla luce delle prospettive di circolazione dell'istituto al di fuori della tradizione giuridica shariatica.

Scopo del presente scritto è dunque quello di analizzare la *kafalah* nel prisma della metodologia comparatistica, tracciando le linee salienti di sviluppo

---

*Cup under the kafalah system and recommendations for effective reform*, in *American University Law Review*, 65, 2016, p. 721; HEATHER E. MURRAY, *Hope for reform springs eternal: how the sponsorship system, domestic laws and traditional customs fail to protect migrant domestic workers in GCC Countries*, in *Cornell International Law Journal*, 45, 2012, p. 461; FARAZ SIDDIQUI, ALEEA STANTON, *Blocking the means to exploit: ending kafalah under the principle of Sadd al-Dhara'i*, in *Howard Law Journal*, 61, 2018, p. 341; ANDREW GARDNER, *Reflections on the role of law in the Gulf migration system*, in *Journal of Legal Studies* 47, 2018, p. 129; NIGEL G. CROCOMBE, *Building a new future: the 2022 FIFA World Cup as a potential catalyst for labor reform in Qatar*, in *Suffolk Transnational Law Review* 37, 2014, p. 33.

<sup>2</sup> Si ricordi in via preliminare che, in caso di *kafalah* giudiziaria, il minore resta soggetto all'autorità di un giudice che potrà revocare il provvedimento e riaffidare l'interessato alla famiglia naturale. Si veda, *ex multis*, AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafalah*, in ID., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 236-237.

<sup>3</sup> FEDERICA DI PIETRO, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 1, 2016, p. 92, disponibile all'indirizzo: <http://www.rivistaoidu.net/content/la-kafalah-islamica-e-le-sue-applicazioni-alla-luce-della-giurisprudenza-della-corte-europea> (ultimo accesso 29 aprile 2019).

<sup>4</sup> Cfr., *inter alia*, RITA DUCA, *Diffusion of Islamic law in the UK: the case of the 'special guardianship'*, in SUE FARRAN, JAMES GALLE, CHRISTA RAUTENBACH (a cura di), *The diffusion of law: the movement of laws and norms around the world*, Routledge, Abingdon, 2016, p. 52.

<sup>5</sup> Come osservato da un attento commentatore, tali profili di distinzione sono la risultanza del recepimento dei precetti della *sharia* nelle varie aree di uno stesso Paese (es. Nigeria) e a seconda delle aree del diritto considerate (l'influenza della *shar'ia* sul diritto di famiglia rimane assai elevata, innanzitutto perché molti precetti religiosi in materia familiare discendono direttamente dalla rivelazione coranica), JOËLLE LONG, *Adozione e Islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione*, in *Studi Urbinati di Scienze Politiche, Giuridiche ed Economiche, Nuova Serie A*, 55, 2014, p. 187, nota 2.

della stessa nei Paesi islamici – con particolare attenzione a quelli nord africani del Maghreb – e nel territorio europeo.

## 2. Dal divieto di adozione all'adozione della kafalah

Per le radici profonde che legano il diritto di famiglia islamico alla tradizione religiosa<sup>6</sup>, la comprensione della *kafalah* non può prescindere dall'analisi delle vicende storiche che ne hanno forgiato la fisionomia<sup>7</sup>.

Prima della predicazione di Maometto, il mondo arabo ricorreva ampiamente all'adozione (*tabanni*): la famiglia comprendeva tanto i figli naturali, quanto quelli adottivi, equiparati ai primi. Lo stesso Maometto adottò Zayd, che prese appunto il nome di Zayd bin Muhammad (Zayd figlio di Muhammad)<sup>8</sup>. Quando Muhammad si innamorò della moglie del suo figlio adottivo, la parola divina gli suggerì che la parentela adottiva non fosse equiparabile a quella agnatzia<sup>9</sup>: ragione per la quale, fermo restando il divieto di matrimonio tra suocero e nuora, il Profeta fu libero di sposare la moglie di Zayd.

In seguito, Maometto ricevette le rivelazioni riportate nei versetti coranici XXXIII:4 («Dio non ha dato due cuori agli uomini; non ha accordato ... il diritto ... dei vostri figli propri») e XXXIII:5 («Chiamate i vostri figli adottivi col nome dei loro padri; ciò sarà più equo a Dio. Se non conoscerete i loro padri, siano vostri fratelli di religione, ed amici»)<sup>10</sup>.

Questa concezione è stata elevata a *ratio* fondante il divieto di adozione da

---

<sup>6</sup> In questo senso, la *sharia* (legge divina) regola sia la sfera religiosa, quanto quella morale e giuridica. Il 'diritto islamico' o 'musulmano' (*fiqh*) è la parte della *sharia* che disciplina l'attività esterna del credente verso Dio, se stesso e gli altri. Cfr. sul punto FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 3-4.

<sup>7</sup> DEBORAH SCOLART, *Legal protection of orphans in Islamic law: Kafāla as a tertium genus between natural family and adoption*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law*, Ipocan, Roma, 2017, pp. 31-37.

<sup>8</sup> COSÌ ANDREA BORRONI, *The Kafalah in a comparative perspective*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), op. cit., p. 31.

<sup>9</sup> Corano XXXIII:37: 'O Maometto! Hai detto un giorno a quell'uomo, verso il quale Dio è stato pieno di bontà, e che ha colmato dei suoi favori: conserva la tua donna, e temi Dio; e tu nascondevi in cuore ciò che Dio doveva poco dopo porre in evidenza. Era perciò più giusto il temere Dio. Ma quando Zayd prese il partito di ripudiare sua moglie, noi l'unimmo a te in matrimonio, affinché non sia delitto per i credenti lo sposare le mogli dei loro figli adottivi, dopo che sono ripudiate. Ciò che Dio decide si realizza' (traduzione tratta da VINCENZO CALZA, *Il Corano. Versione italiana*, Fabiani ed., Bastia, 1847, p. 211).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

parte di molti Paesi islamici<sup>11</sup>, i cui ordinamenti restano ispirati al principio di mantenimento dei legami di sangue, atteso che la famiglia è intesa quale «stituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determinarne la cessazione e costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica»<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La letteratura in materia di *tabanni* non è così ampia come ci si potrebbe attendere. Posto che, in termini sintetici, esiste un sostanziale accordo tra i commentatori circa il fatto che l'adozione debba essere esclusa poiché in contrasto con il nuovo ordine familiare dettato dal Profeta e basato sul vincolo di sangue, altre interpretazioni dettagliano tali assiomi. DAVID S. POWERS, *Adoption*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2015 consultabile all'indirizzo: [http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/adoption-SIM\\_0304](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/adoption-SIM_0304) (ultimo accesso 29 aprile 2019) e ID., *The Abolition of Adoption in Islam, Reconsidered*, in *Droit et Religions Annuaire*, 4, 98, 2009-2010, sostiene che l'abolizione di suddetto istituto derivi dalla introduzione della dottrina teologica della 'finalità della profezia': atteso che l'ufficio della profezia è esclusivamente riservato alla famiglia del Profeta, se Maometto è l'ultimo dei Profeti, egli non potrà lasciare prole. ALBERT ARAZI, *Les enfants adulterins dans la société arabe ancienne: l'aspect littéraire*, in *Jerusalem Stud. Arabic & Islam* 16, 1993, pp. 10-11, specifica poi che la dissoluzione del vincolo con Zayd sia un elemento a supporto della integrità della famiglia e dell'orientamento sciita, secondo il quale la linea successoria passa solo tra i diretti discendenti di sangue. Tra le argomentazioni più strettamente legalistiche, SARDAR ALI, *A Comparative Perspective of the Convention on the Rights of the Child and the Principles of Islamic Law*, in *Protecting the World's Children*, 2008, pp. 142-154 sostiene che i versetti coranici intendono distinguere tra figli biologici e adottivi, specificatamente per ciò che attiene agli impedimenti matrimoniali, il che avrebbe consentito di preservare un'ampia gamma di tipologie di unioni nuziali, che favorissero le alleanze. Per lo stesso motivo erano favorite adozioni di adulti, funzionali ad accumulare risorse, anche in spregio dei diritti di eredità dei consanguinei. Cfr., sul punto, CHOUKRI KALFAT, *Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption*, in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 7, 1994, p. 15; sulla posizione sunnita in tema di legislazione successoria agnaticia si veda NADJMA YASSARI, *Intestate Succession in Islamic Countries*, in *Comparative Succession Law: Intestate Succession*, 2, 2015, p. 421. Invece AMIRA AL-AZHARY SONBOL, *Adoption in Islamic Society: A Historical Survey*, in ELIZABETH WARNOCK FERNEA (ed.) *Children in the Muslim Middle East*. University of Texas Press, Austin, 1995, pp. 49-51 ritiene che l'Islam avesse inteso introdurre un nuovo ordine sociale basato sul nucleo familiare e cementato dalla religione, piuttosto che dall'appartenenza a una tribù. In questo contesto, i diritti ereditari erano trasmessi in base alla discendenza di sangue, per cui consentire all'adozione avrebbe interferito con la struttura della società. Infine, SHABNAM ISHAQUE *Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in Context of a Child's Right to an Identity*, in *International Journal of Law Policy & Fam.* 22, 2008, pp. 393-408, collega il divieto di adozione alla veritiera conservazione della genealogia, per impedire che un individuo potesse acquisire fraudolentemente diritti ereditari.

<sup>12</sup> JOELLE LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 76. Analoghe considerazioni sono espresse dalla stessa Autrice in *Orientamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2003, p. 178. Il divieto di adozione non esclude, tuttavia, che accanto alla filiazione naturale possano sussistere altre forme di genitorialità, fermo restando il principio per cui 'il figlio appartiene al talamo' (*al-walad li'l-firaš*). Cfr. DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, Ipcan, Roma, I, 1938, pp. 236-237. A titolo di esempio, nel diritto africano il figlio è parte del clan e, nel caso in cui il padre naturale sia ignoto o irreperibile, si attribuisce al minore un 'padre giuridico' che può corrispondere al parente adulto più prossimo, ma anche a colui che ha trovato il minore abbandonato. Altro caso peculiare è quello per cui, nei Paesi islamici, l'allattamento istituisce tra il lattante, la nutrice e i suoi parenti un rapporto simile alla parentela di sangue, che rileva anche quale impedimento al matrimonio. Cfr. FRANCESCO

In un'ottica di comparazione diacronica, giova soffermarsi sul significato che l'adozione assumeva nel diritto arabo preislamico, risalente all'età antecedente la predicazione di Maometto (*Jahiliyya*<sup>13</sup>), iniziata a metà del VII secolo.

Lungi dal costituire uno strumento per garantire stabili rapporti parentali ai minori privi di famiglia, l'adozione rappresentava un mezzo per stringere alleanze e unire patrimoni<sup>14</sup>.

La principale cellula sociale del tempo era la tribù, intesa quale insieme di persone, discendenti da un comune antenato, al quale potevano partecipare anche altri soggetti, con l'obiettivo di ottenere protezione dal gruppo in cambio di fedeltà<sup>15</sup>.

In tale contesto, l'adozione era impiegata come strumento per rafforzare suddette unioni ed era normalmente effettuata a favore di un soggetto maggiorenne<sup>16</sup>.

La successiva abolizione dell'istituto e la sua proibizione rappresentano la naturale conseguenza dell'abbandono dell'antico ordine sociale e dell'affermazione della concezione shariatica per cui gli uomini sono considerati fratelli e costituiscono una sola comunità, unita dalla fede in Dio<sup>17</sup>.

Il diritto di famiglia dei Paesi islamici rispecchia tale evoluzione, non con-

---

CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 46). Cfr. anche RITA BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 30 novembre, 2008. Per una panoramica sui rapporti familiari in chiave comparatistica si veda RODOLFO SACCO, *Family structure and comparative law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *op. cit.*, p. 19. JOËLLE LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2007, p. 1828, rinviene la *ratio* del divieto di adozione direttamente nel Corano e, ricostruendo l'istituto che qui stiamo analizzando, illustra come «[l']utilizzo sistematico della *kafalah* ... come strumento pubblico di protezione del trovatello (*laqit*) risale alla fine del colonialismo, durante il quale i Paesi del Maghreb avevano utilizzato largamente l'adozione per la protezione dei minori abbandonati: con la *kafalah*, infatti, i legislatori hanno tentato di realizzare un temperamento tra chi premeva per recepire nella legislazione i precetti del Corano, tra cui il divieto di adozione, e chi premeva per una modernizzazione secondo il modello occidentale, e quindi per riconoscere agli affidatari la facoltà di trasmettere nome e patrimonio al minore».

<sup>13</sup> Una breve ma concisa descrizione della situazione religiosa, politica, economica e sociale della *Jahiliyya*, anche in raffronto con l'era islamica, è contenuta in MOHD SHUKRI HANAPI, *From Jahiliyyah to Islamic worldview: in a search of an Islamic educational philosophy*, in *International Journal of Humanities and Social Science*, 3, 2013, pp. 213-221.

<sup>14</sup> JOËLLE LONG, *Il ricongiungimento familiare*, cit., p. 1828 ss.

<sup>15</sup> NADJMA YASSARI, *Adding by choice: adoption and functional equivalents in Islamic and Middle Eastern Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 63, 2015, p. 932.

<sup>16</sup> NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 934.

<sup>17</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 5. Il divieto di adozione nel diritto shariatico ha dato luogo a numerose interpretazioni. Per una sintesi, si veda NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., pp. 936-937.

templando l'adozione, ma assicurando tutela ai minori senza famiglia, i quali hanno diritto di essere assistiti al pari di altri bisognosi<sup>18</sup>, in osservanza del dovere di fratellanza e solidarietà espresso dalla legge divina<sup>19</sup>.

In questo solco, si inserisce l'istituto della *kafalah*, quale risposta 'al venir meno del ruolo svolto in precedenza dalla famiglia patriarcale' e, prima ancora, dai clan, con l'obiettivo di offrire al minore una 'protezione di carattere sociale' in sostituzione dei suddetti nuclei *lato sensu* familiari<sup>20</sup>.

Ciò deve essere letto anche alla luce del processo di codificazione, manifestatosi negli ordinamenti islamici soprattutto nel secolo appena trascorso con riguardo alla disciplina dello statuto personale e in materia di diritto di famiglia, considerandolo problematicamente per l'incidenza che lo stesso ha avuto rispetto all'applicazione della legge coranica fondamentale<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il diritto di famiglia islamico tra modernità e tradizione*, in MASSIMO PAPA (a cura di), *Questioni attuali di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Bononia University Press, Bologna, 2002, p. 106, osserva che «il diritto islamico proibisce l'adozione, ma impone collettivamente alla comunità e individualmente a chi trova il bambino di origine ignota, il dovere di curarlo e di allevarlo». Valorizza la vocazione solidaristica dell'istituto della *kafalah* anche TIZIANA TOMEO, *La kafalah*, in *Comparazione e diritto civile*, 2, 2004, consultabile all'indirizzo: [http://www.comparationediritto civile.it/prova/files/ncr\\_tomeo\\_kafalah.pdf](http://www.comparationediritto civile.it/prova/files/ncr_tomeo_kafalah.pdf) (ultimo accesso 29 aprile 2019). Il profondo legame tra il diritto di famiglia, l'etica e la religione giustifica l'influenza ancora elevata in tale settore del diritto della legge islamica. Per una esauriente illustrazione si veda ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990. In una diversa prospettiva, il divieto islamico di adozione è spiegato con motivazioni storiche: esso serviva a veicolare il messaggio di rinnovamento sociale di Maometto basato sulla fratellanza nell'Islam, a prescindere dall'estrazione personale, e a superare il sistema tribale che costituiva la base della società preislamica, in cui si ricorreva all'adozione per permettere a chi fosse senza figli di tramandare nome e patrimonio e ai clan di ingrandirsi. Si veda, *amplius*, JOËLLE LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, 'kafalah' e divieto di adozione*, cit., p. 178.

<sup>19</sup> Tale dovere è menzionato più volte nel testo coranico. Tra i vari passi, il versetto IX: 60 pone in capo di ogni musulmano l'obbligo di riservare una parte della propria ricchezza a soggetti deboli, appartenenti a varie categorie: «[...] le elemosine sono destinati agli indigenti, ed a' poveri, a coloro che le ricercano, a colori i di cui cuori sono stati acquistati dall'islamismo, al riscatto degli schiavi, a chi non ha mezzi di pagare, alla causa di Dio, e per i viaggiatori», *Il Corano*, trad. di VINCENZO CALZA, cit., p. 94. Si tratta della cosiddetta *zakah*, 'prelievo fiscale' che rappresenta il terzo pilastro dell'Islam e «l'essenza stessa della religione islamica, dato che colui che non la pratica non può definirsi a pieno titolo, appartenente alla comunità dei credenti», DANIELE ANSELMO, *La proprietà nel diritto islamico*, in ROBERTO CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori: beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, Giuffrè, Milano 2009, p. 210. Anche l'esigenza di proteggere gli orfani è diffusamente evidenziata nel Corano, come emerge dai versetti XVII:34, IV:2, IV:10, II:83 che impongono, a chi ne ha la facoltà, di amministrare i beni di costoro in maniera prudente e solo a loro vantaggio.

<sup>20</sup> EMANUELA GERMANO CORTESE, *La kafalah: aspetti giuridici e sociali*, in *Prospettive assistenziali*, 8, 2016, p. 193. Per una più completa esposizione di come sia avvenuto il passaggio che ha portato dalla proibizione dell'adozione all'introduzione della *kafalah*, si veda ANDREA BORRONI, *The kafalah*, cit., p. 32.

<sup>21</sup> Su tali aspetti, si veda ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Statuto Personale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIX, 1999, p. 53, e ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Dossier Mondo Islamico vol. 4. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino

### 3. La kafalah nel diritto statale dei Paesi islamici

Gli ordinamenti giuridici islamici sono caratterizzati da una continua dialettica tra modernità e tradizione, tra diritto umano e divino<sup>22</sup>: intorno alla *sharia*, diritto rivelato e perciò immutabile, affidato all'interpretazione dei dotti (*fuqaha*), il legislatore positivo si sforza di elaborare riforme rispettose dei principi religiosi, secondo le regole della *siyasa sharia*<sup>23</sup>.

All'ondata di modernizzazione che ha investito i Paesi del Maghreb in seguito alla decolonizzazione non si è sottratta la disciplina in materia di famiglia, tradizionale roccaforte del diritto di ispirazione coranica<sup>24</sup>.

L'istituto della *kafalah* ha preso forma all'interno di questa opera di normazione, con esiti diversi a seconda dell'audacia riformistica dei vari Paesi.

Dall'analisi che segue risalta come, nonostante la comune origine sharia-tica, la *kafalah* abbia ispirato interventi legislativi nazionali che spaziano da un aperto modernismo (Tunisia), a un cauto riformismo (Marocco), fino ad arrivare a un più tradizionale scritturalismo (Algeria).

#### 3.1. Tunisia

Unico Stato del Maghreb ad aver riconosciuto l'adozione<sup>25</sup>, la Tunisia si

---

1997, p. 8, in cui si rileva come, in seno ai singoli ordinamenti giuridici di matrice islamica modernisti, «le riforme in materia di poteri dei genitori sui figli vanno nella direzione di una attenuazione della tradizionale contrapposizione tra wilaya e custodia: l'audacia dimostrata dai vari legislatori è tuttavia assai disuguale. Maggiore spazio è inoltre lasciato al giudice nella valutazione dell'interesse concreto del minore». Sui principi che disciplinano la filiazione nel diritto islamico si rimanda a AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della Kafalah*, cit., pp. 224-226 e 231-235.

<sup>22</sup> GIAN MARIA PICCINELLI, *Introduzione*, in FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., pp. XII-XIII.

<sup>23</sup> GIANMARIA AJANI, DOMENICA FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 303-307.

<sup>24</sup> ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il diritto di famiglia islamico tra modernità e tradizione*, cit., pp. 53-55.

<sup>25</sup> Allo stesso modo, Turchia e Somalia riconoscono l'adozione. In alcuni ordinamenti islamici del Sud Est Asiatico, come la Malaysia e l'Indonesia, essa è permessa solo ai non musulmani. Per contro, in altri Paesi dell'Asia, quali l'India e lo Sri Lanka, dove sono presenti minoranze islamiche, l'adozione è prevista anche per i musulmani. Cfr. EVA SCHLUMPF, *The legal status of children born out of wedlock in Morocco*, Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies, Università di Zurigo, Zurigo, 2016, p. 17, e NADJIMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 944). In Tunisia, prima del 1958, l'adozione era praticata di fatto nella forma di un'usanza secondo la quale la madre adottiva prendeva il bambino a proprio carico, come se nascesse da lei, poi faceva il gesto di allattarlo e pronunciava una formula con cui confermava di voler fare del bambino suo figlio. La cerimonia era accompagnata da una falsa dichiarazione di nascita alle autorità, come ricorda FAÏZA TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, pp. 89-126.

distingue tra i Paesi musulmani per aver raggiunto il grado più avanzato di statalizzazione del diritto<sup>26</sup>, anche in materia familiare<sup>27</sup>.

Il riferimento normativo per la *kafalah* tunisina (*tutelle officieuse*) è rappresentato dalla legge n. 27 del 1958 (*Loi n. 1958 – 27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption*), che regola anche l'adozione piena (sezione III, articoli 8-17)<sup>28</sup> e prevede una forma di 'protezione statale' per i minori abbandonati od orfani (*tutelle publique*), affidati a un tutore (sezione I, articoli 1-2)<sup>29</sup>.

La *kafalah*, disciplinata alla sezione II della suddetta legge, è definita come l'atto (*'aqd*) con il quale una persona maggiorenne che gode dei diritti civili, oppure un ente di assistenza, resta obbligato a prendersi cura di un minore (articolo 3).

Si tratta del tipico caso di *kafalah* consensuale, che trova fonte in un accordo, stipulato davanti a due notai, tra il *kafil* ed entrambi i genitori del minore, o uno dei due, se l'altro è deceduto oppure è ignoto; in loro mancanza, il contratto è concluso tra il *kafil* e il tutore pubblico o chi ne fa le veci<sup>30</sup>.

Dalla lettera dell'ultimo comma dell'articolo 4 della legge discende che

---

<sup>26</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 12.

<sup>27</sup> A livello diacronico, terminato il Protettorato francese dal 1871 al 1956, il diritto di famiglia tunisino cambia radicalmente all'indomani dell'indipendenza: rapidamente viene approvata la *Magalla*, il Codice di statuto personale (*Décret n°229 del 13/08/1956 di promulgazione del Code de statut personnel*) che si applica indistintamente a tutti i tunisini a far data dal 1° ottobre 1957.

<sup>28</sup> Con una disposizione fortemente innovativa, il legislatore tunisino ha riconosciuto anche alle persone di fede musulmana il diritto di adottare. I requisiti dell'adottante sono previsti all'articolo 9 della legge n. 27 del 1958, dove non compare alcun riferimento al credo religioso: «L'adoptant doit être une personne majeure de l'un ou l'autre sexe, mariée, jouissant de la pleine capacité civile. Il doit être de bonne moralité, saint de corps et d'esprit et en mesure de subvenir aux besoins de l'adopté [...]». Parimenti, in tutte le questioni riguardanti custodia e affidamento, il superiore interesse del minore costituisce il criterio di attribuzione esclusivo. L'aspetto più interessante di tale orientamento consiste nel superamento di ogni ostacolo che precedentemente veniva attribuito alla disparità di culto. Con la sentenza n. 7286 del 2 marzo 2001, nota per aver operato un coraggioso *révirement* sul punto, la CORTE DI CASSAZIONE tunisina ha concesso la tutela di un minore musulmano alla madre non musulmana, respingendo l'argomento religioso sulla base di una concezione più moderna del superiore interesse del minore, che da quel momento è definito in dottrina come «clef de voûte de l'édifice législatif et jurisprudentiel en la matière» e «raison d'être même de l'institution de la garde». Si veda RIDHA BOUKHARI, *La protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadana)*, in *Revue québécoise de droit international*, 2010, pp. 91-114.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'articolo 1, il tutore può essere individuato, alternativamente, nel rappresentante legale dell'ospedale, della casa di cura, dell'asilo nido, del direttore del centro di riabilitazione o del centro per l'infanzia, nei casi in cui il bambino sia stato affidato a uno di questi enti, oppure nel Governatore.

<sup>30</sup> ANNE LAURE FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse, Toulouse, 2015, pp. 154 -155, sottolinea la natura contrattuale della *kafalha*, atteso che essa trova fonte nella volontà delle parti e può essere revocata.

l'atto della *kafalah* sia omologato dal giudice. La necessità dell'intervento giudiziale trova conferma in una consolidata giurisprudenza<sup>31</sup>, secondo la quale in materia di *hadana*<sup>32</sup> esiste una riserva di ordine pubblico che impedisce l'attribuzione dell'affidamento in *kafalah* del minore per semplice accordo delle parti<sup>33</sup>.

Il *mafkul* conserva tutti i diritti verso i suoi ascendenti naturali; in particolare, ne mantiene il nome e i diritti successori (articolo 6).

La *kafalah* si estingue automaticamente al raggiungimento della maggiore età del minore.

Tuttavia il Tribunale, su richiesta del *kafil*, dei genitori naturali o del Pubblico Ministero, può revocare il contratto di *kafalah* nell'esclusivo interesse del minore (articolo 7).

Quello che ne scaturisce è un sistema unificato e moderno di diritto di famiglia, comparativamente più coraggioso se rapportato alle soluzioni in vigore negli ordinamenti giuridici vicini, come emerge dai seguenti aspetti: a) età minima e consenso obbligatorio al matrimonio; b) successione ereditaria per le donne; c) abolizione del ripudio e della poligamia; d) uguale diritto, per l'uomo e per la donna, di chiedere il divorzio<sup>34</sup>.

### 3.2. Marocco

Il Regno Maghrebino appartiene al gruppo degli ordinamenti a maggioranza islamica che ha esplicitamente proibito l'adozione.

L'articolo 149 del *Code de la famille – al Mudawwana* statuisce: «L'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime». Alla *kafalah* è invece dedicata una legge *ad hoc*, composta da trentadue articoli e promulgata con decreto n. 172 del 13 giugno 2002 (*Dahir*

---

<sup>31</sup> Cfr. CASSAZIONE CIVILE, 2 febbraio 1989, n. 20431; 8 marzo 1994, n. 38798; 21 maggio 1996, n. 49352; 22 aprile 1997, n. 57466.

<sup>32</sup> Istituto proprio del diritto musulmano, la *hadana* si compone principalmente di due elementi: la protezione del minore (sorveglianza e direzione) e la sua educazione di base. RIDHA BOUKHARI, *La protection de l'enfant*, cit., p. 91. Ai sensi dell'articolo 54 del Codice di statuto personale tunisino (Decreto del 13 agosto 1956): la *hadana (garde)* «... consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure».

<sup>33</sup> Secondo quanto affermato dalla *Cour de Cassation* nel suo *arrêt* del 21 aprile 1992: «la question de la hadhana touche à l'ordre public puisqu'elle se rapporte aux mineurs, il n'est donc pas permis de l'attribuer sur simple accord des parties sans l'intervention de la justice».

<sup>34</sup> Si veda JEANNE TUGAULT-LAFLEUR, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabomusulman et en Occident: une réconciliation est-elle possible?*, Université de Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, 2011.

*no 1-02-172 du 1er rabii II (13 juin 2002) portant promulgation de la loi no 15-01 relative à la prise en charge (la kafalah) des enfants abandonnés*).

Il sistema marocchino di tutela dei minori è articolato e complesso<sup>35</sup>.

Quanto alla *kafalah*<sup>36</sup>, essa è definita come «l'impegno di farsi carico della protezione, educazione e mantenimento di un minore abbandonato, così come farebbe un padre con il proprio figlio»<sup>37</sup>; la norma precisa, tuttavia, che l'istituto non crea legami di filiazione né ereditari (articolo 2, legge 15-01)<sup>38</sup>.

Il vincolo tra *makful* e famiglia di origine non si interrompe per effetto della *kafalah*, tanto che i genitori o uno dei due, venuti meno i motivi di abbandono del minore, possono ottenere giudizialmente la tutela dello stesso (articolo 29).

La legge sulla *kafalah* obbliga chiunque trovi un minore abbandonato a prestare a quest'ultimo l'assistenza di cui ha bisogno e a informare immediata-

---

<sup>35</sup> La nuova *Mudawwana* marocchina di cui alla legge n. 70/2003 dedica, per esempio, un lungo articolo – il numero 54 – alle responsabilità dello Stato e della famiglia nel garantire i diritti dei minori, dal nome alla nazionalità, al mantenimento, all'istruzione, alla formazione, all'inserimento nel mondo del lavoro. I minori sono, quindi, pienamente riconosciuti quali soggetti di diritto. Per una traduzione in lingua italiana del Codice di Famiglia, si veda KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di famiglia in Marocco – Guida giuridica al diritto di famiglia in Marocco*, Libreriauniversitaria, Padova, 2012. Si ricordi, poi, che il Marocco ha ratificato la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite* nel giugno 1993 ed è attivamente impegnato ad allineare la propria legislazione ai principi della Convenzione. Oltre ad aver creato l'Osservatorio nazionale per i diritti del fanciullo, che promuove ogni anno il Congresso nazionale dei diritti del bambino, ha messo in opera un *Plan d'Action National* per l'infanzia e, in collaborazione con diverse realtà culturali, organizza giornate di studio dedicate a tematiche legate ai minori. Cfr. AGOSTINO CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori nella legislazione dei Paesi islamici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 343. Si vedano anche ANNA MARIA GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Nuova giur. civ. comm.* I, 2003, p. 149; CHIARA E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, pp. 43-80; JOELLE LONG, *Kafalah, la Cassazione fa il passo del gambero*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* I, 2010, p. 836.

<sup>36</sup> La legge sulla '*prise en charge des enfants abandonnés*' si compone di trentadue articoli suddivisi in sette capitoli: il capitolo I (articoli 1-8) riguarda le disposizioni generali, il capitolo II (articoli 9-20) la condizione giuridica del minore abbandonato, il capitolo III (articolo 21) la procedura di registrazione dell'ordinanza relativa alla *kafalah* del minore abbandonato sui registri di stato civile, il capitolo IV (articoli 22-24) gli effetti dell'ordinanza relativa alla concessione della *kafalah*, il capitolo V (articoli 25-29) le cause della fine della *kafalah*, il capitolo VI (articoli 30-31) le disposizioni penali; il capitolo VII (articolo 32) contiene le disposizioni finali.

<sup>37</sup> Poiché l'istituto della *kafalah*, accanto al fine di consentire la cura di minori che non hanno la possibilità di crescere nella famiglia d'origine, prevede anche l'educazione del *makful* secondo la fede musulmana, il governo marocchino ha dettato una circolare (n. 40 S/2), in cui indicava di respingere le domande di *kafalah* avanzate da stranieri non residenti abitualmente in Marocco, facendo poi a essa seguire una proposta di legge di riforma della *kafalah* giudiziaria che rendesse più stringenti i requisiti per gli aspiranti *kafil* stranieri.

<sup>38</sup> *Ex* articolo 2, «la prise en charge (la kafalah) d'un enfant abandonné, au sens de la présente loi, est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafalah ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession».

mente del ritrovamento i servizi di polizia oppure le autorità locali (articolo 3).

La violazione di tale obbligo è sanzionata penalmente (articolo 31).

Accanto alla *kafalah* giudiziale, il legislatore ha previsto anche un tipo di *kafalah* consensuale, operante nel caso in cui sussista un vincolo di parentela tra *kafil* e minore<sup>39</sup>.

Quale che sia l'*iter* di affidamento del minore, la *kafalah* termina quando vengono meno le condizioni che l'hanno determinata.

La causa principale della sua conclusione è il raggiungimento della maggiore età da parte del *makful*; tuttavia, questa regola non si applica nei confronti della giovane non sposata o del minore disabile oppure incapace di provvedere autonomamente ai propri bisogni.

La *kafalah* viene meno anche in caso di: a) decesso del minore, oppure dei coniugi affidatari, o della sola donna affidataria; b) sopravvenuta incapacità del *kafil* a ottemperare agli obblighi discendenti dalla *kafalah*; c) cessazione dell'attività dell'istituzione, organismo o associazione che provvede alla cura e al mantenimento del minore; d) ordinanza emessa dal giudice tutelare in caso di violazione degli obblighi di cui è gravato il *kafil* (revoca della *kafalah*, a tutela dell'interesse superiore del minore), ovvero in ipotesi di rinuncia al proprio ruolo da parte di quest'ultimo (articolo 25), con contestuale nomina giudiziale di un nuovo affidatario (articolo 28).

I legami tra minore *sub kafalah* e famiglia naturale, nonché quelli con i precedenti tutori, non si interrompono completamente. Infatti, la legge riconosce il diritto di visita dei genitori, dei parenti, del precedente *kafil*, del rappresentante dell'istituzione, pubblica o privata, dove il minore era stato accolto, e di qualsiasi persona che si sia occupata dello stesso quando si trovava in stato di abbandono (articolo 27).

---

<sup>39</sup> Mentre la *kafalah* consensuale è istituita a mezzo di un accordo tra *kafil* e famiglia di origine del minore, quella giudiziaria si snoda attraverso un lungo percorso procedurale, che vede in primo luogo una fase istruttoria, diretta a verificare il possesso da parte dell'affidatario dei requisiti stabiliti dalla legge: deve trattarsi di una coppia di coniugi o di una sola donna, musulmani, maggiorenni, moralmente e socialmente idonei, nonché dotati dei mezzi materiali sufficienti a far fronte ai bisogni del minore (articolo 9, lett. a). Preliminarmente, «il richiedente deve depositare un dossier presso il giudice tutelare costituito dall'atto di abbandono del minore e da una lettera che ne esprima l'interesse alla presa in carico, corredata da una serie di documenti che accertino il possesso dei requisiti di legge. Sui futuri affidatari viene svolta un'indagine da parte di funzionari delegati, che ha per oggetto la moralità, le attitudini sociali e le condizioni economiche», al cui esito positivo il giudice tutelare emana un'ordinanza di custodia e nomina il *kafil* tutore del minore (ALESSANDRA BISIO, *Multiculturalità e diritto: la kafalah tradizione per l'oriente, sfida per l'occidente*, in *Quaderni ibero-americani*, 2011, p. 10. Il provvedimento di *kafalah* è annotato a margine dell'atto di nascita e il *kafil* può attribuire il proprio cognome all'affidato (articolo 20, legge n. 97-99 sullo stato civile, *dahir* n. 1-02-239 del 3 ottobre 2002), con una previsione che avvicina la *kafalah* islamica all'adozione occidentale. Cfr. JOELLE LONG, *Il ricongiungimento familiare*, cit., p. 1828 ss.

### 3.3. Algeria

In Algeria, la *kafalah* è espressamente prevista e disciplinata dal Codice della Famiglia, al libro II, capitolo VII, intitolato *Dell'affidamento legale (kafalah)*.

La *kafalah* algerina differisce dall'omonimo istituto previsto dal diritto di famiglia tunisino e marocchino perché il *kafil* non rappresenta semplicemente un 'custode' del *makful*, ma ne ha la rappresentanza legale (articolo 122 del Codice della Famiglia) e ne amministra il patrimonio.

Mentre in Tunisia e Marocco la responsabilità genitoriale è condivisa con le autorità pubbliche, in Algeria l'interferenza dello Stato è minima<sup>40</sup>.

Il *kafil* amministra i beni del minore, derivanti da successione, legato o donazione, nel suo interesse, come il buon padre di famiglia dovrebbe fare con il proprio figlio naturale<sup>41</sup>, ed è tenuto a offrire al minore le stesse opportunità riservate a quest'ultimo, sia all'interno della famiglia che nell'ambito dell'istruzione (articolo 121).

Il *kafil* può inoltre trasmettere il proprio nome al *makful*<sup>42</sup>.

Più nel dettaglio, l'istituto della *kafalah* è regolamentato nel libro II (*Rappresentanza legale*), capitolo VII, articoli 116-125, del Codice della Famiglia<sup>43</sup>, che ha un ambito di applicazione soggettivo comprendente i cittadini algerini e i residenti sul territorio nazionale (articolo 221).

La *kafalah* è definita come 'impegno a titolo gratuito'<sup>44</sup> di farsi carico del mantenimento, dell'educazione e della cura di un minore, parimenti a quanto avviene per un proprio figlio.

Essa deve risultare da un atto (articolo 116)<sup>45</sup> stipulato davanti al Tribunale

---

<sup>40</sup> ANDREA BORRONI, *The Kafalah*, cit., p. 34.

<sup>41</sup> La stessa previsione è disposta dall'articolo 2 della legge marocchina sulla *kafal* dei minori abbandonati (*dahir* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002), ai sensi del quale il *kafil* ha l'obbligo di «farsi carico della protezione, dell'educazione e del mantenimento di un minore abbandonato, esattamente come farebbe un genitore con il proprio figlio», TIZIANA TOMEIO, *La kafalah*, cit., p. 2; si veda anche SILVIA MONDINO, *Diversità culturali e best interest of the child. I giudici italiani e i genitori marocchini tra enunciati di diritto e rappresentazioni normative*, Ledizioni, Milano, 2017, p. 56.

<sup>42</sup> Decreto n. 157 del 1971, riguardante il mutamento del nome, modificato con Decreto n. 24 del 1992.

<sup>43</sup> Legge n. 84-11 del 9 giugno 1984, novellata nel 2005 alla luce del principio del *best interest of the child*. Cfr. NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 954.

<sup>44</sup> TIZIANA TOMEIO, *La kafalah*, cit., p. 4.

<sup>45</sup> Letteralmente, l'articolo 116 del Codice della Famiglia afferma che: «L'affidamento legale (*kafalah*) consiste nell'impegno di prendere benevolmente in carico il mantenimento, l'educazione e la protezione di un minore, nel medesimo modo in cui il padre lo farebbe per il figlio. Esso è disposto con atto avente valore legale».

(ovvero omologato dal giudice con l'intervento del Pubblico Ministero) o un notaio (*adul*), con il consenso del minore, se i genitori di quest'ultimo sono noti (articolo 117), elemento che comporta il mantenimento della filiazione originaria (articolo 119).

Tuttavia, mentre la cosiddetta '*kafalah* privata', formalizzata dinanzi a un notaio, non è soggetta a norme particolarmente rigide, quella giudiziaria necessita la previa dichiarazione di abbandono del minore.

Il Codice algerino detta alcuni requisiti di cui il *kafil* deve essere in possesso: a) non deve esser affetto da infermità mentale; b) deve dimostrarsi idoneo a gestire gli affari del minore e capace di prendersi cura di quest'ultimo; c) deve essere di religione musulmana (articolo 118)<sup>46</sup>.

Nonostante l'assenza della reciproca vocazione ereditaria tra *kafil* e *makful*, la legge consente al *makful* di disporre un legato o un atto di liberalità a favore del minore, nel limite della quota disponibile di un terzo, secondo le regole della *sharia*<sup>47</sup>.

Se il legato o la donazione supera suddetta quota, si considera nullo l'ammontare superiore a un terzo, tranne nel caso in cui vi sia il consenso degli eredi (articolo 123).

In caso di *kafalah*, i genitori non perdono definitivamente la potestà sul minore. Infatti, entrambi o uno dei due possono chiedere il ritorno del figlio sotto la propria tutela legale, ma la reintegrazione è rimessa alla libera scelta del minore, qualora lo stesso abbia raggiunto 'l'età del discernimento' (articolo 124).

Infine, giova sottolineare che, come avviene in Marocco, anche nell'ordinamento algerino il *kafil* può rinunciare o alla tutela del minore in *kafalah* con atto della medesima autorità che gli aveva conferito l'affidamento, previa notificazione al Pubblico Ministero<sup>48</sup>.

In caso di morte del *kafil*, la *kafalah* si trasferisce ai suoi eredi, ma solo se questi ne assumano l'impegno; altrimenti, il giudice affida la cura del minore a un'istituzione competente in materia di assistenza (articolo 125).

In sintesi, in Algeria, con tale modalità di affidamento, il *kafil* assume la tutela legale del minore, senza che ciò equivalga all'adozione (*tabanni*), espressamente vietata in tale Paese *ex* articolo 46 del Codice della Famiglia.

---

<sup>46</sup> Ai sensi del quale, «il titolare del diritto di affidamento legale (*kafil*) deve essere mussulmano, avveduto, onesto, capace di mantenere il minore affidatogli (*makful*) e di proteggerlo».

<sup>47</sup> AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico*, cit., p. 243. La successione legittima si apre su due terzi del patrimonio, che pertanto restano indisponibili. Del terzo residuo si può disporre con atto di ultima volontà. Cfr. sul punto, FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., pp. 60-61.

<sup>48</sup> Tale possibilità è prevista dall'articolo 125 del Codice di famiglia algerino. Analogamente, l'articolo 25 della legge marocchina sulla *kafalah* contempla «l'annulation du droit d'assurer la *kafalah* par ordonnance judiciaire ... en cas de désistement de ladite personne ...».

#### 4. *La circolazione della kafalah nella Western Legal Tradition*

Il diritto dei minori è un ambito per sua natura poco suscettibile a essere compreso entro i limiti della giurisdizione nazionale<sup>49</sup>, non solo perché i casi trattati riguardano molto spesso questioni che superano i confini dei singoli Stati (si pensi alle richieste di ricongiungimento o di adozione internazionale)<sup>50</sup>, ma soprattutto per il fatto che la qualità dei diritti coinvolti rimanda a un sistema di valori e principi ascrivibile a una categoria ‘universale’, come quella dei diritti umani<sup>51</sup>. Per la delicatezza, la complessità e la vastità della materia, il dialogo tra le corti si è imposto quasi naturalmente: le giurisdizioni statali fondano le loro motivazioni sulle Carte internazionali dei diritti, contribuendo a formare in questo settore una giurisprudenza dal respiro sovranazionale<sup>52</sup>.

##### 4.1. *Le norme pattizie*

L’istituto della *kafalah* ha fatto ingresso nel diritto internazionale pattizio solo nel 1989, con l’adozione della *Convenzione delle Nazioni Unite Sui Diritti del Fanciullo* (in seguito, CRC)<sup>53</sup>, il cui articolo 20 prevede l’obbligo per gli Stati parte di prestare ‘speciale protezione e assistenza’ al minore che venga privato, permanentemente o temporaneamente, dell’ambiente familiare o che nel suo interesse non possa essere lasciato in tale ambiente.

In questi casi, gli Stati devono garantire al fanciullo cura e assistenza alter-

---

<sup>49</sup> Cfr., in generale, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza – Profili normativi e ordinamenti giurisprudenziali*, Utet Giuridica, Torino, 2008.

<sup>50</sup> Cfr. GABRIELLA CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in ENNIO TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata. XIV Convegno SIDI Bari, 18-19 giugno 2009*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; LUIGI FADIGA, *L’adozione internazionale*, in GIORGIO COLLURA, LEONARDO LENTI, MANUELA MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia, II, Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2002; GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 947 ss.

<sup>51</sup> GIOVANNI MANERA, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei fanciulli*, in *Giur. Merito*, 1, 2004, p. 166.

<sup>52</sup> CLAUDIO COTTATELLUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 7-9; LOUIS D’AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in ÉDOUARD DUBOUT, SÉBASTIEN TOUZÉ (a cura di), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres juridiques*, Pedone, Paris, 2010, p. 165 ss.

<sup>53</sup> ELENA FALLETTI, *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell’analisi della giurisprudenza*, Halley ed., Macerata, 2007, pp. 18-20. MASSIMO DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l’autonomia del minore*, in PIERO SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 113.

native, secondo le rispettive legislazioni.

Tra gli interventi assistenziali, la CRC menziona la *kafalah* islamica.

L'articolo 20 puntualizza che, nella scelta delle diverse soluzioni, oltre alla necessità di garantire continuità nell'educazione del fanciullo, deve tenersi conto della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica<sup>54</sup>.

La partecipazione dei Paesi islamici e il peso esercitato dal mondo arabo in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite hanno consentito di introdurre nella CRC sia il riferimento alla *kafalah* che, a sostegno di essa, il dovere di rispettare il *background* culturale del minore<sup>55</sup>.

Anche la Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a L'Aia il 19 ottobre 1996 (HCCH)<sup>56</sup> prevede norme destinate a rafforzare la protezione dei minori nelle situazioni a carattere internazionale e a evitare conflitti tra i sistemi giuridici degli Stati firmatari in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle misure di protezione dei minori. Ai sensi dell'articolo 3, lettera e), di detta Convenzione, le misure di protezione dei minori possono riguardare, in particolare, 'il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo'<sup>57</sup>. Inoltre, l'articolo 4, lettera b), della medesima Convenzio-

---

<sup>54</sup> GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2018, p. 223 ss.

<sup>55</sup> La proclamazione internazionale dei diritti dell'infanzia era avvenuta trent'anni prima, il 20 novembre 1959, con la Dichiarazione di New York che, sebbene approvata all'unanimità in Assemblea Generale, si risolveva in una mera affermazione di intenti, priva di efficacia vincolante per gli Stati firmatari. Inoltre, la Dichiarazione restava espressione di una visione occidentale, basata sull'antagonismo ideologico tra Stati Uniti e URSS: diritti e libertà individuali *contra* diritti economici e sociali.

<sup>56</sup> In armonia con la CRC, la Convenzione dell'Aia pone in primo piano gli interessi del minore, subordinando a essi ogni altra esigenza; come la precedente del 1961, essa reca norme di diritto internazionale privato, dirette a individuare il giudice competente e la legge applicabile rispetto a fattispecie internazionali, a regolare la circolazione internazionale delle decisioni e a disciplinare la cooperazione fra autorità di Stati diversi con riferimento alle misure per la protezione dei minori. La Convenzione vincola attualmente 49 Stati, tra i quali tutti i Paesi membri dell'Unione Europea e il Marocco, primo firmatario. Il principale criterio di collegamento, idoneo a determinare tanto la competenza, quanto la legge applicabile, è costituito dal luogo di residenza abituale del minore (articolo 5).

<sup>57</sup> L'articolo 33 della Convenzione detta disposizioni particolari in caso di collocamento del minore in affidamento ovvero di sua 'assistenza legale tramite *kafalah*' o istituto analogo. In tale ipotesi, infatti, al contrario di quanto accade per tutte le altre misure di protezione che sono riconosciute 'di pieno diritto', qualora l'autorità competente ai sensi della Convenzione (nella maggior parte dei casi, quella dello Stato contraente in cui il minore abbia la residenza abituale) prospetta che il minore venga affidato ovvero collocato in 'assistenza legale' presso una persona, una famiglia ovvero un istituto che si trovi in un diverso Stato contraente, dovrà preventivamente consultare l'autorità centrale (o un'altra autorità a tal fine designata) dello Stato contraente in cui il minore sarà collocato, inoltrando un rapporto sul minore e sui motivi della proposta. Il collocamento o l'assistenza legale potranno essere

ne esclude dall'ambito di quest'ultima 'la decisione sull'adozione e le misure che la preparano, nonché l'annullamento e la revoca dell'adozione'.

La *relazione Lagarde* esplicativa sulla Convenzione dell'Aia del 1996 fornisce indicazioni che ne consentono una migliore comprensione. Essa mette in risalto che 'la Convenzione del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori<sup>58</sup> utilizza[va] il termine 'misure di protezione' senza darne una definizione. Le delegazioni degli Stati che non aderiscono a questa Convenzione richiesero, se non una definizione, almeno un elenco delle questioni su cui potrebbero vertere tali misure. Dal momento che queste variano nei singoli ordinamenti nazionali, l'elenco di questo articolo rivest[iva] una funzione meramente esemplificativa'. Inoltre, con riferimento all'articolo 3, lettera e), la relazione indica che '[l]e misure di collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto sono i prototipi delle misure di protezione e sono ovviamente coperte dalla Convenzione'. Infine, si specifica che «la *kafalah* non è un'adozione, vietata

---

disposti solo se l'autorità dello Stato richiesto abbia approvato espressamente la misura, tenuto conto del 'superiore interesse del minore'. Tale forma di consultazione conferisce all'autorità dello Stato di accoglienza un potere di controllo sulla decisione e consente di determinare in anticipo le condizioni di soggiorno del minore nello Stato, in particolare per quanto riguarda il rispetto della legislazione interna in materia di immigrazione in vigore in tale Stato e la ripartizione dei costi derivanti dall'esecuzione della misura di collocamento. Cfr. SERGIO M. CARBONE, ILARIA QUEIROLO, *Unione Europea e diritto di famiglia: la progressiva 'invasione' degli spazi riservati alla sovranità statale*, in SERGIO M. CARBONE, ILARIA QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2008, 1 ss. La mancata osservanza di tale procedura preliminare di consultazione è sanzionata con il diniego di riconoscimento della misura di collocamento (articolo 23, paragrafo 2, lettera f). Cfr. ALBERTO SALZANO, *Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aia del 25 ottobre 1980 in Italia ed all'estero (a proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829)*, in *Dir. famiglia*, 4, 2009, p. 2004.

<sup>58</sup> Consultabile all'indirizzo: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>. PAUL LAGARDE, *Rapport explicatif*, par. 23, p. 547: «The measures of placement of a child in a foster family or in institutional care are somewhat the prototypes of measures of protection and are obviously covered by the Convention, unless expressly excluded, as is placement with a view to adoption or placement following a criminal offense committed by the child (Art. 4 band i ...). Sub-paragraph e mentions in particular «the provision of care by *kafalah* or an analogous institution». The Moroccan delegation had furnished to the Special Commission a detailed note on the institution of Islamic law known as the *kafalah* and a new document [...] was produced during the Diplomatic Session describing the procedure for *kafalah* established by the Moroccan law of 10 September 1993. From this it appeared that a child in need of protection may be entrusted either by a decision of the guardianship judge or by an administrative commission to a public or social institution or to a Muslim family which will care for the child's person (shelter, maintenance, education) and, if needed, for the property of the child and who, if necessary, would receive delegation of guardianship over the child. The *kafalah* is not an adoption, which would be forbidden by Islamic law, and it produces no effect on the parent-child relationship. The child who benefits from it does not become a member of the family of the *kafil* and this is the reason why *kafalah* is not covered by the Convention of 29 May 1993 on intercountry adoption. But it is indisputably a measure of protection, which for this reason must fall within the scope of application of a convention on the protection of children» consultabile all'indirizzo: <https://assets.hcch.net/upload/exp134.pdf> (ultimo accesso, 19 aprile 2019).

dal diritto islamico, e non produce alcun effetto sul rapporto di filiazione. Il minore che ne beneficia non diventa membro della famiglia del kafil e questa è la ragione per cui la *kafalah* non è coperta dalla Convenzione sull'adozione internazionale del 29 maggio 1993. Ma essa è indiscutibilmente una misura di protezione, ragione per cui deve entrare nel campo di applicazione di una convenzione sulla protezione dei minori».

#### 4.2. *La kafalah nel diritto primario e secondario dell'Unione Europea*

Il diritto minorile europeo ha subito una forte accelerazione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), quando l'Unione ha fatto rientrare i diritti umani, e con essi i diritti dell'infanzia, tra gli obiettivi primari della propria azione<sup>59</sup>.

Il minore è attenzionato dal legislatore europeo quale soggetto debole, in piena linea con le tradizioni costituzionali di alcuni Stati membri<sup>60</sup>, e accanto ad altre categorie "protette", come quella delle donne.

In base all'articolo 3 del Trattato UE, l'Unione deve "promuovere i diritti del minore"; l'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea pone la protezione dei minori tra i diritti fondamentali e stabilisce che

---

<sup>59</sup> LUCIA SERENA ROSSI, *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.*, in GIUSEPPE BRONZINI, FAUSTA GUARRIELLO, VALERIA PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa*, Ediesse, Roma, 2009, 73 ss. MIRJAM DE MOL, *Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 293 ss.; CHIARA FAVILLI, *The principle of non-discrimination from Grant to Küçükdeveci, via Mangold*, in *European Journal of Social Law*, 2011, p. 141 ss.; FILIPPO FONTANELLI, *General principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Küçükdeveci*, in *European Public Law*, 2011, p. 225 ss. Prima di Lisbona, il formante giurisprudenziale e quello normativo avevano attenzionato la questione minorile solo *a latere* e in conseguenza del riconoscimento "ai genitori lavoratori di esercitare il diritto alla libera circolazione" sul territorio comunitario. Cfr. ANNALISA FURIA, *L'Unione Europea*, in A.A.V.V., *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori: Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 164. La stessa Autrice sottolinea che il crescente interesse per la tutela dei minori ha interessato diversi ambiti del diritto dell'Unione Europea, determinando una frammentaria regolamentazione e la coesistenza di strumenti di *soft law* accanto a norme di diritto primario e derivato spesso non dialoganti tra loro, in una intricata matassa che si è dipanata solo con le modifiche apportate al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e l'introduzione della struttura a "tre pilastri", che ha consentito di non limitare gli interventi a favore dell'infanzia al solo piano della cooperazione intergovernativa tra gli Stati.

<sup>60</sup> In primo luogo, quella italiana, in cui «l'enfasi del Costituente non è caduta tanto sui diritti del minore, quanto semmai sui doveri nei confronti del minore, doveri che ricadono sui genitori, sui pubblici poteri e, in ultima analisi, sull'intera collettività. Il minore è sempre visto nelle sue relazioni con altri soggetti, dai quali ci si aspetta che il minore possa trovare un valido sostegno per il corretto sviluppo della sua personalità», PAOLO PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in FRANCESCA GIARDINA, ENZA PELLECCIA (a cura di), *Una voce per i minori: il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, Titivillus, Corazzano, 2008, p. 93.

in tutti gli atti relativi ai fanciulli l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.

Il diritto derivato dell'Unione Europea in materia si fonda sulla direttiva 2004/38, che disciplina il 'diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri'.

A tenore dell'articolo 3, paragrafo 1, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/38 comprende qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché i familiari che, ai sensi dell'articolo 2, punto 2, della direttiva stessa, accompagnano o raggiungono il cittadino medesimo.

Tra i familiari di un cittadino dell'Unione rientrano, in particolare, in conformità dell'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva, anche i 'discendenti diretti', minori di 21 anni di età o a carico del primo.

Tuttavia, la direttiva qui attenzionata non effettua alcun rinvio esplicito alla legge nazionale per determinare il significato e l'estensione della nozione di 'discendente diretto'. Ne deriva che, per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il rispetto del principio di uguaglianza, i termini di detta espressione devono tradursi, in tutti i Paesi dell'UE, secondo una interpretazione autonoma e uniforme<sup>61</sup>, che tenga conto non soltanto della lettera della norma, ma anche del contesto in cui è inserita e degli scopi perseguiti dalla direttiva<sup>62</sup>.

Per tale profilo, «occorre rilevare che la nozione di 'discendente diretto' rinvia di solito all'esistenza di un legame di filiazione, in linea diretta, che unisce la persona interessata ad un'altra persona. In assenza di qualsiasi legame di filiazione tra il cittadino dell'Unione e il minore interessato, quest'ultimo non può essere qualificato come 'discendente diretto' del primo, ai sensi della direttiva 2004/38»<sup>63</sup>.

D'altronde, pur riguardando tale nozione principalmente la presenza di un vincolo di filiazione biologica, occorre ricordare che, conformemente ad una giurisprudenza costante, la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, riconosciuto ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE. In questo solco, la direttiva in esame si propone segnatamente lo scopo di rafforzare una delle cosiddette 'quattro libertà fon-

---

<sup>61</sup> Si veda, in tale direzione, la sentenza del 21 dicembre 2011, *Ziolkowski et Szeja*, C424/10 e C425/10, EU:C:2011:866, punto 32.

<sup>62</sup> *Sentenza del 7 ottobre 2010, Lassal*, C162/09, EU:C:2010:592, punto 49.

<sup>63</sup> *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 52.

damentali<sup>64</sup>.

Alla luce delle sopracitate finalità, le disposizioni della direttiva 2004/38, ivi compreso il suo articolo 2, punto 2, non possono che essere interpretate estensivamente<sup>65</sup>. In tal senso, la nozione di ‘legame di filiazione’ includerà qualsiasi legame di natura biologica o giuridica. I confini di tale linea euristica non possono, di contro, autorizzare un’interpretazione in base alla quale venisse qualificato come ‘discendente diretto’ un minore sottoposto a tutela legale di un cittadino dell’Unione<sup>66</sup>.

*Rebus sic stantibus*, un minore posto sotto il regime della *kafalah* deve considerarsi quale ‘altro familiare’ ex articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38.

In base alla lettera di tale disposizione, gli Stati membri, conformemente alla loro legislazione nazionale, agevolano l’ingresso e il soggiorno di «ogni altro familiare, ... se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell’Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale».<sup>67</sup>

Sotto l’ombrello di tale norma, un minore che è stato posto, presso cittadini dell’Unione, sotto un regime di tutela legale quale la *kafalah* e di cui questi ultimi si occupano del mantenimento, dell’istruzione e della protezione, in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del Paese d’origine del primo, rientra nella nozione di “altro familiare” appena descritta<sup>68</sup>.

Lo scopo dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38, consiste, come risulta dal Considerando 6 della medesima, nel «preservare l’unità della famiglia in senso più ampio senza discriminazione in base alla nazionalità». Prosegue, poi, la norma: «la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l’ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell’Unione o di qualsiasi altra circostanza».

---

<sup>64</sup> Sentenze del 12 marzo 2014, *O. e B.*, C456/12, C258/12, EU:C:2014:135, punto 35, e del 5 giugno 2018, *Coman e a.*, C673/16, EU:C:2018:385, punto 18.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 53.

<sup>66</sup> Punto 2.1.2 della Comunicazione COM (2009) 313 final.

<sup>67</sup> Articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38

<sup>68</sup> IVAN LIBERO NOCERA, *Al minore tutelato dalla ‘kafalah’ islamica può essere concesso il diritto di ingresso e di soggiorno. Nota a Corte giustizia UE, 26 marzo 2019, n.129, Grande Sezione*, in *Diritto & Giustizia*, 3, 2019, p. 57.

za, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione»<sup>69</sup>.

La discrezionalità di cui ciascuno Stato membro dispone in merito alla scelta degli elementi da prendere in considerazione, deve essere, tuttavia, esercitata alla luce e nel rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>70</sup>. Ciò deve, in ogni caso, conformarsi al significato abituale del termine 'agevola', non potendo privare la norma del suo effetto utile. In sede di attuazione dell'obbligo di agevolare l'ingresso e il soggiorno degli altri familiari, le autorità nazionali competenti dovranno quindi considerare l'interesse superiore del minore, come delineato nella CRC<sup>71</sup>, procedendo a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie. Tale valutazione deve fondarsi, in particolare, su (i) l'età in cui il minore è stato sottoposto al regime della *kafalah*, (ii) l'esistenza di una vita comune che il minore conduce con i suoi tutori a partire dalla sua sottoposizione a tale regime, (iii) il grado delle relazioni affettive che si sono instaurate tra il minore e i suoi tutori, nonché (iv) il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori, per il fatto che questi ultimi assumono la potestà genitoriale e l'onere legale e finanziario di prendersi cura del minore<sup>72</sup>.

Nell'ambito di tale valutazione, si deve altresì tener conto degli eventuali rischi, concreti e individualizzati, che il minore interessato sia vittima di un abusi, di sfruttamento o di tratta<sup>73</sup>.

In ipotesi di positivo esito del processo valutativo, anche alla luce dei requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare e dell'in-

---

<sup>69</sup> Conformemente a tale disposizione, gli Stati membri devono prevedere la possibilità di ottenere una decisione (motivata anche in caso di rigetto) sulla domanda degli interessati, fondata su un esame approfondito della loro situazione personale e che tenga conto dei diversi fattori pertinenti. *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 62.

<sup>70</sup> Considerando 31 della direttiva 2004/38.

<sup>71</sup> A tal riguardo, l'articolo 7 della Carta riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo emerge che le relazioni affettive che un minore in regime di *kafalah* intrattiene con il suo tutore possono rientrare nella nozione di vita familiare, considerato il tempo trascorso insieme, la qualità del rapporto e il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del minore (v., in tal senso, *Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio, CE:ECHR:2014:1216JUD 005226510*, § 78). Secondo tale orientamento, l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali mette l'individuo al riparo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e impone a questi ultimi, allorché sia accertata l'esistenza di un vincolo familiare, di consentire allo stesso di svilupparsi, anche grazie a un'adeguata tutela giuridica che renda possibile l'integrazione del minore nella sua famiglia (v., in tal senso, *Corte EDU, 4 ottobre 2012, Harroudj c. Francia, CE:ECHR:2012:1004JUD 004363109*, § 40 e 41, nonché *Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio, CE:ECHR:2014:1216JUD 005226510*, § 88 e 89).

<sup>72</sup> *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 69.

<sup>73</sup> *Idem*, par. 70.

teresse superiore del minore, il diritto di ingresso dovrebbe essere concesso per consentire al *kafil* di vivere con i suoi tutori nello Stato membro ospitante di questi ultimi<sup>74</sup>.

### 4.3. La kafalah nella giurisprudenza della Corte EDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito: Corte EDU) ha affrontato in due casi le criticità legate alla *kafalah*, in relazione all'adozione.

In un primo caso, dopo aver condotto un'autonoma analisi di diritto comparato, la Corte ha sottolineato che «nessuno Stato equipara la *kafalah* a un'adozione, ma in [Francia] e in altri Stati, essa produce effetti analoghi a quelli della tutela, della curatela o del collocamento a fini di adozione»<sup>75</sup>.

Inoltre, la Corte ha ribadito che l'articolo 8 della CEDU non garantisce il diritto di fondare una famiglia, né il diritto di adottare. Ciò non esclude, tuttavia, che gli Stati parte della CEDU possano comunque avere, in talune circostanze, l'obbligo positivo di consentire la formazione e lo sviluppo di legami, laddove esista una relazione familiare con un minore<sup>76</sup>.

Eppure, essa ha sostenuto che il rifiuto di assimilare la *kafalah* all'adozione piena non leda il diritto alla vita familiare, quando la normativa nazionale permette la rimozione del divieto, sempre se sia possibile rinvenire indizi oggettivi di integrazione del minore nella società (francese, nel caso concreto)<sup>77</sup>.

Nella seconda controversia<sup>78</sup>, la Corte EDU ha nuovamente analizzato il

---

<sup>74</sup> Si veda, da ultimo, Corte di giustizia dell'Unione Europea COMUNICATO STAMPA n. 41/19 Lussemburgo, 26 marzo 2019 *Sentenza nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

<sup>75</sup> CEDU, *sentenza del 4 ottobre 2012, Harroudj c. Francia (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109, § 48)*, in cui viene ribadito quanto esposto al paragrafo 21: 'Nessuno dei ventidue Stati contraenti che sono stati oggetto di uno studio di diritto comparato... equipara una *kafalah* istituita all'estero ad un'adozione. Nei casi in cui i giudici nazionali hanno riconosciuto gli effetti di una *kafalah* pronunciata all'estero, essi l'hanno sempre assimilata a una tutela, una curatela o un collocamento a fini di adozione'. SILVIA MARINO, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2016, p. 797, riporta che, nel caso Harroudj, le autorità francesi hanno negato di trasformare la *kafalah* in un'adozione legittimante. SÉBASTIEN VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002; MARC-ANDRÉ EISSEN, *Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in LOUIS EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX, PIERRE HENRI IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant/LGDJ, Paris, 1995, p. 65 ss.

<sup>76</sup> *Ibidem* (§ 41).

<sup>77</sup> *Ibidem* (§§ da 46 a 52).

<sup>78</sup> *Sentenza del 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510)*.

diritto alla vita familiare di cui all'articolo 8 della CEDU, ricordando che la presenza di 'legami familiari de facto' caratterizza l'applicabilità di detta disposizione.

Nella specifica situazione sulla quale era chiamata a pronunciarsi, essa ha ritenuto che l'esistenza di un vincolo basato sulla *kafalah* non si distingua dalla vita familiare nella sua accezione consueta e che la persistenza dei legami con la famiglia d'origine non escluda l'esistenza di una vita familiare con altre persone<sup>79</sup>.

Cionondimeno, la Corte EDU ha considerato che il rifiuto delle autorità belghe di equiparare l'adozione alla *kafalah* non privava i ricorrenti del diritto al riconoscimento del legame che li univa in altro modo (in quel caso, attraverso l'istituto della tutela officiosa)<sup>80</sup>.

La Corte EDU ha argomentato che era «necessario trovare il giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo complesso» e che «lo Stato dispone di un certo margine di discrezionalità»<sup>81</sup>. Su tale base, essa doveva «anzitutto verificare se le decisioni dei giudici belgi di negare l'adozione abbiano ostacolato il corretto sviluppo dei rapporti familiari tra la minore e le persone che l'hanno accolta in *kafalah*»<sup>82</sup>.

La Corte EDU ha concluso che «il diniego dell'adozione non privava i ricorrenti del riconoscimento del legame che li univa. Infatti, il diritto belga offriva un'altra possibilità di accordare ai ricorrenti una tutela giuridica della loro vita familiare. Si tratta del procedimento di tutela officiosa il cui oggetto è abbastanza simile a quello della *kafalah*<sup>83</sup> ... e che consente a persone adulte di far riconoscere il loro impegno a mantenere e ad educare un minore»<sup>84</sup>.

Ne deriva, quindi, il riconoscimento agli Stati di un certo margine di apertura nell'individuare le soluzioni più idonee a proteggere il minore.

Ponendo in raffronto le due pronunce, i provvedimenti di diniego dell'adozione adottati dalle autorità giudiziarie del Belgio e della Francia sono stati reputati legittimi poiché in entrambi gli Stati esistono istituti alternativi adatti a tutelare il minore, nonché atti a consentire l'integrazione di quest'ultimo

---

<sup>79</sup> *Ibidem* (§§ 78 e 79).

<sup>80</sup> *Ibidem* (§§ 101 e 102).

<sup>81</sup> *Sentenza del 16 dicembre 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, § 92)*.

<sup>82</sup> *Ibidem* (§ 93).

<sup>83</sup> La Corte EDU rinvia ai §§ 64 e 65 della medesima sentenza, nella quale essa descrive il regime di tutela officiosa trascrivendo l'articolo 475 bis del codice civile belga: «Qualora una persona di almeno 25 anni si impegni a mantenere un minore non emancipato, a educarlo e a metterlo in condizione di guadagnarsi da vivere, può divenirne il tutore officioso previo accordo tra coloro il cui consenso è necessario ai fini dell'adozione di minori».

<sup>84</sup> *Ibidem* (§ 102).

nella società, evitando al contempo di eliminare il collegamento con lo Stato di origine.

A livello tassonomico, la valutazione dell'interesse superiore del minore presenta un duplice aspetto: quello relativo al merito (che dipende, ovviamente, dalle circostanze che ricorrono nella situazione del minore) e quello riguardante le procedure per il suo apprezzamento.

Per ciò che attiene al merito, l'affidamento familiare soddisfa le esigenze di tutela dell'interesse superiore del minore, come ha considerato la Corte: «l'integrazione, continuativa e per un lungo periodo, nel nucleo familiare di un assistente genitoriale, di minori che, a motivo della loro situazione familiare difficile, presentano una particolare vulnerabilità, costituisce una misura appropriata per tutelare l'interesse superiore del minore, come sancito dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>85</sup>.

Quanto, invece, ai profili processuali, in caso di riconoscimento dei rapporti di adozione e di filiazione, gli strumenti convenzionali internazionali, proprio per garantire che sia preso in considerazione l'interesse superiore del minore, prevedono spesso regole complesse:

1) nel disciplinare l'adozione internazionale, la Convenzione dell'Aia del 1993 prevede una procedura di doppio controllo, nella quale intervengono le autorità del Paese di origine e del Paese ospitante<sup>86</sup>;

2) l'articolo 33 della Convenzione dell'Aia del 1996 istituisce, parimenti, un duplice meccanismo in base al quale, «quando l'autorità competente ai sensi degli articoli da 5 a 10 prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo, e quando tale collocamento o assistenza deve avvenire in un altro Stato contraente, essa consulta preliminarmente l'autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato»<sup>87</sup>.

In una prospettiva analoga, ma circoscritta alle norme del diritto dell'U-

---

<sup>85</sup> Sentenza del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța e a. (C147/17, EU:C:2018:926, punto 71)*. Nel caso di specie, si trattava di un istituto rumeno che «mira a integrare il minore che un assistente genitoriale ha ricevuto in custodia, continuativamente e per un lungo periodo, nel nucleo familiare di quest'ultimo» (punto 62). L'affidamento con tali caratteristiche presenta un contenuto analogo a quello della *kafalah* sotto il profilo della cura del minore.

<sup>86</sup> Articoli 4 e 5 nonché 14 e segg.

<sup>87</sup> Il paragrafo 2 del medesimo articolo aggiunge che «la decisione sul collocamento o l'assistenza può essere presa nello Stato richiedente solo se l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto ha approvato tale collocamento o assistenza, tenuto conto del superiore interesse del minore». La cooperazione tra le autorità dei diversi Stati riveste la massima importanza, dato che, a fronte della regola generale del riconoscimento *ex lege* delle misure adottate dalle autorità di uno Stato contraente, è ammesso il rifiuto, tra l'altro, nel caso in cui non sia stata rispettata la procedura di cui all'articolo 33 (v. articolo 23 della Convenzione dell'Aia del 1996).

nione Europea relative alle ipotesi nelle quali un affidamento realizzato in uno Stato membro debba produrre effetti in un altro, l'articolo 56 del regolamento n. 2201/2003 prevede una procedura di controllo a cui partecipano le autorità di entrambi gli Stati<sup>88</sup>.

Tali brevi richiami rilevano per sottolineare come la valutazione dell'interesse superiore del minore debba essere effettiva conciliando gli obiettivi originari dell'istituto della *kafalah* con il diritto alla vita familiare. Se, invece, si concedesse una qualche forma di riconoscimento automatico, sarebbe possibile ricorrere esclusivamente a un controllo *ex post*. Ciò sarebbe paradossale perché potrebbe portare all'affidamento in *kafalah* per il tramite di una decisione resa da uno Stato che non ha ratificato la Convenzione dell'Aia del 1996, con conseguenze immediate (senza che le autorità dello Stato ospitante possano sottoporre l'interesse superiore del minore a una valutazione preventiva), mentre le risoluzioni degli Stati firmatari di detta Convenzione dovrebbero essere sottoposte all'approvazione delle autorità dello Stato ospitante.

#### 4.4. *Il riconoscimento della kafalah nell'ordinamento francese ...*

I casi analizzati nel precedente paragrafo testimoniano come il rapporto tra *kafalah* e adozione sia quanto mai attuale in Europa.

Dal punto di vista definitorio, la Convenzione per la tutela dei bambini e la cooperazione nell'adozione internazionale (L'Aia, 29 maggio 1993) descrive l'adozione come creazione giuridica del legame caratterizzante il rapporto genitori-figli<sup>89</sup>.

Ne consegue che i singoli ordinamenti che riconoscono l'*adoptio plena* prevedono l'integrazione a tutti gli effetti dell'adottato nella famiglia dell'adottante<sup>90</sup>, in particolare per ciò che attiene ai diritti successori e dell'acquisi-

---

<sup>88</sup> «L'articolo 56, paragrafo 2, mira a permettere, da un lato, alle autorità nazionali competenti dello Stato richiesto di approvare o meno l'eventuale collocazione del minore di cui trattasi e, dall'altro, ai giudici dello Stato richiedente di sincerarsi, prima di adottare la decisione di collocare un minore all'interno di un istituto, che nello Stato richiesto verranno adottate le misure ai fini della collocazione al suo interno.... La collocazione deve essere approvata dall'autorità competente dello Stato membro richiesto prima che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiedente abbia adottato la decisione di collocazione. Il carattere obbligatorio dell'approvazione è sottolineato dal fatto che l'articolo 23, lettera g), del regolamento prevede che una decisione relativa alla responsabilità genitoriale non sia riconosciuta se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata», *Sentenza* del 26 aprile 2012, *Health Service Executive (C92/12 PPU, EU:C:2012:255, punti 80 e 81)*.

<sup>89</sup> Articolo 2: «La presente convenzione contempla unicamente le adozioni che creino un rapporto di parentela giuridico definitivo tra i genitori adottivi ed il bambino».

<sup>90</sup> MARIA LUISA LO GIACCO, *Religione e cultura nell'adozione internazionale*, in *Diritto e religioni*,

zione del nome di famiglia.

Se ciò è sempre vero per i Paesi firmatari della Convenzione, tali risultati non possono essere estesi alle legislazioni maghrebine sopra analizzate; da un lato, perché l'adozione (in due casi su tre, Marocco e Algeria) è proibita; dall'altro, perché i Paesi appartenenti alla famiglia del diritto islamico da sempre si sono rifiutati di aderire alla detta Convenzione<sup>91</sup>.

Posta questa premessa e considerato che, dal punto di vista operativo, gli ordinamenti europei vengono a contatto con la *kafalah* nel momento in cui il minore straniero giunge all'interno dei confini nazionali, le soluzioni adottate da Francia e Italia risultano particolarmente significative per il comparatista<sup>92</sup>.

In Francia, un apporto originale arriva tramite la Circolare del 22 ottobre 2014, emanata dal Ministero della Giustizia, in base alla quale il termine *kafalah* viene tradotto con l'espressione *recueil légal* e definita come «l'impegno di prendersi cura di un minore senza la creazione di legami di filiazione»<sup>93</sup>. La circolare ha l'obiettivo di:

1. agevolare la conoscenza di un istituto estraneo al diritto francese, illustrando come la *kafalah* sia regolata nei Paesi che la prevedono. In particolare, la circolare descrive procedure ed effetti della *kafalah* in Marocco e Algeria,

---

1, 2015, pp. 365-383.

<sup>91</sup> Sebbene le recenti riforme evidenzino una certa volontà dei legislatori marocchino e algerino di avvicinare la *kafalah* all'adozione in senso occidentale, è un dato di fatto che la condizione giuridica del *makfoul* continui ad essere regolata in maniera diversa rispetto a quella dei figli biologici.

<sup>92</sup> In Francia, i casi in cui il giudicante si è dovuto occupare della *kafalah* si sono moltiplicati perché l'istituto è stato spesso utilizzato per aggirare il divieto coranico di adozione di bambini musulmani. Dopo che, alla fine degli anni Ottanta, la *Cour de Cassation* aveva adottato una serie di decisioni che concedevano il provvedimento di adozione a favore bambini originari di Paesi musulmani affidati a coppie francesi, la legge 6 febbraio 2001 sull'adozione internazionale ha rivolto ai tribunali un formale divieto di pronunciare l'adozione di un minore straniero «si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France» (art. 370-3 alinea 2 del Code Civil). Si tratta di una consacrazione legale dell'ordine pubblico di prossimità, che permette di affrancarsi dalle disposizioni di divieto della legge nazionale del bambino se quest'ultimo è legato al territorio francese per nascita e residenza. Secondo il Ministero della Giustizia, la *kafalah*, notarile o giudiziaria, è una forma giuridica che, pur non corrispondendo ad alcuna categoria di diritto francese, può essere assimilata al modello della delega di autorità parentale o della tutela. E, nonostante fosse stato invocato l'ordine pubblico per tutelare l'interesse superiore del minore, la *Cour de Cassation* ancora oggi sostiene l'accezione esclusivamente 'prossimista' dello stesso, in quanto la sua funzione non è tanto la salvaguardia dei valori essenziali della società francese quanto la protezione degli individui, qualora l'intensità del legame con il territorio francese lo richieda. Cfr. LAURENCE BRUNET, *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis*, *Droit et cultures* 1, 2010, consultabile all'indirizzo: <http://journals.openedition.org/droitcultures/2086> (ultimo accesso 28 gennaio 2019).

<sup>93</sup> La traduzione in lingua francese del termine arabo *kafalah* è opera della Commissione Generale di Terminologia e Neologia, il cui parere, pubblicato il 5 dicembre 2013 sul *Journal Officiel* n. 0282, è espressamente richiamato dalla Circolare.

Stati con i quali la Francia ha concluso accordi di cooperazione e dai quali proviene la maggior parte dei *makful* presenti in Francia;

2. definire la condizione giuridica dei *makful* in Francia;

3. stabilire le condizioni che rendono possibile convertire la misura in adozione.

In termini operativi, la *kafalah* è riconosciuta di pieno diritto in base alle Convenzioni franco-algerina e franco-marocchina<sup>94</sup>. Il riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah* disposti da Paesi con i quali la Francia non ha stipulato apposite convenzioni è, invece, subordinato all'ottenimento dell'*exequatur*. A tal proposito, mentre per i provvedimenti di *kafalah* adottati con procedimento giudiziario il riconoscimento viene generalmente concesso, quando la *kafalah* deriva da atto notarile omologato dal giudice, la Circolare impone il diniego nel caso il cui l'intervento del giudice sia consistito nella mera attestazione di regolarità formale. In altre parole, si chiede al giudice francese di concedere l'*exequatur* solo qualora, nella fase di omologazione, emerga che il giudice del paese d'origine abbia preso in considerazione e valutato l'interesse del minore.

L'atto non omologato non è coperto da garanzie giurisdizionali e non può pertanto ottenere l'*exequatur*.

In ogni caso, la *kafalah* non è considerata 'adozione' perché non crea un legame di filiazione e non incide sullo stato civile, ma viene invece identificata come una particolare forma di protezione (punto 2.2. della circolare: «Si le recueil légal n'est pas une adoption, il constitue toutefois une protection particulière pour l'enfant»), sconosciuta all'ordinamento giuridico francese e assimilabile alla tutela (per i minori orfani, di filiazione ignota o abbandonati) o alla delega di funzioni genitoriali (nei casi di minori di filiazione nota).

La Circolare, poi, dedica particolare attenzione ai motivi per i quali la *kafalah* non può essere convertita in adozione: l'articolo 370-3 del *Code Civil*, introdotto dalla legge 111 del 6 febbraio 2001, prevede che «l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si le mineur est né et réside habituellement en France».

La *ratio* di tale norma è ravvisata nell'esigenza di rispettare la sovranità degli Stati che proibiscono l'adozione, conformemente al principio espresso nella Convenzione dell'Aia, in base al quale l'adottabilità dev'essere verificata rispetto alla legge personale del minore<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> *Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition*, del 5 ottobre 1957 e *Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition* del 27 agosto 1964. L'*exequatur* non è necessario, ma può essere richiesto per facilitare, ad esempio, l'accesso alle prestazioni sociali.

<sup>95</sup> HCCH, articolo 4: «Les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les

In applicazione del citato principio, la giurisprudenza costante della Cour de Cassation esclude l'assimilabilità della *kafalah* all'adozione, tanto nella forma semplice quanto in quella piena<sup>96</sup>. A sostegno della conformità del secondo comma dell'articolo 370-3 del Code Civil alle convenzioni internazionali, la circolare cita gli *arrêts*, rispettivamente del 25 febbraio 2009 e del 15 dicembre 2010, con i quali la Cassazione francese, confermata dalla Corte Europea nella sentenza *Harroudj*, ha definito la *kafalah* una misura internazionalmente riconosciuta (articolo 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo) come idonea a tutelare il superiore interesse del minore<sup>97</sup>.

L'articolo 370-3, secondo comma, del Code Civil, proibendo l'adozione di un minore che secondo la propria legge nazionale non può essere adottato,

---

autorités compétentes de l'Etat d'origine ont établi que l'enfant est adoptable».

<sup>96</sup> COUR DE CASSATION, *1ère civ.*, 10 ottobre 2006 ; 9 luglio 2008; 15 dicembre 2010.

<sup>97</sup> Nel 2001, in Francia, il formante legislativo ha vietato l'adozione di un minore straniero «si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France» (art. 370-3 Code Civil). In base a ciò, la *Cour de Cassation* ha più volte negato alla *kafalah* ufficializzata all'estero effetti equivalenti a quelli di una adozione internazionale (*ex multis*, v. *Cour de Cassation*, 10 ottobre 2006, *Journal du droit int.*, 2007, p. 564 ss.; 9 luglio 2008, *Revue critique de droit int. privé*, 2008, p. 828 ss.; 28 gennaio 2009, *Dalloz*, 2009, AJ., p. 501 ss.). Sul tema v. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, *La Kafalah ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, in *Droit et cultures*, 2010, consultabile all'indirizzo: <http://droitcultures.revues.org/2138>. In Francia, infatti, la *Suprema Corte* ha escluso la conversione della *kafalah* in adozione (*Cour de Cassation* 10 ottobre 2006 n. 0615265; 25 febbraio 2009 n. 0811033; 10 dicembre 2010 n. 0910439); in tal modo, le istanze di ricongiungimento familiare sono analizzate in maniera alquanto restrittiva, a prescindere dai legami culturali con i Paesi del Maghreb e l'elevato numero di famiglie di quella origine stabilite in Francia. MAURIZIO ORLANDI, *La kafalah islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il Diritto di famiglia*, 2005, p. 635, ricostruisce con precisione l'attitudine della cultura francese verso l'istituto della *kafalah*, constatando un evidente elemento di chiusura poiché «si tratta di una istituzione di diritto musulmano che non può, in alcun modo, essere equiparata ad una adozione semplice o plenaria così come viene intesa l'adozione francese». In tal senso, si veda [www.consufrance-casablanca.org/CONSULATINFO02](http://www.consufrance-casablanca.org/CONSULATINFO02). *Html*: «Cette institution musulmane ne peut être assimilée à l'adoption simple ou plénière, ni à un quelconque placement en vue d'adoption». Come chiaramente sottolineato da tale attenta dottrina, la circolare del Ministero di giustizia francese del 16 febbraio 1999, relativa all'adozione internazionale, «il diritto internazionale privato francese non consente che siano pronunciate delle decisioni che conferiscano a dei cittadini stranieri uno status non riconosciuto nel loro Paese di origine. Ne deriva, quindi, che in Francia non può essere riconosciuto come adozione un provvedimento proveniente da Paesi che non conoscano l'adozione. Non è altresì ammessa la possibilità che l'Autorità centrale francese, cioè la *Mission de l'adoption internationale*, autorizzi il rilascio di visti di ingresso 'per adozione' a minori oggetto di *kafalah*. Il rigore con il quale in Francia viene considerata la possibilità di 'convertire' una *kafalah* in adozione, costituisce una ulteriore conferma dell'esigenza di trattare con la massima attenzione il problema e di rispettare al massimo le tradizioni di altri Paesi'. MAURIZIO ORLANDI, *La kafalah*, cit., p. 635 e ss.

Si vedano anche le considerazioni di JOËLLE LONG, la quale ricorda che, in Francia (unico Paese insieme all'Italia a conservare accanto all'adozione principale legittimante un'adozione non legittimante), siano stati fatti dei tentativi per applicare l'*adoption simple* a minori provenienti da Paesi islamici affidati con *kafalah* nei loro Paesi di origine a persone residenti in Francia; e tale sforzo ermeneutico è stato facilitato dalla «flessibilità della disciplina francese», *I confini dell'affidamento*, cit., p. 1432.

ha lo scopo di rispettare la cultura d'origine dei minori trasferiti in Francia con atto di *kafalah*<sup>98</sup> e provenienti, in particolare, da Paesi come il Marocco e l'Algeria, che apertamente vietano l'adozione<sup>99</sup>.

In questo modo, l'integrazione dei minori di origine straniera avviene senza recidere immediatamente il legame con la cultura dei Paesi d'origine.

Il divieto di adozione, inoltre, non è assoluto: l'adozione del *makful* è possibile se il minore sia nato e risieda in Francia (art. 370-3, secondo comma, Code Civil). L'applicazione congiunta delle due condizioni, nascita e residenza, limita al giudicante francese la possibilità di statuire secondo l'interesse del minore: se, da un lato, la norma mette fine a una giurisprudenza oggettiva

---

<sup>98</sup> La Circolare francese distingue i diversi tipi di *kafalah*, a seconda che la misura sia stata disposta (i) all'esito di un procedimento giurisdizionale; (ii) con accordo delle parti, omologato dal Giudice; (iii) sulla base di un mero accordo tra le parti. Poiché l'ordinamento francese non conosce la *kafalah*, il formante giurisprudenziale d'oltralpe ha avuto la necessità di 'tradurre' gli effetti della misura pronunciata all'estero, al fine di consentire al bambino e alla persona che se ne prende cura di disporre di un quadro giuridico secondo il diritto francese. Si sono distinte due ipotesi: (i) nei casi di filiazione sconosciuta, minore abbandonato, orfano, il *recueil légal* produce in Francia degli effetti comparabili a quelli di una tutela, che si applicherebbe nel caso in cui il bambino non avesse una filiazione legalmente stabilita o qualora i genitori fossero morti e il *recueilleant* verrebbe considerato il tutore; (ii) per i minori di filiazione nota e genitori viventi, invece, il *recueil légal* produce effetti simili a quelli di una delega di responsabilità genitoriale, totale o parziale, disposta e regolata giudizialmente.

<sup>99</sup> Con l'*Arrêt Torlet* (7 novembre 1984), la *Cour de Cassation* ha statuito che «le condizioni e gli effetti dell'adozione da parte di una persona singola sono regolati dalla legge nazionale dell'adottante, dovendo la legge del minore determinare soltanto le condizioni del consenso o della rappresentanza dell'adottato». Con l'*Arrêt Pistre* (31 gennaio 1990), successivamente, essa ha decretato che, se la legge nazionale dell'adottato vieta espressamente agli stranieri l'adozione piena, gli adottanti possono ottenere dal giudice francese soltanto l'adozione semplice. Successivamente, con l'*Arrêt Fanthou* (10 maggio 1995), la CORTE DI CASSAZIONE ha ammesso l'adozione sia semplice, sia piena, anche qualora la legge nazionale dell'adottando lo proibisca. Rispetto alla legge d'origine del *makful* prevalgono altre considerazioni riguardanti il necessario consenso degli aventi diritto o delle autorità nazionali dello Stato di origine del minore e la rottura definitiva e irreversibile di ogni legame tra il *makful* e la famiglia biologica. L'approccio pragmatico è stato applicato ad un caso in cui una coppia di cittadini francesi, residenti in Francia, intendeva tenere sul territorio nazionale, come proprio figlio, il *makful*. La giurisprudenza successiva, basata su un'analisi *case-by-case*, focalizzava la propria attenzione sulla verifica del tipo di consenso prestato dagli aventi diritto; ma, secondo il Ministero della Giustizia (circolare del 16 febbraio 1999), codeste decisioni risultavano essere troppo flessibili e finivano per costituire 'une jurisprudence erratique'.

Per esempio, la *Corte d'Appello di Parigi* (*arrêt* 14 giugno 1997) statuiva che non si poteva ritenere che le autorità algerine avessero acconsentito all'adozione del bambino affidato in *kafalah* a una coppia di francesi; mentre la *Corte d'Appello di Tolosa* (*arrêt* 22 novembre 1995) sosteneva che la *kafalah* potesse essere convertita in adozione semplice. La *Corte d'Aix en Provence* (25 mars 1999) deduceva che le autorità algerine avessero prestato il consenso all'adozione piena perché erano a conoscenza degli effetti che l'istituto spiega in Francia. Più recentemente, la *Corte d'Appel de Paris* (1° febbraio 2001) ha richiamato l'articolo 46 del Codice di famiglia algerino per respingere una richiesta di adozione. Fino alla legge del 6 febbraio 2001, la CORTE DI CASSAZIONE aveva mantenuto una linea ermeneutica che tendesse a tutelare come fine ultimo il benessere del fanciullo, preoccupandosi soltanto di distinguere i casi che giustificassero l'adozione semplice da quelli che avrebbero permesso l'adozione piena.

vamente oscillante, dall'altro lato, si rendono vani i tentativi di rispondere in maniera ponderata a questioni complesse quali la natura, gli effetti e la qualificazione giuridica della *kafalah*<sup>100</sup>.

Tuttavia, grazie a questa deroga, la Francia ha istituito «un'articolazione flessibile fra il diritto dello Stato d'origine del minore ed il diritto nazionale» assicurando un 'giusto equilibrio' tra il 'rispetto del pluralismo culturale', l'interesse pubblico dello Stato di accoglienza a non creare situazioni claudicanti (cioè *status* personali che non potrebbero essere riconosciuti nel Paese di origine del bambino) e l'interesse individuale del *kafil* al rispetto della vita familiare<sup>101</sup>.

#### 4.5. (segue)...e italiano

Pur rispondendo alla medesima esigenza di 'custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno [per il *kafil*] di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età'<sup>102</sup>, *kafalah* e adozione sono misure alternative tra loro. Parimenti, la *sharia* non può ammettere la conversione della *kafalah* in istituti a essa estranei, come quello dell'affidamento finalizzato all'adozione (articoli 22-24, legge 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*) o dell'affidamento etero familiare (articolo 2 della legge n. 184/1983), misura temporanea la cui finalità, piuttosto, è proprio quella di agevolare il rientro del minore presso la famiglia di origine<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> I tribunali di merito, già dai primi anni dall'entrata in vigore della legge, hanno opposto resistenza agli indirizzi dettati dalla giurisprudenza di legittimità, decidendo in base all'interesse supremo del minore (si veda, *ex multis*, TGI di Nanterre pronuncia l'adozione piena di un bimbo algerino il 28.09.2004; così le CdA di Reims e Tolosa, che pronunciano adozioni semplici di bambini marocchini e algerini tra il 2002 e il 2005). Ciò rappresenterà un serio banco di prova per valutare la tenuta delle posizioni della *Cour de Cassation*. Si veda, per una ricostruzione sistematica, NACIRA SAADI, *L'institution de la kafalah en Algérie et sa perception par le système juridique français*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2014, pp. 121-127.

<sup>101</sup> JOËLLE LONG, *Corte europea dei diritti dell'uomo e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile (nota a Harroudj c. Francia, sentenza 4 ottobre 2012)*, in *Minori Giustizia*, 1, 2013, pp. 304-310.

<sup>102</sup> CORTE DI CASSAZIONE, *Sezioni Unite, n. 21108 del 16 settembre 2013*. In dottrina, ANNA MAROTTA, *Italy and Kafalah: Reinventing Traditional Perspectives to Accommodate Diversity?*, in *Italian Law Journal*, 2016, pp. 191-212.

<sup>103</sup> «Maggiore somiglianza dimostra, semmai, la *kafalah* col vecchio e desueto istituto dell'affiliazione, significativamente abrogato dal nostro legislatore nell'atto stesso di approvare una legge recante più moderne misure di protezione dei minori abbandonati», GIUSEPPE MAGNO, *Ingresso in Italia del minorenne straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 1, 2014, p. 99.

La Corte di Cassazione italiana tende a valorizzare gli elementi di affinità con gli strumenti nazionali<sup>104</sup>. Facendo leva sul principio dell'interesse preminente del minore attraverso una lettura delle norme costituzionalmente orientata, la Suprema Corte perviene alla conclusione che il diritto riconosciuto al cittadino di condurre in Italia il minore ricevuto all'estero in *kafalah* non contrasta con l'ordine pubblico sotto il profilo della possibile elusione, suo tramite, della disciplina interna dell'adozione internazionale<sup>105</sup>. Ciò perché 'il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non [svolgerebbe] altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale'<sup>106</sup>. Il riconoscimento della *kafalah* nell'ordinamento italiano è avvenuto, in altre parole, adattando l'istituto alle varie forme previste in materia di adozione e

---

<sup>104</sup> Nel testo della sentenza n. 21395 del 4 novembre 2005, la Prima Sezione Civile della CORTE DI CASSAZIONE afferma che la *kafalah* «vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare» e che la stessa «attribuisce agli affidatari un potere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo». Analogamente, nel testo della sentenza n. 7472 del 20 marzo 2008, si legge: «Atteso, in definitiva, che (...) tra la *Kafalah* islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *Kafalah*, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *Kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato». Il principio è stato confermato in motivazione dalle Sezioni Unite: «tra la *kafalah* e l'affidamento di minori disciplinato dal diritto nazionale prevalgono sulle differenze i punti in comune, essendo entrambi strumenti di protezione dei minori, di durata temporanea (la *kafalah*, pur essendo revocabile, dura tendenzialmente fino al compimento della maggiore età), che non incidono sul loro stato civile ...», CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013. Cfr. ANNA MAROTTA, *Kafalah and case law in Italy*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law*, Ipocan, Roma, 2017, op. cit., pp. 61-70.

<sup>105</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013. Sul ruolo svolto in termini di riconoscimento dal limite generale dell'ordine pubblico, si vedano, *ex multis*, TITO BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 1999, p. 167 ss. e ATTILIO GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova, 1974. MAURIZIO MARTINELLI, *I rapporti di filiazione nell'ambito della famiglia islamica e in quella occidentale. L'istituto dell'adozione nell'ordinamento islamico e in quello italiano*, in CARLO CARDIA, GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia, Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 398, sostiene che «la rilevanza sistemica del principio dell'intangibilità dell'ordine pubblico interno ha subito, nell'applicazione della giurisprudenza, qualche attenuazione, giustificata dal principio dell'interesse del minore in seguito al riconoscimento di istituti giuridici di diritto privato islamico che non hanno un corrispettivo analogo nel nostro ordinamento civile. Il rilevante tentativo, operato in sede applicativa, di 'assimilare' l'istituto islamico della *kafalah* ai nostri strumenti di protezione dell'infanzia abbandonata, riunendo caratteristiche di istituti diversi disciplinati in Italia, è destinato a non avere seguito».

<sup>106</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013.

affidamento, dall'*adoptio plena* all'adozione 'in casi particolari' (articolo 44, legge n. 183/1984)<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> La trasformazione di un provvedimento di *kafalah* in adozione è ammessa in base agli articoli 35 e 36 della legge sull'adozione. Sul piano internazionale, l'articolo 15, comma 3, della Convenzione de L'Aia del 1996 attribuisce tale facoltà agli Stati: «in caso di trasferimento della residenza abituale di un minore in un altro Stato contraente», infatti, «la legge di quest'altro Stato disciplina, a partire dal momento in cui il trasferimento ha avuto luogo, le condizioni di applicazione delle misure prese nello Stato della precedente residenza abituale». Nel Regno Unito, l'*Adoption and Children Bill* del 2002 – che ha modificato il Children Act del 1989 il quale già prevedeva differenti istituti di protezione dell'infanzia abbandonata, alle quali è possibile ricorrere in alternativa all'adozione legittimante, tenendo conto, tra l'altro, dell'origine etnica e religiosa del minore – ha introdotto l'istituto della *special guardianship*, deputato alla protezione dell'infanzia abbandonata. Si veda, Sect. 22(4) e (5)c Children Act 1989, che specificando i *Duties of local authorities in relation to children looked after by them*, statuisce che «In making any such decision a local authority shall give due consideration: (a) having regard to his age and understanding, to such wishes and feelings of the child as they have been able to ascertain; (b) to such wishes and feelings of any person mentioned in subsection (4) (b) to (d) as they have been able to ascertain; and (c) to the child's religious persuasion, racial origin and cultural and linguistic background'. Ciò in base alla considerazione che 'some ethnic minority communities have religious or cultural difficulties with adoption in the form provided for in the law of England and Wales', la *special guardianship* è stata creata precipuamente al fine di fare propri 'the needs of children for whom adoption is not appropriate, but who cannot return to their birth parents and could benefit from the permanence provided by a legally secure family placement». House of Commons, Session 2000-01, *Adoption and Children Bill, Explanatory Notes*. Anche in Spagna, a partire dal 1996, a latere dell'*acogimiento familiar* preadottivo, il Codigó civil disciplina l'*acogimiento familiar* permanente, decretabile nel momento in cui «la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen» (art. 137 bis). Cenni al fatto che la *kafalah* sia riconosciuta in Spagna si rinviengono in PASQUALE STANZIONE, 'Minorità e tutela della persona umana, in *Diritto di famiglia*, 2000, p. 758 ss. Per la situazione spagnola si veda anche MARIA DEL PILAR DIAGO DIAGO, *La kafalah islámica en España*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 1, 2010, p. 140 ss. ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)). La forza legittimante della *kafalah*, in virtù della tutela del minore, è stata riconosciuta dal formante giurisprudenziale in *Aud. Prov. Granada 25 aprile 1995*, in *Rivista española de derecho internacional*, 47, 1995, p. 415 ss. Più nel dettaglio, in base all'articolo 34 della legge spagnola sulle adozioni (L.A.), «gli istituti di protezione dei minori adottati dalle autorità straniere i quali, secondo la legge d'origine, non determinano alcun legame di filiazione (come nel caso della *kafalah* marocchina) saranno assimilati all'affido o, se applicabile, a una tutela, secondo le regole di diritto spagnolo». Il riconoscimento della *kafalah* in Spagna avviene in modo disomogeneo, a seconda dell'autorità coinvolta nella fase di esame: a) nel caso in cui siano interpellate le autorità del settore 'Immigrazione', la giurisprudenza amministrativa non si è mostrata monolitica in merito alla concedibilità del visto per ricongiungimento familiare e per favorire l'ingresso del minore sul territorio nazionale; per questo motivo, la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero del Lavoro e degli Affari Sociali (DGI) nel 2007 ha pubblicato una Direttiva che distingue l'ipotesi in cui la *kafalah* è pronunciata in favore di minore orfano o abbandonato, da quella per cui sono i genitori biologici ad affidare in *kafalah* il loro figlio. Solo nella prima ipotesi potrà essere concesso il visto per ricongiungimento familiare, essendo stata la condizione del *kafil* assimilata a quella del tutore (rappresentanza legale). Nella seconda ipotesi, al contrario, la *kafalah* non ha validità e potrà ottenersi solo un visto per studio, terapia medica o turistico; b) in caso di procedure inerenti lo 'Stato civile e cittadinanza', le autorità amministrative assimilano la *kafalah* all'*acogimiento* (equivalente all'affido) e applicano il diritto spagnolo; c) nei casi che coinvolgono l'Assistenza sociale, il minore in *kafalah* è considerato figlio adottivo e riceverà il sussidio per gli orfani. Si veda NURIA MARCHAL ESCALONA, *Reconnaissance et efficacité de la kafalah marocaine dans l'ordre juridique espagnol*, in *Revue critique de droit international privé*, 1, 2015, p. 104.

Quanto al caso della Germania, si veda la sentenza dell'OLG Karlsruhe 25 novembre 1996-11WX 79/96.

## 5. Conclusioni

L'interazione tra i diversi sistemi giuridici può rivelare aspetti problematici nelle ipotesi di rinvio a figure aliene rispetto all'ordinamento chiamato a farne applicazione: tale è, appunto, il caso della *kafalah* rispetto ai Paesi occidentali<sup>108</sup>.

Il confronto con questo fenomeno e la predisposizione di strumenti potenzialmente idonei ad elaborare delle risposte è divenuto sempre più attuale, se non impellente, in ragione delle tensioni e dei momenti di contrasto in essere

---

In Svizzera, la verifica della compatibilità della *kafalah* con l'istituto dell'adozione è stato oggetto di un parere formulato dall'ISTITUTO SVIZZERO DI DIRITTO COMPARATO, *La 'kafalah' in diritto algerino*, in *Rivista dello Stato Civile*, 2000, pp. 169-171.

<sup>108</sup> La dottrina comparatistica definisce 'flusso giuridico' la percezione, come rilevante, di un dato proprio di un altro sistema giuridico, capace di introdurre un elemento di squilibrio nel sistema percipiente (GIANMARIA AJANI, DOMENICA FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, cit., pp. 41-42). Come è stato efficacemente sottolineato, «la CORTE DI CASSAZIONE ha mutato la sua visione eurocentrica nell'interpretazione della *kafalah*, considerando il suo apporto multiculturale al diritto di famiglia. L'interpretazione abbandonata è stata definita dalla dottrina nel senso della 'occidentalizzazione della *kafalah* all'orientalizzazione del miglior interesse del minore». Questa prospettiva enfatizza che il trapianto legale della *kafalah* islamica nei sistemi giuridici occidentali, «se compatibile con la 'retorica occidentale dei diritti umani' si realizza attraverso le norme di diritto internazionale privato maggiormente flessibili rispetto a quelle del diritto civile nazionale la cui rigidità rende il processo di armonizzazione giuridica più difficile», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni* (2016) *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* Rivista telematica ([www.statoechurchese.it](http://www.statoechurchese.it)), 31, 2016, p. 34. L'elaborazione del concetto di trapianto giuridico si deve ad ALAN WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, St. Athens, 1974. L'Autore indica nove fattori rilevanti per il compimento di un trapianto, che riportiamo nella versione linguistica originale: *pressure force, opposition force, transplant bias, discretion factor, generality factor, societal inertia, felt-needs, source of law e law-shaping lawyers*. Si veda ALAN WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 322. Il concetto di trapianto rappresenta una forma di recezione parziale di una o più parti del 'diritto' di uno stato terzo da parte di un diverso ordinamento giuridico. Tale forma di recezione, frutto di un trapianto di norma, è diretta conseguenza del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici (circolazione e recezione possono essere inclusi nell'unica nozione di flusso giuridico. Si veda a tal proposito MAURIZIO LUPOLI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Esi, Napoli, 2001, *passim*. La giustificazione dei trapianti di norme si basa sulla oggettiva omogeneità del mercato ed è tanto più facile quanto più si discute di norme considerate neutre o tecniche. In altre parole, gli interpreti, sulla spinta di fattori sia esogeni che endogeni, confrontano i prodotti giuridici a loro disposizione e cercano quindi di individuare le regole migliori per disciplinare una certa fattispecie giuridica. L'analisi economica del diritto, nel giustificare tale fenomeno, offre la soluzione utilizzando, come sempre, il concetto di efficienza mentre Watson utilizzava, invece, il concetto di 'prestigio' per esprimere che il modello imitato è quello più prestigioso). L'efficienza comparativa, ben spiega GIANMARIA AJANI, *Diritto comparato*, cit., pp. 38-39, si verifica quando: «una regola N, di cui si valuti l'adozione o si discuta l'utilità, può anche apparire come imperfetta, se confrontata con una situazione ideale e astratta, ma sarà la migliore possibile se considerata alla luce del contesto istituzionale. Tale osservazione della dipendenza delle riforme giuridiche ... dalle scelte del passato (*path dependency theory*) ci riconduce ... alla necessità di pensare alle modalità di funzionamento del diritto in prospettiva storica».

nel bacino del Mediterraneo<sup>109</sup>.

La crescente dimensione dei flussi migratori verso l'Europa impone, infatti, all'attenzione del giurista occidentale nuove istanze di riconoscimento e regolazione di istituti estranei alla propria tradizione giuridica<sup>110</sup>, provenienti da una società sempre più evoluta in senso multiculturale<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Si veda KIERAN MCLEAN EADIE, *The application of kafalah in the West*, in NADIRSYAH HOSEN (ed.), *Research Handbook on Islamic Law and Society*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, p. 48 quando afferma: «Despite growing Muslim minority populations in many Western countries, one area where there has traditionally been seen to be a legal disconnect between those populations and their new countries is the area of adoption, or the similar but distinct concept known in Islam as 'kafalah'». Cfr. anche FAISAL KUTTY, *Islamic Law, Adoptions and Kafalah*, in *Jurist Forum*, 2012, consultabile all'indirizzo: <http://jurist.org/forum/2012/11/faisal-kutty-adoption-kafalah.php> (accessed 29 November 2013) e JAMILA BARGACH, *Personalizing it: Adoption, Bastardy, Kinship and Family*, in JAMES D. FAUBION (ed.), *The Ethics of Kinship: Ethnographic Inquiries*, Rowman and Littlefield, Lanham (MD), 2001, pp. 80- 81.

<sup>110</sup> Come ben scrive NADJMA YASSARI, «in view of the exodus of millions of people from the region in the last decade and the emergence of a multitude of abandoned or orphaned children in the Middle East, it is high time that the existence of equivalent instruments that provide parents for parentless children be acknowledged», *op. cit.*, p. 963.

<sup>111</sup> La dottrina consapevole del contesto in cui ci si muove sottolinea che «il rapporto tra *kafalah* e ordinamento giuridico italiano si è posto in essere in relazione ai ricongiungimenti familiari di minori e, nell'ultimo periodo, in relazione ai grandi numeri di minori migranti, statisticamente difficili da accertare, approdati sulle spiagge italiane», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, cit., p. 29. Nell'ambito di una posizione critica verso il sistema giuridico italiano si afferma che «tranne in rare situazioni come quella concernente la *kafalah*, sembra soffocare la protezione di coloro che sono coinvolti relazioni interculturali», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione*, cit., p. 35. È di recentissima pubblicazione (28 gennaio 2019) la ricerca in merito alle dimensioni del fenomeno dei migranti minori non accompagnati. In base a tale report «negli ultimi 3 anni, in 45.159, approdati sulle coste italiane e non accompagnati, si sono autodichiarati minorenni, mentre il numero di minori accertato è stato poi di 36.878. In 20.862 hanno compiuto i 18 anni, dunque, sono usciti dalle statistiche». Prosegue la ricerca significando che 5.229 minori sono fuggiti dai centri di accoglienza, la maggior parte per raggiungere i parenti nel Nord dell'Europa. Infine, «10.787 minori non accompagnati risultano censiti al 31 dicembre 2018. Dovrebbero essere 'tutti' sotto tutela, invece non è possibile individuare dove siano stati collocati 869 di loro. Soltanto 461 sono stati dati in affidamento, soprattutto a parenti e connazionali». MILENA GABANELLI, SIMONA RAVIZZA, *Migranti, in Italia 10.787 minori non accompagnati. Dove sono?*, reperibile al sito: <https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/migranti-italia-10787-minori-non-accompagnati-dove-sono/a364c264-20ca-11e9-926b-daa18cae285e-va.shtml> (ultimo accesso, 28 gennaio 2019). In termini pratici, «la crescente immigrazione da paesi del Maghreb che conoscono l'istituto della *kafalah* ha dato vita a un significativo contenzioso in merito alla legittimità dell'ingresso, nel territorio italiano, del minore affidato mediante tale misura di protezione. Sebbene, infatti, la *kafalah* sia annoverata tra gli istituti di tutela dell'infanzia dagli artt. 3 e 33 della Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996, la relativa legge di ratifica 18 giugno 2015, n. 101 non ha inserito le indispensabili norme di adeguamento, rinunciando, almeno temporaneamente, a una soluzione legislativa del problema». Cfr. GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, p. 227; JOËLLE LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Diritto di famiglia*, 2007, p. 1432, afferma che «il fatto che la Convenzione dell'Aia del 1996, per esempio, includa espressamente nel proprio ambito di applicazione la *kafalah* (peraltro riconosciuta anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore), che è un istituto di diritto islamico riservato ai musulmani, estraneo al diritto contemporaneo dei Paesi di matrice culturale

Suddette istanze assumono una forma inedita, ovvero quella della ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di integrazione, da un lato, e di rispetto di prerogative identitarie, dall'altro<sup>112</sup>.

Il diritto di famiglia, specchio di modelli sociali dei quali non si può non tener conto in sede di regolazione dei rapporti, rappresenta un terreno fertile

---

europea e sostanzialmente analogo a un affidamento familiare sine die, impedisce, a mio parere, agli altri Stati contraenti di ritenere la *kafalah* di per sé contraria a un preteso principio di ordine pubblico della rigorosa temporaneità dell'affidamento familiare».

<sup>112</sup> CRISTINA CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale* 4, 2011, p. 1029, puntualizza che salvo rare eccezioni, gli Stati hanno provveduto a modernizzare in misura più o meno incisiva il proprio sistema giuridico. Perciò, i sistemi giuridici dei singoli Stati di matrice musulmana possono differire in maniera sensibile l'uno dall'altro. Tale autorevole dottrina icasticamente osserva che «la cultura, ..., è quel paio di occhiali attraverso i quali ciascuno vede e valuta se stesso e gli altri. Tanto l'immigrato quanto il giudice sono costretti a compiere un viaggio (reale il primo, virtuale il secondo) l'uno nel Paese dell'altro e a scambiarsi gli occhiali. Al giudice tuttavia è concesso il ricorso a un filtro che lo difende dai riflessi della realtà estera. Il filtro, la cui azione va calibrata in funzione del risultato, determina inevitabilmente una perdita di definizione dell'immagine, sicché il giudice dovrebbe avvalersene solo in caso di reale necessità, solo quando cioè in concreto il sacrificio in termini di definizione è proporzionato al vantaggio in termini di effetto generale. Fuori metafora: il legislatore autorizza il giudice, in virtù della clausola di ordine pubblico, a valutare l'impatto concreto nel proprio ordinamento delle norme straniere applicabili (o delle decisioni emanate all'estero) e a respingerle nella misura in cui ciò sia proporzionato all'interesse dell'armonia interna. Il giudice deve insomma agire nel rispetto della immaginaria regola – che si è all'inizio ipotizzata – per cui ogni persona ha diritto al rispetto della sua identità culturale e non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per il rispetto della identità culturale dello Stato. Più raramente, poi, il giudice, non riuscendo a mettere bene a fuoco l'immagine straniera, è costretto a usare un filtro correttivo che, sfumandola, modifica detta immagine fino a renderla riconoscibile. Così, di fronte a istituti giuridici stranieri sconosciuti nel foro – quali ad esempio ... la *kafalah* islamica – il giudice deve estrapolarne gli elementi essenziali per valutare a quali istituti del foro siano assimilabili e dunque a quale norma di conflitto siano riconducibili». In sintesi, è evidente una certa difficoltà in Occidente nel configurare una convincente e definitiva classificazione della *kafalah*, così come si può riscontrare un difetto di coordinamento tra sistemi giuridici. Autorevole dottrina ha affermato che «in relazione alla *kafalah*, il difficile bilanciamento degli interessi in gioco – la tutela del minore da un lato, e gli interessi dello Stato dall'altro – pone il legislatore statale di fronte all'ardua scelta se assimilare o meno l'istituto islamico all'adozione, nonostante gli espressi divieti di origine canonica presenti nei Paesi di origine dei minori». Inoltre, anche se è innegabile «la volontà presente in ambito internazionale di includere nelle principali convenzioni sui minori, strumenti di protezione differenti rispetto a quelli conosciuti in occidente, dall'altra parte, al momento di dare concreta applicazione a quelle convenzioni, è possibile constatare le incertezze degli Stati in sede di qualificazione di tali istituti», FEDERICA DI PIETRO, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pp. 98-99. In quest'ottica, è preoccupante la tendenza lanciata dal referendum tenutosi il 2 novembre 2010 in Oklahoma, in base al quale la Costituzione di tale Stato venne emendata così da prevedere che: «The Courts...., when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution... and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law».

per la sperimentazione di possibili soluzioni operazionali<sup>113</sup>.

Tali considerazioni sono ancora più pregnanti per il diritto islamico, ontologicamente e intimamente plasmato intorno a precetti di natura divina, che, in quanto tali, interessano e permeano ogni aspetto della vita dei credenti musulmani<sup>114</sup>.

Nonostante la comune matrice shariatica, sul piano del diritto positivo, la *kafalah* si incardina in maniera differente all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, con soluzioni che spaziano da una più evidente aderenza alla *sharia* (come nel caso dell'Algeria) fino a formule di compromesso (Marocco) o addirittura moderniste (come in Tunisia)<sup>115</sup>.

Il giurista occidentale, d'altro canto, viene in contatto con la *kafalah* nel momento in cui l'istituto deve essere riconosciuto e recepito all'interno del proprio ordinamento giuridico<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> MICHELE NISTICÒ, *Kafalah islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafalah nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 2-3. La tendenza dei giuristi municipali ad affrontare i fenomeni giuridici, in generale, e la *kafalah*, in particolare, in termini puramente tecnici reca in sé il rischio di ridurre i profili di tale fattispecie al mero dato istituzionale, tralasciando la complessa realtà sociale maghrebina. Infatti, in Marocco come in Algeria, le lotte delle famiglie *kafilates* e della *société civile* per ottenere la concordanza del cognome tra *makful* e *kafil*, o per l'iscrizione del *makful* nello stato di famiglia, sono piuttosto accese. Una delle sensazioni che si avvertono sfogliando gli articoli di stampa è che la famiglia *kafilate* consideri se stessa un nucleo non dissimile dalla famiglia biologica e reclami di poter esercitare tutte le facoltà connesse a quest'ultima. Non a caso, i termini che i *kafiles* impiegano per descrivere la propria condizione sono *parents adoptifs*, *adopté/ée*, *famille adoptive*. AZIZA BELOUAS, *Kafalah: Une réforme du cadre législatif de 2002 s'impose*, 27 marzo 2019, consultabile all'indirizzo: <https://www.lavieeco.com/news/maroc/societe/kafalah-une-reforme-du-cadre-legislatif-de-2002-simpose.htm>.

<sup>114</sup> PASQUALE LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 147.

<sup>115</sup> Ovvero, in altre parole, 'the binary Tunisian approach, the monolithic Moroccan vision and the masquerade Algerian adoption-like *kafāla* show how these assumptions are verifiable'. ANDREA BORRONI, *The Kafalah*, cit., p. 30. MAAIKE VOORHOEVE (a cura di), *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, Tauris, Londra, 2012, p. 2. L'Autrice puntualizza come il diritto di famiglia, sebbene persista come roccaforte della *sharia*, abbia subito un processo di 'positivizzazione', il quale ne ha conformato gli aspetti in relazione alle caratteristiche dei singoli ordinamenti di derivazione shariatica. Mclean Eadie sottolinea che «wether the *kafalah* 'parent' can purport to enter a permanent arrangement depends on interpretation and varies from state to state. The traditional view is that adoption is anathema as it involves the permanent and absolute transfer of parental rights to adoptive parents, a denial of ancestry and falsifying of bloodlines as well as removal of the child. However, many Muslim majority state-based approaches adopt a more nuanced and purposive approach to the issue of permanency, whilst others take a stricter approach. The challenge arises when approaches are reconciled with Western legal constructs of adoption», MCLEAN EADIE, *The application of kafalah in the West*, cit., p. 50.

<sup>116</sup> Come già si è avuto modo di affermare: «The unnatural filiation relationship is interesting from a comparative standpoint, because under Islamic law a recourse to legal institutions and tools that are entirely foreign to our tradition is observable. This depends on the fact that in the Islamic States the origins of the filiation relationship are rooted into the biological ties as long as the procreation took place within the context of licit sexual intercourse between the two parents. Islamic law, therefore, does

Questo incontro risulta inevitabilmente caratterizzato da ulteriori sfumature, in quanto il confronto avviene tra due ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche<sup>117</sup>, per certi versi, opposte: l'una, originata dalle Rivoluzioni<sup>118</sup>, incentrata sull'individuo, esalta il progresso e il continuo cambiamento; l'altra, dottrina insieme politica, sociale, religiosa e giuridica, incorona la legge divina, sacra e immutabile<sup>119</sup>.

Posto di fronte alla questione del riconoscimento, suddette tradizioni risultano plasmate da insiemi di norme distinte, le quali costituiscono il prodotto di una diversa visione culturale della società e derivano da una piramide delle fonti del diritto in palese dissonanza<sup>120</sup>: da un lato, infatti, campeggia la legge dello Stato laico, dall'altro lato, il Corano<sup>121</sup>.

---

not recognize any sort of illegitimate filiation and that results in the absence of all the tools existing in Western Countries to regulate it. In the absence of any mechanisms which can create a system of an unnatural filiation, the Islamic Countries have had to come up with alternative means of protecting minors who are in a condition of abandonment. The main tool to give protection and assistance to abandoned children is the *kafāla*». ANDREA BORRONI, *The kafalah*, cit., p. 29.

<sup>117</sup> È utile ricordare che il concetto di 'tradizione' non si basa sulle fonti di produzione formale, bensì sul modo in cui il diritto è prodotto, pensato, applicato. Le tradizioni giuridiche sono metaforicamente delle 'pentolacce concettuali' perché tengono insieme, al loro interno, parti reciprocamente incoerenti, H. PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 24-71.

<sup>118</sup> ALESSANDRO SOMMA, PIER GIUSEPPE MONATERI, *Il modello di Civil Law*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 5.

<sup>119</sup> GIANMARIA AJANI, DOMENICO FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato*, cit., p. 505.

<sup>120</sup> GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Cacucci, Bari, 2008, p. 62, sottolinea che «è utile chiarire che il problema della qualificazione investe sia il momento del riconoscimento dei provvedimenti stranieri che in materia di adozione costituisce l'ipotesi più frequente sia, ancora più a monte, il momento della determinazione della legge applicabile. Molto spesso i giudici italiani sono alle prese con istituti giuridici familiari e di protezione del minore che non sono in contrasto con i principi dell'ordinamento ma sono significativamente diversi dai corrispondenti istituti italiani. In simili casi, l'alternativa tra l'applicazione del diritto straniero o della *lex fori* si pone come un confronto di civiltà, dovendosi stabilire fino a che punto il rispetto dell'identità culturale e l'esigenza di continuità degli status familiari debbano prevalere sugli imperativi di carattere assoluto che scaturiscono dalle norme in materia di diritti umani».

<sup>121</sup> Come noto agli studi comparatistici, 'ordinamenti giuridici stranieri – espressione di tradizioni e culture assai distanti dalla nostra – disciplinano più di un rapporto giuridico per mezzo di istituti non sempre conosciuti al sistema interno, e, più in generale, alla tradizione giuridica occidentale, ovvero facendo ricorso a schemi noti, ma declinati in maniera difforme dal paradigma interno. La comparazione giuridica offre, dunque, pure in questo frangente, gli strumenti validi non soltanto per lo studio e la comprensione di diritti di popoli e di Stati diversi tra di loro, bensì pure per la valutazione delle soluzioni offerte, con riguardo ad un determinato contesto, nei vari ordinamenti», ANGELO VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *Diritto di famiglia*, 2010, p. 1629; ma, il pensiero non può che andare a RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992, p. 10 ss. Per trovare una soluzione accettabile a queste tensioni di matrice giuridica, la dottrina più recente si è concentrata sui tratti analogici tra i due istituti e sui criteri ermeneutici che dovrebbero guidarne l'interpretazione. Sacco, ad esempio, con chiarezza ha sostenuto che: «this scholar ascertain that equally sees that the fundamental foundations

Tuttavia, come già efficacemente sottolineato in dottrina: «legal systems of Romanist tradition, on one side, and of Islamic tradition, on the other, can converge and, above and beyond the current conflicts of culture, offer a contribution to the dialogue between these great families of law»<sup>122</sup>; del resto, i due sistemi mostrano alcune somiglianze per ciò che riguarda i principi fondamentali<sup>123</sup>.

Questa incessante contaminazione tra istituti giuridici ha ormai assunto ricadute sistemiche che «superano le frontiere e danno luogo, non soltanto ad un più frequente ricorso alle tecniche di collegamento fra i diritti statali che sono proprie del diritto internazionale privato, o alla realizzazione di forme di unificazione legislativa mediante trattati internazionali, ma anche a più intensi scambi di carattere culturale che determinano l'affermazione di un diritto 'transnazionale'». <sup>124</sup>

Ed è proprio in base a tale interpretazione teleologica che le due famiglie giuridiche (ed i singoli ordinamenti giuridici al loro interno) possono individuare se non un linguaggio almeno una grammatica comune per proteggere i minori in modo adeguato e consentire a essi di circolare oltre i singoli confini nazionali<sup>125</sup>.

---

of the two laws share some similarities, because in the two Countries the subject of marriage are the spouses, the children belong to both the mother's family and the father's, the parents both exercise authority on their minor children and they tie to may be solved through divorce. Moroccan law, Italian law. Two laws that are not brothers. But two laws that are cousins», RODOLFO SACCO, *Family Structure and Comparative Law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), op. cit.19). MCLEAN EADIE, poi, rileva: «Islamic *kafalah* and modern Western adoption have much more in common than might be expected in a superficial analysis. Despite notable conflicts, both focus on open adoptions and the best interests of the child. Further, there is significant overlap between the legal approaches of some Muslim-majority countries and Western states. In particular, the approaches of Tunisia and Morocco (and in principle Pakistan) appear to have sufficiently similar characteristics with Western systems for development of comity-based arrangements. Such arrangements could seek to safeguard the fundamental principles valuable to each community to the benefit of orphans, with procedures grounded in domestic law, but with additional safeguards and codification to ensure clarity for minority communities, the *kafalah* children and the general public». L'autore sostiene, infine, che la negoziazione di accordi bilaterali tra Stati sia uno strumento più efficace rispetto alle Convenzioni internazionali per risolvere i conflitti che possono scaturire dalla *kafalah* nel solco delle dinamiche migratorie», *ivi*, p. 78.

<sup>122</sup> GIAN MARIA PICCINELLI, *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah ...*, cit, p. 1.

<sup>123</sup> RODOLFO SACCO, *Family Structure and Comparative Law*, cit., p. 19.

<sup>124</sup> ALESSANDRO PIZZORUSSO, *I sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1998<sup>2</sup>, p. 36.

<sup>125</sup> Di tale opinione anche ROBERTO SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa 'tradizione'. I casi della poligamia e della kafalah di diritto islamico*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2014, *De Jure banche dati*, p. 533 ss. In base a tale dottrina, altrimenti opinando, si arriverebbe al paradosso di discriminare i fanciulli provenienti da paesi musulmani, ove la protezione attraverso la *kafalah* rappresenti l'unica tutela a disposizione. Ancora,

Sul piano operativo, nella ricerca della regola effettivamente applicabile a un caso concreto, il giudice è chiamato a contemperare interessi che coinvolgono valori di primaria importanza, perché riguardanti il *best interest of the child*<sup>126</sup>.

Le apparenti somiglianze possono indurre a estendere soluzioni ‘nazionali’, generando una sensazione di pareidolia giuridica; sotto questo aspetto, il giudice francese – rigoroso nell’assegnare a ciascuno lo spazio definito dalle rispettive leggi – si affida a ricostruzioni più rigide del suo omologo italiano<sup>127</sup>.

---

tralasciando la *kafalah* meramente negoziale, «tra la *kafalah* islamica e il modello dell’affidamento nazionale prevalgono, nelle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell’adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l’uno che l’altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *kafalah*, più dell’affidamento, vicina all’adozione, in quanto, mentre l’affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell’affidato», *Cass. 20-3-2008 n. 7472*. Infatti, come afferma SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare*, cit.: «il rapporto di affinità con gli istituti dell’affidamento e dell’adozione, ben messo in luce dai giudici, nonché l’operatività dei principi di non discriminazione e di tutela dell’interesse del minore, giustificano l’affermazione di un campo semantico del ricongiungimento familiare che comprende il minore affidato in *kafalah* ad un *kafil* straniero regolarmente soggiornante in Italia». Tale ricostruzione è ancor meglio sostenuta e dettagliata dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 2 luglio 2009 denominata *Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE* la quale statuisce che «i bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare», (COM/2009/313 del 2-7-2009). Come ben conclude la dottrina, in sintesi, «ciò che fonda il significato di familiare comprensivo del minore affidato in *kafalah*, non è tanto la categoria giuridica astratta della *kafalah*, bensì il rapporto sostanziale tra l’affidato e l’affidatario che da essa scaturisce, vale a dire l’intensità della specifica relazione», ROBERTO SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare*, cit. In ogni caso, anche così adducendo, non si intende attribuire, all’interno del nostro sistema giuridico, al provvedimento di *kafalah* gli stessi effetti dell’adozione, perché così operando si darebbe vita ad un reale contrasto con le norme dettate per l’adozione e relativi principi di ordine pubblico da essa portati e orientati a contrastare il traffico illecito di minori.

<sup>126</sup> Ammonisce ancora GIAN MARIA PICCINELLI che «indeed, the *kafāla* and the protection of minors regards ... the entire Mediterranean area; it is a typical institution of Muslim law that places itself as an alternative to the adoption, which is still prohibited in the Islamic world. It offers important points for reflections on the legal instruments available to minors facing difficulties; with regard to the flow of migrants today, it could allow the reconstruction of an adequate system of family and social relations to the benefit of children who find themselves alone and unaccompanied. It is a matter we could define as geopolitical law, or geo-law. Above and beyond the discipline of the relevant institutions in Italy and Morocco, it places itself in the confrontation among values (and consequently rules) that exist between Europe and the Islamic world and that constitutes an evident paradigm. The increasing secularisation of the family context in Europe and the constant ties to religious values and personal statutes on the southern shores of the Mediterranean, denotes the presence of a potential division, the effective entity of which is seriously in need of analysis and assessment», *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, cit., p. 7.

<sup>127</sup> Recente dottrina bene afferma che «la questione dell’ammissibilità del ricongiungimento familiare del *makful* con il proprio *kafil* straniero residente in Italia oppure cittadino italiano ha offerto alla giurisprudenza l’occasione per riflettere sulla compatibilità, con la clausola dell’ordine pubblico, di un istituto straniero di protezione dell’infanzia chiamato a dispiegare i propri effetti nell’ordinamento interno», GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., p. 228. In altri termini, «dinanzi

In altri termini, ogni soluzione richiede una diversa sensibilità, un certo grado di permeabilità a esigenze provenienti da contesti culturali lontanissimi tra loro, capace di orientare come una bussola la ricerca della soluzione migliore<sup>128</sup>.

Ma il principio cardine non può che essere il superiore interesse del minore e il compito di ricondurre tutti gli attori coinvolti (Stati, amministrazioni e cittadini) lungo la traiettoria da esso tracciata, è un dovere del comparatista.

---

a un istituto estraneo alla nostra esperienza, il giudice – lungi dal sovrapporre la disciplina a quella delle misure di protezione previste dal sistema giuridico nazionale – deve limitarsi a verificarne la conformità all'ordine pubblico e la sua corretta applicazione nel caso concreto. Pertanto, la *kafalah* sia giudiziale sia convenzionale, in quanto strumento di cura -e assistenza del minore rispettoso della sua origine etnica, religiosa e culturale, si considera titolo per l'autorizzazione all'ingresso in Italia del *makful* straniero, alla luce di una nozione di ordine pubblico contenutisticamente costituzionale, che non coincide più con l'interesse superiore dello Stato e della sua organizzazione, ma si identifica con la sintesi dei diritti fondamentali della persona umana, compreso il superiore interesse del fanciullo». GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., p. 229. In base alle parole di PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico, Diritto delle successioni e donazioni*, 2017, p. 181 ss., l'analisi della *kafalah* «trascende il diritto applicabile secondo i criteri di collegamento di diritto internazionale privato e ripropone più correttamente l'individuazione da parte del giudice italiano di una normativa adeguata alla situazione concreta, che tenga conto delle scelte religiose con l'unico limite di garantire il rispetto della dignità umana». Infatti, all'interno di una globalizzazione che fa trascinare dal proprio alveo originario le proprie ed individuali peculiarità religiosa e culturale, «la nozione di ordine pubblico assurge a garanzia della dignità dell'uomo senza determinarne in forma rigida, unilaterale ed aprioristica la conformazione culturale e religiosa e, quindi, giuridica», PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 166 ss. Tale nozione, appunto, deve intendersi – proprio alla luce della polisemia dell'ordinamento giuridico contemporaneo, frutto di già citati flussi e continue contaminazioni – «nozione unitaria, sintesi di normative ricollegabili a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei principi identificativi dell'assiologia costituzionale», PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 183. Tangenziale a tale analisi si veda PASQUALE FEMIA, *Segni di valore*, in LUCIA RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, ESI, 2012, p. 83 ss.

<sup>128</sup> Come bene è stata definita dalla dottrina, «the non-knowledge of the alternative institute contemplated by Muslim law, or, in any case, the idea that this is a historical relic no longer compatible with contemporary categories of families and social protection of minors, has for many years considered the *kafala* outside the confines of the *ordre public* of our legal system and those of many of the western legal systems», GIAN MARIA PICCINELLI, *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, cit., p. 8.

SOMMARIO

Come noto, la *sharia* non riconosce l'istituto dell'adozione. Negli ordinamenti giuridici islamici, quindi, i formanti hanno elaborato altre e differenti soluzioni per perseguire l'interesse del minore abbandonato o orfano: la *kafalah* è uno di questi. Nel presente saggio, quindi, dopo aver presentato brevemente i tratti caratteristici comuni della *kafalah*, si passeranno in rassegna le scelte operate dai legislatori del Nord Africa e le reazioni di alcuni sistemi giuridici occidentali che hanno dovuto confrontarsi con essa.

In questo brodo culturale, è emerso come, nonostante le inevitabili differenze, ci sia un sentiero comune e una finalità condivisa rappresentata dal *best interest of the child*. Ed è proprio in base a tale interpretazione teleologica che le differenti famiglie giuridiche (e i singoli ordinamenti giuridici al loro interno) possono individuare se non un linguaggio almeno una grammatica comune che possa permettere alle soluzioni elaborate per proteggere i minori di circolare oltre i singoli confini nazionali

PAROLE CHIAVE

*Kafalah; legislazioni del Nord Africa; Tradizione giuridica occidentale; trapianti giuridici*

ABSTRACT

It is a well-known notion that Islamic law does not recognize the validity of the legal institution of adoption. In Islamic Countries, the legal formants, therefore, created other possibilities to pursue the interest of the minors abandoned or without a family: the *kafalah* is one of them.

In this essay, therefore, the author describes the legal solutions adopted by the North African legislators and the way the Western Legal Tradition reacted when it was necessary to deal with the *kafalah*. In this legal and cultural brew, it is found that, notwithstanding the unavoidable and persistent differences, there is a common path and a shared common goal represented by the best interest of the child. And it is in this function that the legal systems may find the common grammar to communicate and the legal institutions (*kafalah* on one direction, adoption in the other) may circulate over the national borders.

KEY WORDS

*Kafalah; North African legislators; Western Legal Tradition; legal Transplants*

# *Il diritto islamico e le espressioni artistico-musicali haram-halal*

GIOVANNA CARUGNO

*SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'espressione artistica sotto la lente della sharia – 3. (segue) Fatwa sull'arte – 4. La musica nel diritto shariatico – 5. (segue) Fatwa sulla musica – 6. Considerazioni conclusive*

## *1. Introduzione*

Arte e fattore religioso costituiscono due fili della stessa matassa, annodati a spira attorno al macrocosmo della storia culturale di un popolo.

Questa metafora è tanto più vera se calata nella realtà degli ordinamenti musulmani, dove il groviglio appare più intricato perché 'l'Islam non è solo una religione, è anche una cultura'<sup>1</sup>, fondativa di regole giuridiche espresse nella Legge divina (*sharia*)<sup>2</sup>.

Quest'ultima orienta la condotta del credente, dettando 'comandamenti morali e spirituali', che si estendono all'interezza della sfera personale e sociale dell'individuo, 'attribuendo significato religioso anche a quella che potrebbe sembrare la più profana delle attività'<sup>3</sup>.

Partendo da questa premessa e valendosi degli strumenti della comparazione diacronica e interdisciplinare, il presente scritto si interroga sull'approccio shariatico all'espressione artistico-musicale, quesito che appare di interesse estremamente attuale per la presenza multiculturale e il 'pluralismo estremamente composito che rende ... il nostro Paese un incredibile mosaico di fedi e

---

<sup>1</sup> NICOLA FIORITA, *Dispense di diritto islamico*, Firenze University Press, Firenze, 2002, p. 6.

<sup>2</sup> MAURIZIO OLIVIERO, *Diritto islamico*, in LUIGI PEGORARO (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato* Carocci, Roma, 2009: «La *sharia* comprende «principi e ... precetti a base etico-religiosa, immutabili e imperativi, che ogni musulmano è tenuto a rispettare se vuole adempiere ai suoi doveri», p. 99.

<sup>3</sup> SEYYED HOSSEIN NASR, *Ideali e realtà dell'Islam*, Rusconi, Milano, 1988, pp. 105-206.

di culture'<sup>4</sup>, dove le istanze confessionali pervadono l'esistenza quotidiana<sup>5</sup> e portano all'attenzione (non solo mediatica)<sup>6</sup> il confine tra lecito (halal) e non lecito (haram) secondo il diritto islamico.

## 2. L'espressione artistica sotto la lente della sharia

La *ratio* della regolamentazione dell'espressione artistica è il riflesso del dato storico costituito dal passaggio dal disordine, caratterizzante l'era-preislamica (*Jahiliyya*, termine che non casualmente contiene nella sua radice il significato di 'ignoranza', nel senso di mancata conoscenza della parola divina), alla rivelazione della Verità e alla proclamazione della *sharia*.

Se la *Jahiliyya* 'aveva visto il trionfo del desiderio e dell'egoismo personale', 'con il contratto stipulato tra Maometto e i Meccani, viene riportato l'ordine in cambio dell'abbandono della libertà ... di pensiero e di creazione'<sup>7</sup>, *in primis* quella di realizzare rappresentazioni grafico-visuali del divino, nonché di rendere gli idoli oggetto di culto (divieto di idolatria – *ibadat al-asnam*)<sup>8</sup>, di dono e di commercio<sup>9</sup>.

Sotto l'aspetto etimologico, 'il termine arabo utilizzato per idolatria [*shirk*],

---

<sup>4</sup> NICOLA FIORITA, DONATELLA LOPRIENO, *Islam e costituzionalismo*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 14, 2017, p. 2.

<sup>5</sup> Invero, «il credente musulmano, in determinate materie dovrebbe rispettare le proprie norme giuridiche, a prescindere dal diritto dello stato nel quale si trova; in altre parole il musulmano porta con sé il diritto di origine», DANIELE ANSELMO, *La proprietà nel diritto islamico*, in ROBERTO CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori: beni, limiti, tutela nazionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 205.

<sup>6</sup> Come osservato da SILVIO FERRARI, *Il diritto divino dell'Islam. Fonti dell'obbedienza e interpretazione della legge*, in MICHELINA BORSARI, DANIELE FRANCESCO (a cura di), *Obbedienza. Legge di Dio e legge dell'uomo nelle culture religiose*, Fondazione Collegio San Carlo, Modena, 2006, p. 181: «una riflessione sul diritto divino è fondamentale per comprendere quanto sta accadendo nel mondo contemporaneo ... per spiegare le radici profonde dei conflitti che attraversano la società odierna».

<sup>7</sup> ANDREA LOMBARDO, *Le immagini nel mondo musulmano: quale diritto?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 8, 2008, p. 66.

<sup>8</sup> Il divieto è così permeante da determinare una coincidenza tra il soggetto che commette idolatria e il non credente. Nel disciplinare il matrimonio, individuando quale impedimento la disparità di culto, il Libro sacro recita: «Non sposate donne idolatre finché non abbian creduto, ché è meglio una schiava credente che una donna idolatra, anche se questa vi piace, e non date spose donne credenti a idolatri finché essi non abbian creduto, perché lo schiavo credente è meglio di un uomo idolatra, anche se questi vi piaccia», CORANO, II, 221. Anche GERALD R. HAWTING, *The idea of idolatry and the emergence of Islam: from polemic to history*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 67, sostiene che l'accusa di idolatria sia spesso mossa nei confronti di coloro che affermano, invece, di essere pienamente monoteisti e di credo musulmano.

<sup>9</sup> FINBARR BARRY FLOOD, *Idol-breaking as image-making in the 'Islamic State' religion and society*, in *Religion and Society: Advances in Research*, 7, 2016, p. 117.

significa ‘associazione’. Nel Corano, la pratica dell’idolatria corrisponde al fatto di associare un qualsiasi altro essere, una qualsiasi altra persona, o un qualsiasi altro concetto ad Allah<sup>10</sup>. Tale peccato di associazione – considerato, per la sua gravità, frutto di una condotta imperdonabile<sup>11</sup> – può essere commesso a mezzo del mediatore artistico, pur non statuendo il Corano una specifica proibizione di pratica dell’arte pittorica o scultorea, né di raffigurazione del Profeta, il cui ‘divieto è dedott[o] a partire dai versetti e ’aḥādīth che prescrivono la rappresentazione degli esseri viventi’<sup>12</sup>.

Nel Libro sacro il termine ‘immagine/forma’ (*sūra*) è utilizzato in un solo versetto, con riferimento alla creazione dell’uomo per mano divina: ‘O uomo! Che cosa mai ti sedusse ad abbandonare il tuo generoso Signore? Il quale ti ha creato, plasmato, armonicamente formato e nella forma che ha voluto t’ha forgiato?’ (Corano, LXXXII, 6-8)<sup>13</sup>.

Alcune indicazioni sull’operatività dell’aniconismo – inteso quale assenza (conseguente a proibizione) di manifestazioni materiali del divino – emergono, procedendo nell’esame delle fonti, dalla *Sunna*.

La tradizione profetica individua ciò che l’espressione artistica non potrebbe in alcun modo ritrarre: non solo la ‘divinità’ in senso stretto, ma anche ‘qualsiasi essere vivente, per rispetto al segreto divino contenuto in ogni creatura’<sup>14</sup>.

Questa conclusione è suggellata da un *hadith* riportato da Al-Bukhârî, secondo il quale ‘non entrano angeli in case dove vi sono immagini’<sup>15</sup>.

Altri *hadith* condannano i soli pittori, senza fare menzione alcuna degli scultori, ammonendo i primi del fatto che ‘nel giorno della Risurrezione ... riceveranno da Dio i castighi più terribili’ e saranno costretti a donare le loro

---

<sup>10</sup> HARUN YAHYA, *I concetti fondamentali del Corano*, Global Publishing, Istanbul, 2000, p. 10.

<sup>11</sup> Riporta un commentatore del tardo XIX secolo in *Nuove effemeridi siciliane*, Pedone Lauriel, Palermo, 1878, p. 109: «Dio ... perdonerà ogni altro peccato a chi lo vorrà perdonare, ma non potrà mai perdonare l’enorme delitto di quell’uomo che gli associa altre divinità ... Giacchè gl’idolatri sono immondi ... sono pregiudicati da mille false credenze, ed è perciò che da tanti fra loro si immola alle false divinità perfino i propri figliuoli ... È quindi vietato al credente invocare Dio in favore degli idolatri ..., ed è giustizia si combattano ad oltranza, mentre Dio sarà sempre con i suoi fedeli».

<sup>12</sup> MARIA BOMBARDIERI, *La questione delle immagini nell’islam*, in ANTONIO ANGELUCCI, MARIA BOMBARDIERI, ANTONIO CUCINIELLO, DAVIDE TACCHINI (a cura di), *Chiesa e Islam in Italia. Incontro e dialogo*, EDB, Bologna, 2019, p. 5, estratto disponibile online all’indirizzo: <https://ecumenismo.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/32/2015/05/19/10-La-questione-delle-immagini.pdf>.

<sup>13</sup> La traduzione del Corano utilizzata in questo scritto è quella curata da ALESSANDRO BAUSANI, *Il Corano*, Rizzoli, Milano, 2016.

<sup>14</sup> TITUS BURCKHARDT, *L’arte dell’Islam*, Abscondita, Milano, 2002.

<sup>15</sup> AL BUKHARI, *Deti e fatti del profeta dell’islam*, Utet, Torino, 2009.

opere<sup>16</sup>.

Una ferma opposizione per l'arte scultorea troverebbe conferma sia in alcuni *hadith*, che in versetti coranici. Il giurista shafiiti An-Nawawī, vissuto a metà del XIII secolo, ricorda un *hadith* che vieta la raffigurazione di esseri animati<sup>17</sup> e ogni tipologia di rappresentazioni in grado di proiettare un'ombra (dunque, dotate di tridimensionalità, come le sculture)<sup>18</sup>.

Il Libro sacro descrive gli idoli (*quid* esteriore 'adorato all'infuori di Dio') come 'legna per la gehenna' (Corano, XXI, 98) e le 'pietre idolatriche' (*nusub*) quali 'sozzure, opere di Satana' (Corano, V, 90).

All'indomani della conquista della Mecca, le pietre presenti nella *Ka'ba* furono distrutte *manu militari* su ordine del Profeta, dinanzi all'impotenza e ai lamenti degli abitanti che professavano la religione pagana politeista<sup>19</sup>, in cui 'il posto preponderante spettava [proprio] alle statue, d'ogni dimensione e forma, mobili o fisse in posto, ch'erano spesso ad un tempo feticcio ed altare sacrificale'<sup>20</sup>.

Alcuni commentatori offrono ulteriori spiegazioni in merito all'aniconismo: ammirare le sculture e le immagini distraeva il credente dalla contemplazione divina<sup>21</sup>; inoltre, esse potevano agevolare lo sviluppo di una facoltà

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> ABDUL HASEEB ANSARI, *Islamic law*, Serials Publications, New Delhi, 2007, p. 117.

<sup>18</sup> AHMAD MUHAMMAD ISSA, *Painting in Islam: between prohibition and aversion* (Waqf for Research on Islamic History Art and Culture, 1996, p. 23, ricorda che il duplice divieto, relativo alle raffigurazioni che producessero o meno un'ombra, è stato sostenuto con fermezza anche da alcuni dotti (*ulama*).

<sup>19</sup> WILLIAM MUIR, *The life of Mahomet* (Voice of India, New Delhi 2002) 450-451. Gli antefatti dell'evento sono narrati da MUHAMMAD IBN GARIR AL-TABARI, nel capitolo X della *Vita di Maometto*, BUR, Milano, 2013: «Nella moschea della Mecca c'erano trecentosessanta idoli oltre a quelli che si trovavano nella Càaba vera e propria, Hubāl, Manāt, e altri. Tutti gli idoli erano di pietra e avevano forma umana; erano coperti da vesti di diversi colori, di *halūq*, di zafferano e di altri aromi. Maometto non aveva mai adorato gli idoli... Qualche volta Abu Bakr [primo califfo dell'Islam, amico e successore del Profeta] gli diceva in segreto: 'Perchè Maometto, non adori gli idoli come fanno tutti gli altri?'. Maometto gli rispondeva: 'Non posso abituarmi all'idea di adorare un oggetto che io stesso non potrei avere scolpito o un'immagine che potrei aver fatto con le mie mani, poiché so che non me ne può venire né danno, né vantaggio, e che è Dio che mi ha creato, che mi conserva e che mi dà sostentamento'».

<sup>20</sup> CARLO ALFONSO NALLINO, *Vita di Maometto*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1946, p. 4.

<sup>21</sup> FINBARR BARRY FLOOD, *Bodies, books, and buildings. Economies of ornaments in juridical Islam*, in DAVID GANZ, BARBARA SCHELLEWALD (a cura di), *Clothing sacred scriptures: book art and book religion in Christian, Islamic, and Jewish culture*, De Gruyter, Berlin, 2018, p. 69, e MARIA BOMBARDIERI, *La questione delle immagini nell'islam*, cit., pp. 1-2. Degno di nota è l'episodio del dono di un idolo testimoniato da una fonte manoscritta nella traduzione araba, datata IX-XI secolo e intitolata *Kitāb al-Hadāyā wa al-Tuhaf*, in lingua inglese *The Book of Gifts and Rarities*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 88: «In the year 283 [896] 'Amr ibn Layth sent [the caliph] a gift including a brass idol representing a woman with four arms wearing two sashes studded with precious stones, together with small idols, on whose faces were gemstones. The companions of 'Amr had seized them in one of the seaports and they sent them to [the caliph] after having publicly displayed them in Basra. In

immaginativa ‘pericolosa’ per l’integrità della neonata società islamica, dopo la fine della *Jahiliyya*<sup>22</sup>.

In terzo luogo, possedere ed esporre manufatti artistici nelle proprie abitazioni e nei luoghi di culto avrebbe costituito una manifestazione di fastosità incompatibile con la modestia a cui si informa l’esistenza di un buon musulmano<sup>23</sup>.

Infine, si palesano anche ragioni di mercato: la realizzazione di sculture comportava l’impiego di una grande quantità di metalli preziosi che restavano in tal modo sottratti agli scambi commerciali, incapaci di circolare e staticamente ‘bloccati’ nella forma impressagli dall’artista<sup>24</sup>.

Suddetti limiti non hanno ostacolato lo sviluppo dell’arte musulmana, fiorita nelle forme *halal* della calligrafia – intesa come scrittura intellegibile in ossequio al principio coranico secondo cui ‘Il Misericordioso ... l’uomo ha creato e chiara espressione gli ha appreso’ (Corano, LV, 1-4)<sup>25</sup> – e delle raf-

---

Baghdad [the idols] were displayed for days at the police headquarters so that people could see them. They were called ‘the distraction’ (*slug*) because people became so engrossed in looking at them».

<sup>22</sup> Come sostenuto da ANDREA LOMBARDO, *Le immagini nel mondo musulmano: quale diritto?*, cit., p. 6: «immaginare sarebbe pieno di rischi ... perché è il potere di creare e pensare per immagini, ovvero creare realtà differenti. Immaginare qualcosa è come creare l’immagine di quella cosa ed è la creazione dell’immagine ad essere stata vietata, perché nell’epoca preislamica si creavano idoli personali con la stessa facilità con la quale li si abbandonava, perché non avevano protetto la casa o la tribù, il viaggio o il commercio intrapreso». Gli oggetti ‘vietati’ non sono tali *ex se*, ma per ciò che intendono rappresentare e per il significato che potrebbe scorgervi chi li osserva o li utilizza; così WILLIAM J. THOMAS MITCHELL, *What do pictures want? The lives and loves of images*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 158.

<sup>23</sup> GIOVANNI SALE, *La questione delle immagini nell’Islam*, in *La civiltà cattolica*, 3890, 2012, p. 139, citando il giurista AL-GHAZALI, secondo il quale la Legge divina non permette di «accettare un invito se il cibo è sospetto, il luogo e i tappeti non leciti, o se vi si trovano cose riprovevoli, in particolare broccati, stoviglie d’argento o immagini di un animale sul soffitto».

<sup>24</sup> Per un approfondimento del binomio accumulazione/circolazione, in relazione a quello di idolatria/aniconismo, si legga il saggio di FINBARR BARRY FLOOD, *From icon to coin: potlatch, piety, and idolatry in Medieval Islam*, in GERHARD JARITZ (a cura di), *Images, ritual and daily life. The Medieval evidence*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Vienna, 2012, pp. 163-172.

<sup>25</sup> Su tale arte si vedano, *inter alia*, SHEILA BLAIR, *Islamic calligraphy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2006; ANNEMARIE SCHIMMEL, BARBARA RIVOLTA, *Islamic Calligraphy*, Brill, Leiden 1992); HOUARI TOUATI, *La calligraphie islamique entre écriture et peinture*, Maisonneuve & Larose, Paris, 2003. Commenta sul punto PAOLO QUAGLIA, *Il crocifisso e l’Islam. Dialogo fra due religioni*, Graphe.it, Perugia, 2012: «La scrittura occupò il primo posto tra i motivi decorativi ... La calligrafia era l’arte più apprezzata dai musulmani e coloro che la praticavano, sia professionisti sia dilettanti ... erano praticamente i soli artisti nominati dalle antiche fonti letterarie. Il testo consisteva in citazioni tratte dal Corano, lodi e benedizioni del sovrano, a volte anche versi arabi e persiani». È lo stesso Libro sacro a valorizzare la calligrafia come mezzo per dotare di forma la parola rivelata da Allah: «Colui che ha insegnato l’uso del calamo, ha insegnato all’uomo ciò che non sapeva», Corano, XCVI, 4-5. Cfr., *ex plurimis*, GIOVANNI CURATOLA, BIANCA MARIA ALFIERI, *Eredità dell’Islam: arte islamica in Italia*, Silvana, Cinisello Balsamo, 1993, p. 27; GIUSEPPE RIZZARDI, *Il linguaggio religioso dell’Islam*, Glossa, Milano, 2004, p. 49.

figurazioni di soggetti non animati, motivo per cui ancora oggi è possibile osservare nelle moschee ‘l’abbondanza e [la] ricchezza della decorazione di stile astratto: arabeschi, motivi calligrafici, talvolta mosaici e/o maioliche (ceramiche) colorate’<sup>26</sup>.

(segue) 3. *Fatwa sull’arte*

Il dibattito sulla natura dell’espressione artistica e sulla proibizione di realizzare opere di pittura o di scultura, specie quelle antropomorfiche e naturalistiche, si è particolarmente sviluppato a partire del XIX secolo, complice l’avvento dell’archeologia – con riscoperta dei tesori del passato – e la diffusione di tecnologie (quali la fotografia)<sup>27</sup>, in grado di riprodurre immagini<sup>28</sup>.

Alcuni giuristi del tardo Ottocento hanno espresso positivamente la loro opinione nei confronti dell’arte, sia scultorea che pittorica, sostenendo che il divieto di idolatria avesse rilievo solo nei riguardi delle rappresentazioni di esseri viventi. Questa posizione è stata affiancata da altre più marcatamente conservatrici, con una oscillazione tra i poli del modernismo e dello scritturalismo, osservabile anche in tempi più recenti.

In particolare, Muhammad Abduh, iniziatore della corrente modernista nell’approccio alla *sharia*, qualificava come *haram* le opere che presentassero una funzione sociale e un certo valore estetico, mentre il suo allievo Muhammad Rashid Rida aveva mostrato una certa contrarietà per la scultura<sup>29</sup>, citando l’argomento dell’eccesso di sfarzo connesso al possesso di opere che fossero il prodotto di tale arte<sup>30</sup>.

Secondo un parallelismo diacronico, il medesimo divieto ricorre in una *fatwa* emanata nel 2006 dal Gran Muftà egiziano, Ali Gomaa, il quale proibisce la produzione e l’esposizione di statue, ricordando la punizione divina a cui andrebbero incontro gli scultori, secondo l’*hadith* menzionato da Al-Bukhari (vedi *supra*, par. 2, nota 15).

Prima ancora, una *fatwa* dell’Islamic Research Council (IRC), datata 3

---

<sup>26</sup> PAUL BALTA, *L’Islam*, Armando, Roma, 2006.

<sup>27</sup> La *ratio* del divieto di fotografia si spiega perché quest’ultima è in grado di riflettere, «catturando la luce», un soggetto in tutte le sue sembianze. Di fatto, le foto non divergono dal risultato raggiunto rispetto a un’opera pittorica o scultorea. Cfr. sul punto, tra gli altri, MOAMMHD BEIKHIT AL-MUTI, *Al-Jawab Al-Shafi Fi Ibahat Al-Taswir Al-Fotoghrafi*.

<sup>28</sup> FINBARR BARRY FLOOD, *Idol-breaking as image-making in the ‘Islamic State’ religion and society*, cit., p. 120.

<sup>29</sup> Così ricorda anche MARIA BOMBARDIERI, *La questione delle immagini nell’islam*, cit., p. 3.

<sup>30</sup> Cfr., *supra*, nota 22.

febbraio 1955, poi recepita dall'art. 2 del Decreto del Ministero della Cultura n. 220/1976, censurava le immagini in cui venissero raffigurati Maometto, i suoi familiari, i califfi o i dieci annunciatori del Paradiso, così come Gesù e altri profeti<sup>31</sup>, alla luce del divieto coranico di 'associazione'.

Maggiormente permissiva è la *fatwa* successiva dell'11 maggio 1980, con la quale Jad-al-Haq ha ritenuto *halal* la conservazione di statue e dipinti antichi, purchè non utilizzati per scopi idolatri, in quanto rappresentativi della storia culturale del Paese<sup>32</sup>, meritevole di rispetto ai sensi del versetto 9, sura XXX (*Ar-Rûm*), del Corano<sup>33</sup>.

Attualmente, le divergenti interpretazioni offerte dai *mufti* hanno portato numerosi artisti, anche operanti in realtà nazionali diverse da quella egiziana, a rispondere esclusivamente al divieto di effigiare le figure sacre, come quella del profeta Maometto<sup>34</sup>; mentre resta ferma l'impossibilità nelle moschee di introdurre immagini di esseri viventi<sup>35</sup>.

D'altra parte, sono state avanzate dai giuristi alcune eccezioni alla proibizione di realizzare sculture, come quella in materia educativa, che consentirebbe nei contesti scolastici di utilizzare statue e modelli di ogni tipo per finalità formative<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> ANDREA LOMBARDO, *Le immagini nel mondo musulmano: quale diritto?*, cit., p. 78.

<sup>32</sup> SAMI ALDEEB, *Figurative art in the three monotheistic religions*, 2007, p. 45, disponibile all'indirizzo web: <https://www.sami-aldeeb.com>. Si tratta della traduzione inglese degli scritti *L'art figuratif en droit musulman: passé, présent et avenir*, in *Passerelles* 26, 2003, pp. 15-43, e *L'art figuratif en droit juif, chrétien et musulman*, in *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste*, Schulthess, Zurich, 2003, pp. 113-151.

<sup>33</sup> Il versetto recita: «Non hanno forse viaggiato sulla terra, e visto quel che è accaduto a coloro chi li hanno preceduti? Erano più forti di loro e avevano coltivato e popolato la terra più di quanto essi non l'abbiano fatto. Giunsero con prove evidenti Messaggeri della loro gente: non fu Allah a far loro torto, furono essi a far torto a se stessi».

<sup>34</sup> RASIM BASAK, *The Muslim artist's conflict: figurative prohibition in Islam*, in *New trends and issues. Proceedings on humanities and social sciences*, 2017, p. 38. PIERRE CENTLIVRES, MICHELINE CENTLIVRES-DEMONT, *Imageries populaires en islam*, Georg. Genève, 1997, ammettono che «from Morocco to Muslim India and from Kabul to Cairo, in spite of the prohibition of the representation of animate beings in Land of Islam, innumerable illustrating of profane, political or religious themes are produced, printed and sold for very low price to a popular public».

<sup>35</sup> MARIA BOMBARDIERI, *La questione delle immagini nell'islam*, cit., p. 4. In Arabia Saudita, tale divieto è stato consolidato in una *fatwa*, in seguito applicata anche all'esterno dei luoghi di culto, «alle statue che commemorano un re, un generale, il milite ignoto, un uomo devoto, o che rappresentano l'intelligenza o la forza rappresentate sotto forma di Sfinge (fatwa 5068)», con il chiaro scopo di evitare ricadute dei fedeli in condotte di idolatria. Così ANDREA LOMBARDO, *Le immagini nel mondo musulmano: quale diritto?*, cit., p. 82.

<sup>36</sup> Questa ricostruzione si ispira alla proposta interpretativa contenuta nel *tafsir* di AL-QURTUBI, secondo il quale i giocattoli possono essere costituiti da statue poiché non destinati a essere impiegati a lungo, in quanto rivolti solo ai primi anni di vita, e ancor più perché non utilizzati nell'ambito del culto. Cfr. SAMI ALDEEB, *Figurative art in the three monotheistic religions*, cit., p. 35.

In altri termini, la natura *haram* o *halal* dell'oggetto artistico 'dipende dall'intenzione' per cui lo stesso è stato prodotto e dalla finalità a cui è preordinato<sup>37</sup>.

#### 4. La musica nel diritto shariatico

Nell'età preislamica, la musica veniva largamente praticata negli insediamenti tribali.

Si trattava di un tipo di musica tanto vocale, quanto strumentale, accompagnata spesso dalla danza (*raqs*) e destinata a essere eseguita in una molteplicità di occasioni<sup>38</sup> da parte di fanciulle (*qainat*)<sup>39</sup> e, in casi sporadici, di uomini (*mughanni*)<sup>40</sup>.

Con l'avvento dell'Islam, alcune pratiche profane furono abbandonate, altre vennero conservate con alcune limitazioni, sopravvivendo accanto a un ricco repertorio di musica di ispirazione religiosa, come i canti *madith nabawiyy*.

Prendendo le mosse da un'analisi delle radici del diritto (*usūl al-fiqh*) e attenzionando primariamente il Corano, numerosi versetti menzionano elementi musicali, senza però esprimere un divieto assoluto nei confronti della produzione e dell'ascolto della musica, né denotare un chiaro contenuto normativo<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> MOHAMMAD Y. HASAN, *Al-islam wa-qadaya al-fan al-mu'asir*, Dar al-albab, Damascus-Beirut, 1990, p. 113. L'inconsistenza di un divieto assoluto di praticare la pittura e la scultura è dimostrata anche dall'episodio che vedeva Maometto conservare, dopo la distruzione degli idoli della *Ka'ba*, un dipinto raffigurante la Madonna con il bambino, come ricordato da ALEXANDRE PAPADOPOULOU, *Islam and Muslim art*, Thames and Hudson, London, 1980, p. 54.

<sup>38</sup> La ricchezza del patrimonio musicale del mondo arabo ha portato parte della musicologia alla constatazione per cui non vi fosse, prima dell'Islam, alcuno stato di 'ignoranza', se non quella di tipo religioso. Cfr. MAHMOUD GUETTAT, *La musique classique au Maghreb*, Sindbad, Paris, 1980, p. 22. La musica aveva funzione di intrattenimento, sia nelle abitazioni private che in luoghi aperti al pubblico, di incitamento alle armi (quando era eseguita sul campo di battaglia) e di celebrazione, specie nelle feste nuziali. Cfr. CINZIA MERLETTI, *Uno sguardo musicale sul mondo arabo-islamico*, MMC, Roma, 2006, pp. 66-67. Essa occupava uno spazio rilevante anche nell'ambito dei rituali religiosi pagani, soprattutto sotto forma di canto, come nel caso del *tahil*, intonato dai pellegrini sulla via verso la Mecca (*ibidem*).

<sup>39</sup> MARIA TERESA LUCIANI, *Musica mundi*, Kappa, Roma, 2004, p. 339 descrive le *qainat* come vere e proprie «ancelle cantatrici e suonatrici». Queste ultime erano estremamente esperte nelle arti performative al punto da sapere, allo stesso tempo, danzare, cantare e suonare strumenti musicali.

<sup>40</sup> HENRY GEORGE FARMER, *La musica dell'Islam*, in EGON WELLESZ (a cura di), *New Oxford Dictionary of Music*, vol. 1, *Musica antica e orientale*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 485, ricorda che tipicamente maschili erano i ruoli di cantore-poeta (*rawi*) e di suonatore di violino (*rababi*) fossero tipicamente maschili.

<sup>41</sup> Sul problema dell'esame delle fonti e della metodologia da adottare per lo studio della disciplina

Considerano positivamente l'espressione musicale i versetti che riguardano: a) il canto, indicato quale mezzo di lode ad Allah<sup>42</sup>, proveniente dagli angeli e dai buoni credenti, anche nella forma innodica<sup>43</sup>; b) la recitazione 'ritmica' e 'cantata' della parola divina rivelata nel Corano<sup>44</sup>; c) lo squillo della tromba, che annuncia il Giudizio universale<sup>45</sup>.

Altri versetti coranici sulla musica sono stati oggetto di varie interpretazioni.

Il passo di cui alla Sura XXXI (*Luqmân*), 6 – che recita: 'E fra gli uomini v'è chi compra ignaro discorsi fatui e leggeri per traviar la gente lungi dalla Via di Dio, e quella Via prende a gabbo. A quelli toccherà ignominioso Castigo' – risulta di particolare complessità per il significato da assegnare all'espressione 'discorsi fatui' (*lahwal hadeeth*), la quale potrebbe indicare tanto l'atto del narrare, quanto quello del cantare raccontando qualcosa, tipico dei cantastorie.

Il *tafsir* del giurista Abu Ja'far Muhammad bin Jarir Al-Tabari attribuisce alla locuzione una portata generica, che coincide con l'idea di ogni conversazione che si allontana dai dettami divini, evidentemente perché proibita non tanto per ragioni formali, ma per il messaggio che veicola<sup>46</sup>; al contrario, quello di Allama Mahmud Alusi Al-Baghdadi (*Rooh ul Ma'ani*) vi associa tutto

---

delle attività musicali secondo la *sharia*, si veda LOIS IBSEN AL FARUQI, *Music, musicians and Muslim law*, in *Asian Music*, 17, 1985, pp. 3-4.

<sup>42</sup> Cfr. Corano, II, 20; XVI, 38; XVII, 5 e 44; XIX, 11; XX, 102 e 130; XXI, 20; XXIV, 36; XXV, 58; XXXII, 15; XXXIII, 42; XXXVI, 51; XXXVII, 143 e 166; XXXIX, 75; XL, 54; L, 39; LII, 48; LVII, 1; LIX, 1 e 24; LXII, 1; LXIV, 1.

<sup>43</sup> I richiami all'innodia sono contenuti nella Sura XXIV (*An-Nûr*), versetto 41 («Non vedi tu come a Dio inneggino gli esseri tutti che sono in cielo e sulla terra, e gli uccelli che stendono l'ali? Ognuno conosce la sua preghiera, conosce il suo inno di lode, e Dio sa quel che fanno»), e nella Sura XXXIV (*Sabâ'*), versetto 10 («Noi già demmo a David privilegio da Noi concesso e dicemmo: 'O montagne, ripetete con lui i suoi inni!' e gli uccelli anche; 'e gli rendemmo molle il ferro').»

<sup>44</sup> La recitazione coranica è citata in due versetti: «E dicono ancora quei che ripugnano alla Fede: 'Gli fosse stato almeno rivelato il Corano in una sola volta!' Ma noi così facciamo per confermarti con esso il cuore, e con ritmata esattezza lo recitiamo» (Corano, XXV, 32); «O aggiungine, e recita, cantando, il Corano!» (Corano, LXXIII, 4). Quanto alla tipologia di declamazione intonata adottata, LOUIS GARDET, *Gli uomini dell'Islam*, Jaka Book, Milano, 2002, p. 165, osserva che «la salmodia ... presenta varianti, secondo le scuole e i riti, ma in tutte le città e in tutti i villaggi, dall'Asia centrale all'Andalusia, risuonano le medesime invocazioni ... salmodiate dalla voce umana secondo ritmi e neumi precisi».

<sup>45</sup> CORANO, VI, 73; XVIII, 99; XX, 102; XXIII, 101; XXVII, 87; XXXVI, 51; XXXIX, 68; L, 20; LXIX, 13; LXXIV, 8; LXXVIII, 18; LXXX, 33.

<sup>46</sup> Un monito verso l'uso inappropriato dell'espressione vocale è contenuto anche nella sura *Al-Israa* (Corano, XVII, 64), dove Allah rivolgendosi a Satana (*Iblîs*) lo esorta: «Conturba dunque con la tua voce quelli fra di essi che potrai e piomba loro addosso con i tuoi cavalieri e i tuoi fanti, e associati a loro nei beni e nei figli, e fa loro promesse». Il riferimento alla voce, secondo ALI IBN RABBAN AL-TABARI, potrebbe indirizzarsi sia verso quella parlata, che nei confronti del canto, strettamente inteso.

ciò che distrae dalla devozione verso Allah e dall'ascolto del Corano<sup>47</sup>, quali il vaniloquio, le canzoni, nonché i racconti superstiziosi, scherzosi o finalizzati al mero intrattenimento<sup>48</sup>.

Ulteriori questioni esegetiche sono poste dal passo coranico LIII, 59-62: 'Di questo annuncio vi meravigliate? E ne ridete, e non piangete? E disdegnosi oziate? Ma prostratevi a Dio e adorare'.

Nella proposta interpretativa di Al-Qurtui, il vocabolo *saamidoon*, tradotto come 'indifferente' o 'sdegnoso', potrebbe arrivare a denotare la distrazione e il poco interesse per la parola del Libro sacro, quale condizione determinata dall'impegno del fedele in un'altra attività più meritoria: segnatamente, quella di suonare uno strumento musicale.

Questa soluzione è corroborata dall'opinione di alcuni linguisti e teologi, tra cui Ibn Abbass, il quale sostiene che il termine assume una duplice portata semantica, potendo suggerire una qualsivoglia forma di divertimento o di distrazione (anche di tipo non musicale) oppure l'atto del suonare e cantare a un volume molto elevato, in modo da coprire con i suoni le parole del Corano per non udirle<sup>49</sup>.

In entrambi i casi, il significato di *saamidoon* presenta una connotazione negativa, restando associato alla volontà di trascurare la parola divina, così disonorandola<sup>50</sup>.

Altre espressioni musicali di dubbia liceità sono quella del 'fischiare' o 'sibilare' (*muka'an*) e del 'battere le mani' (*tasdiyah*)<sup>51</sup>, in quanto parte integrante dei riti compiuti dai pagani politeisti nel corso circumambulazione della *Ka'ba* (in seguito all'affermazione dell'Islam, *ṭawāf*), così come il tenere

---

<sup>47</sup> In coerenza con quanto disposto dal Libro sacro al versetto 204 della Sura VII (*Al-A'râf*): «E quando vien recitato il Corano ascoltatelo in silenzio, a che Dio abbia pietà di voi».

<sup>48</sup> ABU BALAAL MUSTAFA KANADI, *The Islamic ruling on music and singing: in light of the Quraan, the Sunnah and the consensus of our pious predecessors*, Abul-Qasim Publishing, Jeddah, 1986, p. 10.

<sup>49</sup> TAFSIR AL-QURTUBI, *Al-Jaami' li Ahkaamil Quraan*, Al-Resalah, Beirut, 2014, p. 123. Il legame tra attività musicale e distrazione, nel senso letterale di 'separazione' dalla parola divina è stato sottolineato anche dalla musicologia; a tal proposito, CINZIA MERLETTI, *Uno sguardo musicale sul mondo arabo-islamico*, cit., p. 65 afferma come «la musica araba [fosse] voluttuosa, acceca[sse] la ragione nel rapimento dei sensi, riuscì[sse] a disinibire ogni freno morale ... [diventando] una distrazione per l'attenzione che i credenti dovevano invece rivolgere pienamente e costantemente ad Allah».

<sup>50</sup> Osserva il giurista di scuola hanbalita IBN QAYYIM AL-JAWZIYYA: «the result of preoccupation with song and music is that you never find its devotee other than astray from the path of guidance, in thought and deed. Such a person develops an aversion to the Quraan and a devotion to song. If he were offered a choice between listening to song/music or the Quraan, he would most certainly choose the former over latter, the audition of which is like a heavy burden upon him». Citazione tratta da ABU BALAAL MUSTAFA KANADI, *The Islamic ruling on music and singing: in light of the Quraan, the Sunnah and the consensus of our pious predecessors*, cit., p. 43.

<sup>51</sup> CORANO, VIII, 35.

il tempo colpendo tra loro delle bacchette lignee<sup>52</sup>.

Se dai passi coranici non appare nettamente delineato il confine tra *haram* e *halal* rispetto alla musica, la Tradizione non offre rilevanti chiarificazioni.

Un noto *hadith*, riportato da esponenti di diverse scuole giuridiche<sup>53</sup>, qualifica la musica strumentale come *haram*, al pari di altre condotte quali l'adulterio, il consumo di bevande alcoliche, e l'indossare abiti in seta: 'Tra la mia ummah (popolo musulmano) ci saranno certamente persone che commetteranno adulterio, indosseranno la seta, berranno alcool e suoneranno strumenti musicali ...'.

Nonostante l'attendibilità di suddetto *hadith* resti incerta anche a causa dell'infondatezza dell'*isnad*<sup>54</sup>, lo stesso è considerato una delle principali fonti a sostegno del divieto di suonare strumenti musicali<sup>55</sup>, posto che quest'ultimo rimane, comunque, discusso<sup>56</sup>.

Con riguardo al canto, il giurista shafiita Al-Ghazali riteneva gli *hadith* che proibissero il canto come inconsistenti, in quanto tra loro isolati (*gharib*)<sup>57</sup>.

Inoltre, secondo quest'ultimo, la fonte coranica rafforzerebbe il carattere *halal* del canto, nell'affermare: 'Dio ... aggiunge al Creato ciò ch'Èi vuole'

---

<sup>52</sup> Questa azione sarebbe consentita, alla luce di alcune interpretazioni, in quanto assimilata a quella di battere i talloni a terra per far sgorgare l'acqua, suggerita dallo stesso Allah (Corano, XXXVIII, 41-42). Un gesto simile, ossia quello di calpestare il terreno con una verga, è menzionato anche in Corano, VII, 160. Tuttavia, siffatta ricostruzione non è condivisa da IBN AQEEL, il quale sostiene che non è possibile far discendere dal miracolo di far sgorgare acqua dalla terra la convinzione che suonare bacchette (tanto quanto danzare) sia *halal* (cfr. *tasfir* di AL-QURTUBI, cit., p. 215).

<sup>53</sup> AL-BUKHAARI, *Al-Saheeh Muallaqan*, 51/10; AL-BAYHAQI (*Al-Sunan al-Kubra*, 3/272); AL-TABARAANI (*Al-Mujam al-Kabeer*, 3/319) e IBN HIBBAAN (*Al-Saheeh*, 8/265-266).

<sup>54</sup> Secondo IBN HAZM, quanto tramandato da AL-BUKHARI manca di connessione tra il narratore e il testimone che si rende portatore della parola di Maometto, nella specie Hishaam bin Ammaar; in questo senso, si veda IBN HAJAR AL-ASQALANI, *Fath al-Bari bi Sharh Sahih al-Bukhari*, in *Dar al-Rayan l'il-Turath*, 10, 1986, p. 52.

<sup>55</sup> Sul divieto si è sviluppata una certa letteratura, tra cui spicca l'opera di SHEIKH AL-ALBANI, *The prohibition of musical instruments*, 1994.

<sup>56</sup> Per esempio, lo stesso Profeta avrebbe consentito alla moglie Aisha di ascoltare il canto di due giovani schiave e di assistere a uno spettacolo musicale, come testimoniato da un *hadith* in ABUL Q. AL-QUISHAYRI, *Mukhtasar Sahih Muslim*, Islamic Books, Beirut, 2000, pp. 246-247: «The Messenger of Allah, peace and blessings be upon him, came to my house when two girls were beside me singing songs of Bu'ath. The Prophet laid down and turned his face to the other side. Then, Abu Bakr came in and spoke to me harshly, saying, 'Musical instruments of Satan near the Prophet?' The Prophet turned his face toward him and he said, 'Leave them alone'. When Abu Bakr became inattentive, I signaled to the girls and they left. It was the day of Eid and the Abyssinians were playing with shields and spears. Either I asked the Prophet or he asked me whether I would like to watch and I said yes. Then the Prophet made me stand behind him while my cheek was touching his cheek and the Prophet was saying, 'Carry on, O tribe of Arfida'. I became tired and the Prophet asked me, 'Are you satisfied?' I said yes, so I left».

<sup>57</sup> MOATAZ EL FEGIERY, *Islamic law and human rights*, Newcastle Upon Tyne, Cambridge, 2016, p. 104.

(Corano, XXXV, 1) – dunque, anche la voce, se il versetto è letto in combinato con l’*hadith* ‘Dio non ha inviato un profeta che non avesse una bella voce’<sup>58</sup> – e nel valorizzare le lodi rese ad Allah in forma cantata.

Del resto, Al-Ghazali attribuisce grande rilievo all’arte musicale definendola ‘un vero toccasana e un eloquente archetipo’ per il cuore, grazie al quale i ‘sentimenti più nascosti si palesano, i ... difetti si rivelano e i ... pregi si fanno manifesti’<sup>59</sup>.

In conclusione, nella ricostruzione di Al-Ghazali, la *sharia* non proibisce la musica di per sé, ma soltanto l’uso distorto che ne può derivare.

### (segue) 5. Fatwa sulla musica

Lo sviluppo del pensiero giuridico in materia di espressione musicale è stato arricchito grazie all’emanazione di *fatwa* che, come osservato con riguardo all’arte plastico-figurativa, dialogano con l’esegesi tradizionale in senso evolutivo.

Tra gli interventi più emblematici dei *mufti* contemporanei in tema di musica, si segnala una *fatwa* di Allama Yusuf Al-Qaradawi<sup>60</sup>, fondatore dello European Council for Fatwa and Research (ECFR)<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Così CINZIA MERLETTI, *Uno sguardo musicale sul mondo arabo-islamico*, cit., 195.

<sup>59</sup> ABU HAMID AL-GHAZALI, *Il concerto mistico e l’estasi*, Il Leone Verde, Torino, 1999, p. 27. Egli si pronuncia anche sull’ascolto della musica affermando che lo stesso sia lecito perché «riconducibile a una forma di piacere che attiene l’udito e che si produce a seguito della percezione di ciò che è esclusivamente riservato a quel senso», *ivi*, p. 35. Invece, come riporta CINZIA MERLETTI, *Uno sguardo musicale sul mondo arabo-islamico*, cit., p. 42, il giurista egiziano di scuola *malikita*, IBN AL-HAJJ, nel trattato *Al-Madkhal ilā al-shar‘ al-sharīf (Introduction to the noble law)*, «si espresse chiaramente contro ogni pratica musicale ... dal rifiuto dell’uso dei canti e della danza ... per il raggiungimento dell’estasi mistica, a quello degli strumenti musicali e delle danze ... inventati dai ‘senza dio’ per allontanare i credenti dalla vera fede, alla pratica musicale profana in ogni sua forma perché, in ogni caso, diminuiva le facoltà razionali umane». A parere di IBN ABI AL-DUNYA, autore del trattato *Dhamm al-malālī*, cantare comportava un allontanamento dei timori e delle inibizioni, agendo sull’essere umano con gli stessi effetti del vino e come agente di fornicazione: così sottolinea JAMES ROBSON, *Tracts on listening to music*, Royal Asiatic Society, London, 1938, p. 49. Il trattato di IBN ABI AL-DUNYA è ben descritto dal musicologo AMNON SHILOAH come costituito da sessantotto *hadith* di diversa lunghezza, di cui trenta non trattano della musica, ma di altri divieti, quali quello del gioco e della scommessa, *Music and religion in Islam*, in *Acta musicologica*, 69, 1997, p. 146.

<sup>60</sup> La *fatwa* è stata emanata ad agosto 1960 e appare anche nel volume *Al-Halal Wal-Haram Fil-Islam*. La stessa è menzionata da MAKHAN LAN ROY CHOUDHURY, *Music in Islam*, Bhattacharya, Calcutta, 1957, in particolare al capitolo III dedicato agli *hadith* sulla musica, pp. 66-70.

<sup>61</sup> Si tratta di una organizzazione privata, creata nel marzo 1997 con l’obiettivo di arricchire l’evoluzione giurisprudenziale grazie all’apporto di esperti e ricercatori in diritto shariatico, provenienti prevalentemente da Paesi europei. Per approfondimenti, si consulti il sito ufficiale dell’ECFR: <https://www.e-cfr.org/european-council-fatwa-research>. Quanto a un commento sull’operato del Consiglio, si

Egli concorda con il pensiero di Al-Ghazali circa la scarsa attendibilità degli *hadith* che proibiscono il canto (*al-ghina*)<sup>62</sup>, per poi affermare che quest'ultimo non si risolve altro che nella pronuncia di parole melodiose: non è, dunque, la forma a essere haram, ma il contenuto del messaggio parlato o cantato<sup>63</sup>.

Al-Qaradawi ricorda che il canto, sia esso di genere sacro o profano, è consentito ed è addirittura suggerito, secondo l'opinione prevalente dei giuristi<sup>64</sup>, in una molteplicità di occasioni<sup>65</sup>, ma sempre in coerenza con gli insegnamenti dell'Islam<sup>66</sup>.

Estendendo l'analisi a tutte le esperienze musicali, egli ne rinforza la liceità in base ad alcuni passi coranici<sup>67</sup>, aggiungendo una esplicitazione: la com-

---

veda il saggio di JACOPO PACINI, *Il diritto islamico vivente. Le Fatwa dell'European Council for Fatwa and Research*, in NICOLA FIORITA (a cura di), *L'Islam europeo*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2010, disponibile online all'indirizzo: <https://www.juragentium.org/topics/islam/it/pacini.htm>.

<sup>62</sup> YUSUF AL-QARADAWI ribadisce la correttezza dell'orientamento di ABU HAMID AL-GHAZALI, mettendo in rilievo nella *fatwa* (cit., nota 60) come le stesse conclusioni fossero già state anticipate da ABO BAKR AL-ARABI («non vi è una sola parola degli *hadith* che è stata dimostrata autentica») e da IBN HAZM («tutti gli *hadith* narrati in questa materia sono inventati e falsi»).

<sup>63</sup> Questa idea è condivisa da alcuni commentatori contemporanei, con riguardo alla musica pop: «The style of music is sometimes less relevant than its intention or content. Popular music, however, is a viable and effective vehicle for religious messages, and it has potential to unite still larger mass audiences into an 'imagined community' that is also at the same time religious and modern»; così DAVID D. HARNISH, ANNE K. RASMUSSEN (a cura di), *Divine inspirations: music and Islam in Indonesia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 26. Sull'argomento, cfr. anche JONAS OTTERBECK, *Battling over the public sphere: Islamic reactions to the music of today*, in *Contemporary Islam*, 2, 2008, pp. 211-228.

<sup>64</sup> «The people of Madinah and those who agreed with them from among the Zahiriyah and the Sufis maintain that singing is permissible, even when it is accompanied by a musical instrument such as the lute or the flute. Abu Mansur Al-Bughdadi Ash-Shafi'i narrate that 'Abdullah Ibn Ja'far saw nothing wrong in singing, and he, himself, used to compose the music for his own slaves who used to sing these melodies in his presence. This took place during the time of Commander of the Faithful, 'Ali Ibn Abi Talib Abu Ja'far Al-Bughdadi narrates the same after Al-Qadi Shurayh, Sa'id Ibn Al-Musaiyb, 'Ata' Ibn Abu Rabah, Az-Zuhri and Ash-Shi'bi», disponibile all'indirizzo web dell'Islamic Text Institute: <https://islamictextinstitute.co.za/on-music-and-singing-fatwa-by-shaykh-yusuf-al-qaradawi>.

<sup>65</sup> YUSUF AL-QARADAWI cita, a titolo esemplificativo, le celebrazioni di matrimonio, le feste e l'accoglienza di turisti e viaggiatori. Egli ricorda che, tuttavia, una parte di studiosi permette di cantare solo senza accompagnamento di strumenti musicali, rinvenendo un divieto di pratica della musica strumentale nell'*hadith* citato in questo scritto alla nota 41.

<sup>66</sup> In questo senso, l'esecuzione musicale non deve incoraggiare all'immoralità e a tenere una condotta proibita dalla *sharia* (come il consumo di alcolici), né portare all'eccessivo coinvolgimento (divertimento/distrazione) di chi vi partecipa.

<sup>67</sup> Si veda Corano, VII, 157: «Coloro che seguiranno il Mio Messaggero, il Profeta dei Gentili che essi troveranno annunciato presso di loro nella *Tōrah* e nell'Evangelo, che ordinerà loro azioni lodevoli e le biasimevoli proibirà, che dichiarerà loro lecite le cose buone e illecite le immonde e li allevierà dei legami e delle catene che pesano su di loro; e coloro che crederanno in lui, che lo onoreranno, che lo assisteranno e che seguiranno la Luce scesa con lui dal cielo: quelli saranno i fortunati», e Corano,

ponente musicale è parte dell'uomo perché ne asseconda un istinto naturale, ossia quello di comunicare<sup>68</sup>.

In una successiva *fatwa*<sup>69</sup>, un membro dello European Council for Fatwa and Research, Abdullah Ibn Yusuf Al-Juday, è pervenuto alle medesime conclusioni di Al-Quradawi: nella *sharia* non vi è consenso né una chiara proibizione in materia di attività musicali, siano esse praticate a mezzo del canto o dell'esecuzione con strumenti.

Tale assenza di chiarezza è legata all'impossibilità di interpretare in senso univoco la fonte coranica, che non tratta con sufficiente ampiezza di questo argomento, né asserire che gli imam rappresentativi dei quattro *madhhab* (segnatamente, hanafita, malikita, hanbalita e shafiita)<sup>70</sup> abbiano inteso far discendere dal Libro sacro il divieto di espressione musicale<sup>71</sup>.

Sia il suono (*sawti*) degli strumenti musicali che il canto sono, in via di principio, *halal*: non solo la produzione, ma anche l'ascolto è ammesso<sup>72</sup>, sempre se non diretto a infrangere il precetto dell'obbedienza divina.

---

V, 4: «Ti domanderanno che cosa sia lecito mangiare. Rispondi: 'Vi sono lecite le cose buone e quel che avrete insegnato a prendere agli animali da preda portandoli a caccia a mo' di cani (ché del resto non avete fatto che insegnare a loro ciò che Dio ha insegnato a voi). Mangiate dunque ciò che loro avranno preso per voi, menzionandovi sopra il nome di Dio; e temete Iddio, ché Dio è rapido al conto!».

<sup>68</sup> Cfr. il testo della *fatwa* in lingua inglese al già citato indirizzo: <https://islamictextinstitute.co.za/on-music-and-singing-fatwa-by-shaykh-yusuf-al-qaradawi>.

<sup>69</sup> Pubblicata in *al-Musiqi wa l-Ghina' fi Mizan al-Islam*, Al Judai Research & Consultations, Leeds 2004.

<sup>70</sup> Essi sono «riconosciuti come legittimi ... perché nascono come figli dell'*ijtihad* fra il XVIII e il IX secolo, che danno vita a diritti viventi veri e propri per l'intreccio di dottrina, giurisprudenza, di prassi, di norme», ALBERTO PREDIERI, *Sharf'a e Costituzione*, Laterza, Bari, 2006, p. 107.

<sup>71</sup> Il divieto risulterebbe scarsamente fondato se sancito *ex nihilo* da giuristi di epoca successiva, atteso che questi ultimi «hanno autorità più limitata; possono cioè costituire il diritto nell'ambito di una certa scuola, applicando i principi stabiliti dal fondatore, oppure decidere le questioni rimaste insolute, sempre nell'ambito di quella, o dar prevalenza ad una tra le dottrine controverse nella Scuola stessa». Così, DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, p. 79.

<sup>72</sup> Questo anche nel caso in cui il canto provenga da una donna e gli ascoltatori siano uomini. Al contrario, ABU-T TAYYB AL-TABARI, citando il fondatore della scuola shafiita, Muhammad Al-Shafi'i, afferma: «if the owner of a female slave gather men together to listen to her, he is of light understanding and you shall repudiate his testimony», in KRISTINA NELSON, *The art of reciting the Qur'an*, American University in Cairo Press, Il Cairo, 2001, p. 43. ABU HAMID AL-GHAZALI, *Il concerto mistico e l'estasi*, cit., 29, rammenta che, secondo questo orientamento, non sarebbe nemmeno consentito «a un uomo ascoltare il canto di una donna a cui sia legato da una stretta parentela, non importa se visibile o nascosta dietro una tenda, se libera o schiava».

## 6. Considerazioni conclusive

Da un'analisi delle fonti di diritto shariatico emerge come l'attività artistico-musicale non sia esplicitamente qualificata come *haram*.

Tanto la musica, quanto l'espressione plastico-figurativa, si rivelano un influente mezzo di lode e preghiera ad Allah; tuttavia, se impiegate oltre il confine del lecito, sono strumenti che incoraggiano il credente a tenere una condotta *contra legem divinam*<sup>73</sup>.

La circostanza per cui tale confine non sia perfettamente delineato, se non alla luce di altre proibizioni – quale quella di non associare ad Allah un elemento esteriore, di non commettere adulterio e di non consumare alcolici –, rende arduo il compito dell'interprete giuridico della *Western legal tradition* di offrire un quadro chiaro della disciplina.

Pur non essendo mancati tentativi classificatori realizzati da alcuni studiosi sulla base della graduata distinzione delle azioni umane<sup>74</sup>, con il fine di marcare il suddetto confine e sistematizzare la materia, si accoglie in questo scritto la dotta opinione di Abul Abbas, al-Khidr, il quale afferma che il 'terreno' di indagine è piuttosto 'scivoloso' e su di esso 'solo i piedi dei sapienti possono procedere sicuri'<sup>75</sup>.

Inoltre, a partire dal secolo scorso, le 'certezze' fornite dalle tradizioni giuridiche del passato sono state rilette alla luce dei 'processi di modernizzazione che andavano interessando l'evoluzione dei paesi islamici'; per effetto di tale fenomeno, 'il nucleo del diritto sciariatico ha conosciuto una nuova interpretazione', con 'l'introdu[zione] di correttivi che permett[essero] di temperare la severità della norma religiosa'<sup>76</sup>.

Recenti *fatwa* dimostrano che tale mitigazione non si è compiutamente re-

---

<sup>73</sup> Secondo JOSEF W. MERI, *Medieval Islamic civilization: an encyclopedia*, Routledge, Abingdon, 2005, p. 532, la prima tesi è di derivazione squisitamente sufista, laddove si rinviene anche una minore chiusura nei confronti della musica profana.

<sup>74</sup> LOIS IIBSEN AL-FARUQI ha avanzato una categorizzazione dei generi musicali, a partire da quelli *haram* – coincidenti con le espressioni cantate e le composizioni strumentali che incitano a passioni e a condotte non consentite dalla *sharia* – fino ad arrivare a quelli *halal*, tra cui figurano i canti di pellegrinaggio, la musica per le celebrazioni e le festività, la declamazione intonata dei passi coranici, i canti di lavoro e la musica militare. Controversa è, invece, la natura (*mubah*, *makruh* oppure *haram*) della musica non appartenente alla tradizione islamica, compresa quella della *Jahiliyya* e della cultura occidentale (*Islam and art*, National Hijra Council, Islamabad, 1985, p. 179). Tale schema è adottato anche da SEYYED HOSSEIN NASR, *Islam and music: the legal and spiritual dimensions*, in LAWRENCE E. SULLIVAN (a cura di), *Enchanting powers: music in the world's religions*, Harvard University Press, Harvard, 1997, p. 222.

<sup>75</sup> ABU HAMID AL-GHAZALI, *Il concerto mistico e l'estasi*, cit., 194.

<sup>76</sup> PAOLO FORTUNATO CUZZOLA, *Il diritto islamico*, Lulu, Raleigh, 2013, pp. 58-59.

alizzata, attesa l'emersione di interpretazioni di carattere più rigoroso, le quali favoriscono un più esteso ricorso alla censura e alle pratiche repressive delle esecuzioni musicali e dei manufatti artistici<sup>77</sup>, considerati *haram* alla luce di alcune risalenti esegesi dei passi coranici e della Tradizione, come illustrato *supra*.

La crescente tendenza modernista, che gradualmente si discosta dallo scritturalismo, e la contro-reazione a favore di derive tradizionaliste, di cui recenti *fatwa* sono manifestazione, dimostrano la complessità del diritto islamico<sup>78</sup>, il quale – contrariamente alle sue declamate strutture – è ben lungi dal rappresentare un corpo statico e unitario, ma si evolve nello spazio e nel tempo, grazie al consenso dei giuristi e alla continua (ri)-lettura delle fonti, in forma di diritto sapienziale.

Non sono state escluse da queste dinamiche le questioni qui affrontate, come quella della regolamentazione delle attività artistico-musicali.

---

<sup>77</sup> Solo per ricordare alcuni casi recenti, nel 2015 la Commissione del consiglio per gli affari islamici ha inibito i giovani malesi dall'ascoltare musica rock; mentre il radicamento del fondamentalismo islamico ha portato a una *fatwa* – datata 17 ottobre 2006 e fondata sul versetto 33 della sura V (*Al-Mâ'ida*) del Corano – di condanna a morte di otto membri della Commissione nazionale somala per la musica, organismo affiliato all'UNESCO. Quanto alla censura, si considerino i casi che hanno interessato le esecuzioni musicali in Afghanistan e in Indonesia, la cui storia è ripercorsa dall'etnomusicologo JOHN BAILY, *Music and censorship in Afghanistan: 1973-2003*, in LAUDAN NOOSHIN (a cura di), *Music and the play of power in the Middle East, North Africa and Central Asia* Ashgate, Surrey, 2009, pp. 149-163, e in un saggio di NENENG YANTI KHOZANATU LAHPAN, *The lawfulness of music in contemporary Indonesian debate*, in NADIRSYAH HOSEN (a cura di), *Research handbook on Islamic law and society*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 350-370.

<sup>78</sup> Complessità che deriva anche dalla connotazione multifaccettata dell'Islam, quale «sistema religioso, politico e giuridico». VALENTINA M. DONINI, *Il diritto islamico tra shari'a e qānūn: un percorso bibliografico*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, p. 387.

RIASSUNTO

Il contributo si propone di indagare, in un'ottica comparatistica, la disciplina delle espressioni artistiche e musicali nel prisma del diritto shariatico, con riferimento alla natura di tali espressioni e alle restrizioni dettate dal testo coranico, primo tra tutti il divieto di idolatria. Seguendo un approccio diacronico, il contributo pone in risalto come la *ratio* della regolamentazione dell'espressione artistica e musicale abbia costituito il portato storico del passaggio dall'era preislamica alla proclamazione della *sharia*, con sviluppi significativi, grazie agli influssi della tradizione profetica e alle *fatwa*, anche di epoca più recente. In conclusione, sarà evidenziato come, da un'analisi delle fonti di diritto shariatico, emerga una marcata dicotomia tra approccio scritturalista e visione modernista, che conduce a qualificare l'attività artistico-musicale *haram* solo in ragione di altre proibizioni, elemento che rivela la componente dinamica ed evolutiva del diritto islamico.

PAROLE CHIAVE

*Regolamentazione dell'espressione artistico-musicale; legge shariatica; attività haram-halal*

ABSTRACT

The paper aims at investigating, through a comparative view, the regulation of artistic and musical expressions within the prism of sharia law, with reference to the nature of these expressions and to the restrictions determined by the Quran text, first of all the prohibition of idolatry. Following a diachronic approach, this paper values how the ratio of regulating musical and artistic expression has constituted the historical result of the transition from the pre-Islamic era to the Sharia proclamation, with significant developments thanks to the contribution of prophetic tradition and the fatwa. In conclusion, it will be highlighted how, from an analysis of the sharia, emerges a marked dichotomy between scripturalism and modernistic vision, that leads at qualifying musical and artistic activity as *haram* only in light of other prohibitions, element that reveals the dynamic and evolutive component of the Islamic law.

KEY WORDS

*Regulation of artistic and musical expression; sharia law; haram-halal activities*

# Osservazioni generali sul ruolo femminile nel diritto ebraico

HAIM FABRIZIO CIPRIANI\*

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Il ruolo della donna ebraica nel culto* – 3. *Il divorzio ebraico e la tutela dei diritti della donna*

## *Introduzione*

Per prima cosa vorrei specificare che l'ebraismo non è strettamente una religione, ma la cultura di un popolo. Tale cultura consta di diversi aspetti, fra cui quello normativo.

Il diritto ebraico è il diritto del popolo ebraico d'Israele ovunque esso si trovi, all'interno dello stato d'Israele o in diaspora, non è quindi legato al territorio.

Tale diritto applicabile a chiunque sia ebreo per nascita o per conversione, ma non è diritto israeliano perché lo stato di Israele è una democrazia fortemente secolarizzata di tipo occidentale. Di conseguenza oggi giorno l'adesione al diritto ebraico è sempre su base volontaria.

Le basi del diritto ebraico sono la *Torà* e il *Talmud*. Vi è poi la giurisprudenza basata sulle *Teshuvot*, i *Responsa* rabbinici di ogni epoca che talvolta mostrano atteggiamenti diversi dai codici, e notevole differenza fra teoria e pratica del diritto. Il diritto ebraico si sviluppa seguendo una linea di continua evoluzione, portata avanti nelle più disparate località del mondo, attraverso una continua interpretazione della lettera biblica, alla ricerca del suo significato pratico e attuale. Si tratta di una continua ricerca, fondata sempre sul rispetto della lettera ma anche su un ampio grado di libertà dell'uomo nell'interpretarla.

Riguardo al tema delle donne, l'aspetto più problematico del diritto ebraico è la disparità rispetto all'uomo. Si tratta di un problema annoso, e completamente rifiutato o negato da alcuni, i quali ritengono che non vi sia discriminazione, ma anzi, un riconoscimento della differenza e del ruolo precipuo della

---

\* Haim Fabrizio Cipriani presta servizio presso le comunità ULIF (Marsiglia, Francia), Kehilat Kedem (Montpellier, Francia) e in Italia presso la comunità Etz Haim, da lui fondata.

donna. Le principali zone d'ombra sono le seguenti: la facoltà della donna di partecipare pienamente al discorso culturale (aspetto che ha numerosissime ramificazioni) e il divorzio.

## 2. Il ruolo della donna ebraica nel culto

Dal punto di vista culturale, la letteratura rabbinica esenta le donne dall'esecuzione di ogni *mitzvà* (responsabilità religiosa) dipendente dal tempo, ossia che deve essere realizzata in un momento preciso. Un esempio classico è l'uso dei filatteri, *Tefillin*, e dello scialle di preghiera, *Tallit*, per la preghiera mattutina.

La spiegazione più classica è la seguente: «La donna è esente... perché dev'essere disponibile ai bisogni del marito. Se lei fosse tenuta a rispettare le *mitzvòt* legate al tempo potrebbe succedere che lei debba compierne una e nello stesso momento il marito le dia un ordine diverso. Se lei dovesse scegliere di eseguire il precetto del creatore a scapito del suo [quello del marito], guai a lei da parte del marito. Se esegue l'ordine del marito e non quello del creatore, guai a lei dal suo creatore. Quindi il creatore l'ha dispensata dai suoi precetti, affinché l'armonia della casa sia mantenuta»<sup>1</sup>.

Naturalmente la volontà in questo caso è quella di mantenere uno *status quo* in cui il ruolo delle donne rimanga quello di individui sottomessi alla volontà dei padri prima e dei mariti poi.

Ma esenzione e proibizione sono due concetti ben diversi. Nulla nel diritto ebraico impedisce a una donna di accettare liberamente una responsabilità religiosa alla quale non sarebbe strettamente tenuta perché dipendente dal tempo. Alcuni decisori rabbinici sono in opposizione con questa possibilità perché ritengono che questa volontà tradirebbe in realtà solo un atteggiamento arrogante, laddove sarebbe molto più efficace accontentarsi di onorare responsabilità riconosciute universalmente come obbligatorie. Questo però rischierebbe di ridurre moltissimo il peso delle donne nella vita culturale ebraica.

Altri hanno sottolineato come l'esenzione dipenda dal fatto che le donne portano in sé, attraverso i cicli mestruali, una cognizione intima del tempo che gli uomini non hanno. E, in generale, è stato spesso evocato che la facoltà femminile di portare la vita renda le donne superiori all'uomo, che avrebbe bisogno di molte più leggi al fine di costruirsi. Non vi è dubbio che la natura e sensibilità femminili così legate e connesse a una peculiare specificità biolo-

---

<sup>1</sup> DAVID ABUDRAHAM (Spagna IV sec.), *Abudraham haShalem, Shàar ha shelishi, birkat ha mitzvòt*.

gica, portino a confrontarsi con una serie di problematiche di ordine spirituale. Ma difficilmente questo può essere considerato un motivo per assolverla dall'impegnarsi profondamente nella vita religiosa, particolarmente se essa sente di far parte di un popolo che le ha trasmesso tutta una varietà di gesti e comportamenti etici e simbolici di cui desidera farsi portatrice.

Per dirla con le parole di un eminente rabbino del XX sec. : «... È disonesto e improduttivo tentare, attraverso l'omiletica e scolastiche, di trasformare i problemi in soluzioni e reinterpretare la discriminazione per renderla positiva. Suggestire che le donne [...] siano maggiormente in sintonia col Divino è un insulto insopportabile all'uomo, a meno che non s'intenda, come in realtà è, che il suggerimento non è da prendere sul serio, ma serve solo a calmare le donne»<sup>2</sup>.

La conseguenza più evidente dell'esonazione femminile si riscontra nel fatto che le donne, non essendo tenute a tutte le *mitzvot*, non sono contate come parte del *Miniàn*, il quorum di dieci persone adulte necessario per lo svolgimento di alcuni atti rituali, come la lettura pubblica della *Torà*. Per la stessa ragione le donne non possono accedere al rabinato, perché si troverebbero a insegnare concetti legali ai quali non sono tenute, creando una situazione ambigua e complessa. Oggigiorno nei movimenti progressisti dell'ebraismo, che variano dalla Riforma all'Ortodossia moderna (estremamente minoritaria ma presente negli USA e in Israele), la possibilità per le donne di accettare pienamente su base volontaria tutte le responsabilità religiose e di conseguenza acquisire il diritto di far parte del *Miniàn* e di studiare per il rabinato sono contemplate e stanno facendosi strada. Purtroppo, la loro applicazione sarà necessariamente molto ridotta perché la stragrande maggioranza del mondo ebraico ortodosso non intende minimamente procedere in questa direzione, anzi per un principio di reazione tende ad arroccarsi su posizioni sempre più conservatrici.

### 3. Il divorzio ebraico e la tutela dei diritti della donna

L'altro problema fondamentale è l'asimmetria nei confronti delle leggi che regolano il divorzio.

La *Torà* non affronta dettagliatamente le procedure dell'unione matrimoniale. Non fa, per esempio, menzione di nessun atto nuziale scritto, né tantomeno di una ritualità specifica. Per quanto riguarda il divorzio invece, la *Torà* richiede esplicitamente un atto scritto<sup>3</sup>, originariamente chiamato "libro

---

<sup>2</sup> RABBI SAUL J. BERMAN, *The status of women in halakhic Judaism*, in *Tradition*, 1973.

<sup>3</sup> *Deuteronomio* 24:1-3

della separazione”. In linguaggio rabbinico esso prenderà il nome di *Ghet*<sup>4</sup>. Attraverso il *Ghet* il marito certifica davanti a testimoni il fatto che fra lui e la donna il matrimonio è finito.

Il testo biblico chiarisce che l’iniziativa del divorzio è prerogativa maschile, di conseguenza è necessario che il marito dia il *Ghet* alla moglie volontariamente, in caso contrario, la donna diventa *Agunà*, cioè “ancorata” al marito, e non può risposarsi. Inoltre, se avesse un figlio da un’altra relazione prima di avere ottenuto il *Ghet* dal primo marito, il figlio avrà lo status molto problematico di *mamzér*, cioè di figlio nato da legame adulterino o da incesto. Purtroppo oggi il vivere in una società aperta permette all’uomo che volesse deliberatamente negare il *Ghet* alla moglie di avere su di lei il potere per ottenere qualcosa, come compensazioni economiche, rinuncia al pagamento di alimenti, concessioni riguardo all’affido dei figli ecc. e talvolta questo avviene con la complicità, implicita o esplicita, di alcune autorità rabbiniche. Il tribunale rabbinico non ha un potere reale se non quello della persuasione e dell’appello alla ragionevolezza, che spesso si rivela inefficace.

Esistono però misure preventive e soluzioni a questo problema, a condizione di volerle mettere in atto. Fra esse, quelle più efficaci sono:

- L’adozione di accordi prematrimoniali, dove la coppia firma davanti a un notaio un accordo secondo cui, qualora una separazione civile dovesse avvenire e il marito si rifiutasse di dare il *Ghet* alla moglie, egli pagherà una somma mensile a quest’ultima fino a quando non compirà il proprio dovere.

-Il matrimonio condizionale, dove gli sposi accettano per iscritto che, qualora il matrimonio civile fosse sciolto da un tribunale e il marito si rifiutasse di dare il *Ghet* alla moglie, dopo un certo tempo il matrimonio religioso sarà annullato automaticamente.

L’applicazione di queste misure non è semplice in pratica, di conseguenza la maggioranza delle autorità rabbiniche non le pratica con regolarità, ma chi scrive ritiene che esse possano avere una reale efficacia.

Per concludere, sottolineeremo che oggi, in un mondo dove le donne possono, per fortuna, impegnarsi in tutti i campi con successo, molte limitazioni imposte da alcuni aspetti della legge ebraica appaiono come obsolete e superabili. Certamente non è sempre facile coniugare la fedeltà alla tradizione con la modernità, ma chi scrive è convinto che ciò sia possibile dal momento in cui si considera che la tradizione possa conservare un dinamismo che ha sempre avuto, e che in alcune correnti ebraiche tende a perdersi. Il futuro dell’ebraismo dipende anche da questo.

---

<sup>4</sup> L’origine della parola è oscura, di fatto in linguaggio *mishnico* veniva chiamato così qualsiasi atto o documento scritto.

RIASSUNTO

Il contributo espone le problematiche giuridiche relative alla condizione della donna nel diritto ebraico, sia in relazione alle responsabilità culturali che nel divorzio, alla luce dell'interpretazione in chiave riformista e non legalista della tradizione.

PAROLE CHIAVE

*Donna; responsabilità culturali; rabbinato femminile; Ghet; interpretazione e tradizione*

ABSTRACT

The paper addresses the legal issues related to the status of women in Jewish law, both in relation to cultural responsibilities and family law, in the light of the reformist and non-legalist interpretation of tradition.

KEY WORDS

*Women; cultural responsibilities; family law; ghet; interpretation of tradition*

# *La tutela dei diritti di genere nelle comunità musulmane d'Europa. Una sfida per l'identità giuridica europea*

VALENTINA RITA SCOTTI

*SOMMARIO: 1. Introduzione: alla ricerca del nemico perduto – 2. Il secolarismo europeo e i diritti delle Euro-Musulmane – 3. Nascondere e mostrare. I veli islamici e la presenza delle Euro-Musulmane nella sfera pubblica – 4. La violenza fondata sull'onore fra etnicizzazione ed esimenti culturali – 5. Osservazioni conclusive*

## *1. Introduzione: alla ricerca del nemico perduto*

L'identità giuridica europea rappresenta forse il più controverso concetto dei nostri tempi, la cui definizione è resa sfuggente da molteplici fattori. In primo luogo, la definizione stessa di Europa rischia di essere complicata, dovendosi ancora comprendere se si tratti di una espressione territoriale dall'estensione tuttavia resa incerta dalle differenti composizioni dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa, o di una visione ideologica, in cui possono rientrare tutti gli Stati che condividono quel patrimonio costituzionale comune richiamato da entrambe le organizzazioni regionali appena menzionate. In secondo luogo, pur definendo l'Europa territorialmente e ideologicamente, la differente evoluzione storica e istituzionale degli Stati che la comporrebbero rende difficile individuare una identità giuridica comune e stabile. Si tratta dunque di un concetto 'liquido', in costante evoluzione, che pur tuttavia sembra caratterizzato da una costante: la sua costruzione è fondata sull'individuazione dell' 'altro'. Un 'altro' diverso ideologicamente al tempo della Guerra Fredda, un 'altro' connotato religiosamente oggi. Nel mezzo, alcuni decenni caratterizzati dal tentativo di costruire un'identità fondata sul multiculturalismo fallito proprio per l'incapacità di integrare l' 'altro' per antonomasia, il musulmano, in uno scenario che vede lo spazio pubblico sempre più permeato dal fenomeno religioso. Nonostante sia chiaro che il crescente supporto a quelle teorie razziste già circolate nella loro forma più becera all'indomani dell'11 settembre (2001) e dei sanguinosi attentati a Madrid (2004) e Londra

(2005) sia da addebitarsi più alle criticità interne al contesto europeo che all'esistenza di una reale alterità con il mondo musulmano<sup>1</sup>, all'alba del secondo decennio del XXI secolo sembra essersi consolidata una visione secondo cui tutti gli aderenti all'Islam sono potenziali terroristi e, quando migranti, sono possibili cause di instabilità politica e di incertezza economica.

A questo assioma generalmente declinato al maschile corrisponde con frequenza un analogo stereotipo al femminile secondo cui le musulmane sono, sempre, sottomesse ai componenti di sesso maschile della loro comunità, limitate fisicamente dal velo e psicologicamente dalle restrizioni e dalle molteplici sudditanze che la loro fede impone. Non è questa la sede per ricordare i numerosi errori che si celano dietro questa concezione delle donne musulmane<sup>2</sup>, che ignora il pluralismo che caratterizza l'Islam<sup>3</sup> e le possibili e spesso contrapposte interpretazioni dei suoi precetti<sup>4</sup>. Basterà sottolineare come l'immagine della musulmana velata, frequente sineddoche dell'arretratezza culturale dei musulmani, non sia realmente rappresentativa delle molteplici anime in cui si declina la fede all'Islam, e che non mancano casi di donne che, seppur velate, hanno rivendicato e rivendicano attivamente il proprio ruolo nella sfera pubblica<sup>5</sup>. A ciò si aggiunga, con riferimento ai ricorrenti pregiudizi legati all'Islam, che in Europa esistono comunità musulmane ormai consolidate, i cui componenti hanno acquisito la cittadinanza degli Stati di immigrazione e, di conseguenza, la cittadinanza europea. A queste (poi non così) 'nuove' cittadine si affiancano, infine, tutte quelle europee 'tradizionali' che hanno scelto, liberamente, la conversione all'Islam.

Per assicurare la convivenza di questo gruppo così eterogeneo di esponenti di una religione minoritaria ma con una forte carica normativa, le politiche attuate dagli Stati europei hanno fatto riferimento a due narrative solo appa-

---

<sup>1</sup> Non è mancato, infatti, chi ha cercato di accantonare l'abusata e mal compresa espressione 'clash of civilization' proponendo un 'clash within civilization'. Si veda PETER O'BRIEN, *The Muslim Question in Europe. Political Controversies and Public Philosophies*, Temple University Press, Philadelphia, 2016, pp. 1-4.

<sup>2</sup> Già nella sua opera più famosa EDWARD SAID (*Orientalism*, Pantheon, New York, 1978) aveva evidenziato come il reciproco citarsi delle fonti della letteratura relativa all'Islam ha incentivato la ripetizione degli stereotipi anche in mancanza di prove concrete; una tendenza che, secondo LILA ABULUGHOD, *The Muslim Woman. The power of images and the danger of pity*, in *Lettre Internationale*, 12, 2006, si riscontra anche con riferimento alla condizione delle donne.

<sup>3</sup> Sul punto si rinvia a CARMELA DECARO BONELLA (a cura di), *Culture religiose e costituzionalismo. L'Islam e l'Occidente*, Carocci, Roma, 2012.

<sup>4</sup> A fronte della vasta letteratura che ricorda come non sia estranea all'Islam una interpretazione *gender-friendly*, sia consentito rinviare al mio *Quale stagione per le donne? I diritti delle donne in Nord Africa fra Islam e patriarcato*, in ELEONORA CECCHERINI (a cura di), *I Diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, ESI, Napoli, 2018, pp. 69-98.

<sup>5</sup> AHMED-GHOSH HUMA, *Dilemmas of Islamic and Secular Feminists and Feminisms*, in *Journal of International Women's Studies*, 9, 2008, pp. 99-116.

rentemente dicotomiche. Alcuni ordinamenti hanno favorito una integrazione/assimilazione che neutralizza, almeno in ambito pubblico, le scelte in ambito religioso; altri, invece, hanno adottato una visione comunitarista che ha finito per associare erroneamente l'appartenenza alla comunità islamica con l'accettazione dell'oppressione, come se le due cose fossero necessariamente congiunte. In breve, si è riproposto quel paradigma che aveva già caratterizzato l'epoca coloniale, in base al quale divenire moderno è equiparato a divenire europeo<sup>6</sup>, e che sembra disconoscere il portato del secolarismo, che dell'identità giuridica europea dovrebbe far parte, per dare nuovamente un ruolo centrale all'appartenenza religiosa.

Il presente contributo si propone pertanto di analizzare, in prospettiva comparata, come la tutela dei diritti delle c.d. Euro-Musulmane abbia spesso rappresentato un banco di prova proprio per l'identità giuridica europea, mettendo in crisi la tutela dei diritti fondamentali che ne rappresenta il nucleo duro. Da un lato, infatti, la libertà religiosa è stata coartata dalle norme per l'utilizzo dei simboli religiosi identitari; dall'altro, non si è saputo compiutamente assicurare la garanzia dell'uguaglianza di genere e della dignità personale a fronte di quei reati fondati sull'onore che sembrano caratterizzare le comunità islamiche. I due temi sono solo apparentemente differenti, visto che, 'related to discourses of security, (multi)cultural crisis, spatial isolation and European Union integration and crisis, discussions of gender violence are important to how Muslim citizens and residents of Europe participate in the public sphere'<sup>7</sup>. E proprio al fine di rilanciare gli ideali di democrazia e libertà che hanno assicurato la pace europea all'indomani del secondo conflitto mondiale, occorre trovare una strada affinché le Euro-musulmane possano invocare il rispetto dei propri diritti senza dover rinunciare alla propria appartenenza religiosa, ma anche senza che essa implichi il rigetto della tradizione democratica europea.

## *2. Il secolarismo europeo e i diritti delle Euro-Musulmane*

Gli Stati europei hanno assicurato la propria indipendenza dal fenomeno religioso attraverso la costruzione di un secolarismo che oscilla fra la *laïcité*

---

<sup>6</sup> È questo il cosiddetto storicismo occidentale di cui parla DIPESH CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial thought and historical difference*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 33.

<sup>7</sup> BEVERLY M. WEBER, *Violence and Gender in the 'new' Europe. Islam in German Culture*, Palgrave, New York, 2013, p. 2.

*de combat* e la previsione di una religione di Stato<sup>8</sup>, e che è stato più volte richiamato dalle organizzazioni sovrastatali regionali che insistono sul territorio del Vecchio Continente.

La Commissione e il Parlamento dell'Unione europea hanno nel tempo chiarito che la determinazione del ruolo della religione nella sfera pubblica rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri<sup>9</sup>. I numerosi e differenti approcci tradizionalmente utilizzati per 'dialogare' con l'Islam a livello nazionale hanno così trovato piena legittimazione e ciascuno Stato membro ha potuto far valere la necessità di tutelare la propria identità nel modo che ha ritenuto opportuno in assenza di certezze circa la definizione dell'identità europea. È così, infatti, che il controverso richiamo alle radici giudaico-cristiane dell'Europa al tempo della scrittura della Costituzione europea (2004)<sup>10</sup> ha fornito un pretesto per ricordare l'estraneità dell'Islam all'Europa anche a livello nazionale. Si consideri, ad esempio, il contesto italiano<sup>11</sup>, che ha spesso finito per ignorare come la commistione di religioni e culture abbia consentito momenti di massima fioritura culturale<sup>12</sup>. Ciò potrebbe derivare non solo da alcune scelte politiche, ma anche da un approccio costituzionale alla gestione della religione nella sfera pubblica che crea di per sé gerarchie e distinzioni fra le religioni. L'eredità dello Statuto Albertino che aveva fatto del cattolicesimo la religione di Stato si riscontra, infatti, nell'art. 7 della Costituzione, che nell'ambito della libera chiesa in libero Stato riserva ai Patti Lateranensi la disciplina di dettaglio; il rapporto fra lo Stato e tutte le *altre* comunità religiose è regolato *ex art.* 8 attraverso la previsione di Intese. Un accordo particolar-

---

<sup>8</sup> Essendo ultroneo discutere in questa sede le differenti anime del secolarismo europeo, si rinvia a FRANCESCO ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Cedam, Padova, 2011.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione sul punto si rinvia a DAVID DURISOTTO, *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali (art. 17 TFUE)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)) 23, 2016 e a PASQUALE LILLO, *Rilevanza pubblica delle comunità religiose nella dimensione giuridica europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)) 28, 2018.

<sup>10</sup> Come si ricorderà a questo richiamo fu poi preferito un più 'sfumato' riferimento all' 'eredità culturale, religiosa e umanista dell'Europa'. Per un commento sul punto si rinvia a JEAN-LOUIS CLERGERIE, *La place de la religion dans la future Constitution Européenne*, in *Revue du Droit Public*, 2004, pp. 739-754.

<sup>11</sup> Si considerino, ad esempio, le dichiarazioni rilasciate dall' Arcivescovo di Bologna e dall' onorevole Pierferdinando Casini in occasione dell'apertura di un centro culturale islamico a Bologna all'inizio del XXI secolo. Per più puntuali riferimenti, si veda RUBA SALIH, *Muslim women, fragmented secularism and the construction of interconnected 'publics' in Italy*, in *Social Anthropology*, n. 17, 4, 2009, pp. 409-423.

<sup>12</sup> Esempi di questa fioritura sono menzionati in CARMELA DECARO BONELLA, *Introduzione*, in CARMELA DECARO BONELLA (a cura di) *Culture religiose e costituzionalismo*, cit., pp. 17-56, spec. pp. 23-24, con riferimento all'esperienza della Cancelleria di Federico II.

mente complicato da raggiungere con le comunità musulmane per la difficoltà di queste ultime di parlare con un'unica voce probabilmente dovuta alla natura stessa dell'Islam che, non prevedendo una gerarchia clericale, rende difficile individuare interlocutori, anche a livello delle singole comunità, con cui eventualmente discutere differenti Intese<sup>13</sup>.

Questo assunto è tuttavia smentito dall'esistenza di problematiche simili sia in contesti come quello britannico, in cui si prevede l'anglicanesimo come religione di Stato – che quindi *a fortiori* dovrebbe porre su un piano di inferiorità le altre religioni – sia in contesti come quello francese, in cui la *laïcité* in teoria pone tutte le religioni sullo stesso piano e comunque le colloca assolutamente al di fuori della sfera pubblica<sup>14</sup> nel rifiuto del comunitarismo inteso come rifiuto della 'rivendicazione da parte di un gruppo religioso a vedersi riconosciuta una specifica disciplina normativa, in deroga alle regole di diritto comune'<sup>15</sup>.

Se l'esistenza di gerarchie fra le fedi non spiega dunque l'ostilità all'Islam, potrebbe sembrare più adeguata la teoria secondo cui gli ordinamenti che prevedono una più stretta separazione fra Stato e Chiesa sono più inclini all'intolleranza nei confronti dell'Islam, e soprattutto dei simboli che ne manifestano l'appartenenza, mentre gli ordinamenti che hanno già stabilito relazioni formali con le organizzazioni religiose cristiane sarebbero più inclini alla tolleranza<sup>16</sup>.

Si potrebbe anche sostenere che la difficoltà di integrare le comunità islamiche derivi non tanto dall'appartenenza religiosa, quanto dalla loro provenienza geografica e dalle dinamiche storiche che le legano al paese di immigrazione. Così in Francia, che accoglie comunità musulmane provenienti prevalentemente dalle ex-colonie del Maghreb, e in Germania, dove la comunità

---

<sup>13</sup> Sul punto si vedano NICOLA COLAIANNI, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazioni di intenti)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)) 2009; e FRANCESCO ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, Bari, 2013, spec. pp. 109-184. Si tratta, tuttavia, di una problematica che necessita di un più puntuale approfondimento per le altre complessità legate alla stipulazione di Intese con le comunità musulmane, per la cui trattazione si rinvia a FRANCESCO ALICINO, *La bilateralità pattizia stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016.

<sup>14</sup> In Francia, sin dai tempi in cui la Chiesa cattolica fu posta sotto la tutela dello Stato a seguito del concordato fra Napoleone e Pio VII (1801) e ancor più a seguito della conclusione della Legge di separazione del 1905, la *laïcité* ha caratterizzato il rapporto con tutte le religioni, evitando che qualcuna di esse potesse consolidare un dominio o una influenza nella sfera pubblica.

<sup>15</sup> Cfr. FRANCESCO ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, cit., p. 34.

<sup>16</sup> SABINE BERGHAIN, *Legal regulations: responses to the Muslim headscarf in Europe*, in SIEGLINDE ROSENBERG, BIRGIT SAUER (a cura di), *Politics, Religion and Gender. Framing and regulating the veil*, Routledge, London, 2012, pp. 97-115.

turca originata dai *gestarbeiter* degli anni '60 è oggi la più numerosa d'Europa, l'integrazione sarebbe complicata non tanto dalla religione di appartenenza, ma dalla contrapposizione fra identità forti di gruppi omogenei. Tuttavia, la prova del nove offerta dalla difficoltà di integrazione nel Regno Unito, dove la vastità dell'Impero coloniale ha aggregato comunità musulmane dalla più svariata provenienza geografica, sembra falsificare anche questa motivazione.

La ragione di tante difficoltà, semmai, potrebbe rinvenirsi proprio nella costruzione di un secolarismo europeo in cui la sfera pubblica solo pretenziosamente è sottratta dall'influenza della religione – secondo quello che dovrebbe essere il portato della rivoluzione illuminista – ed invece si dimostra permeabile alla religione maggioritaria. Proprio il ruolo attribuito a quest'ultima mette in crisi il sistema quando le stesse rivendicazioni sono avanzate dall' 'altro'. Si rinviene qui tutto il senso del dibattito che vede contrapporsi i sostenitori della teoria secondo cui la sfera pubblica deve intendersi come uno spazio inclusivo finalizzato alla deliberazione su questioni comuni per la ricerca del bene comune<sup>17</sup>, e i critici della stessa, che hanno evidenziato come l'inclusività, se intesa come annullamento delle differenze, finisce per escludere di fatto quei gruppi che esprimono peculiarità di genere, religione e/o razza<sup>18</sup>. In realtà, se l'idea per cui il secolarismo inteso come reclusione del fenomeno religioso nella sfera privata aveva trovato molto spazio nel secolo scorso in ragione della convinzione che solo attraverso questo sistema si era potuto porre fine alle guerre di religione<sup>19</sup>, nel nuovo millennio sembra sempre più evidente che l'incapacità di dialogare con il fenomeno religioso ha fatto emergere nuove forme di violenza e che anche la religione deve trovare un adeguato spazio nel dibattito sul bene comune<sup>20</sup>.

Benché non possa disconoscersi la ragionevolezza di questo proposito, esso diviene particolarmente sgradito a tutte le forze politiche europee quando più chiaro è il riferimento all'inclusione dell'Islam, opponendosi ad esso sia la Destra, la cui xenofobia etimologicamente intesa è all'origine del rifiuto dei migranti, sia la Sinistra, che ha lungamente definito l'Islam come antidemocratico e antimoderno e oggi non trova gli strumenti per coniugare questa vi-

---

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, JURGEN HABERMAS, *The Public Sphere; an encyclopedia Article (1964)*, in *New German Critique*, 3, 1974, pp. 49-55.

<sup>18</sup> Cfr. IRIS MARION YOUNG, *Impartiality and the Civic public: some implications of feminist critiques of moral and political theory*, in *Praxis International*, 4, 1985, pp. 381-401.

<sup>19</sup> Sul ruolo del secolarismo come principio fondante del costituzionalismo si veda FRANCESCO ALICINO, *Constitutionalism as a peaceful 'site' of religious struggles*, in *Global Jurist*, 10, 2010.

<sup>20</sup> Su questo punto è sembrato convenire lo stesso Habermas, come si evince dalle pubblicazioni successive a quella già menzionata. Si vedano, JURGEN HABERMAS, *Notes on a Post-secular society*, in *Signandsight.com*, 19, June 2008; ID., *Religion in the Public Sphere*, in *European Journal of Philosophy*, 14, 2006, pp. 1-25.

sione con la tutela dei diritti delle minoranze religiose musulmane europee. In breve, dunque, il principio di secolarismo come affermatosi nel costituzionalismo liberale sembra funzionare quando il pluralismo riconosciuto riguarda le varie confessioni del Cristianesimo<sup>21</sup>, ma entra in crisi quando si confronta con l'Islam in ragione della maggiore carica normativa che esso ha mantenuto nel tempo, invece progressivamente sfumata nel Cristianesimo<sup>22</sup>.

Lo dimostra con evidenza anche la disciplina dei simboli del fenomeno religioso emersa nell'ambito del Consiglio d'Europa. Intesa come spazio per la tutela dei diritti, questa organizzazione internazionale dai confini ben più ampi dell'Unione europea ha trovato la più perfetta espressione della concezione europea della tutela dei diritti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU), che in materia di libertà religiosa chiarisce la competenza dello Stato di imporre limiti al godimento di questo diritto purché necessari in una società democratica per la tutela della sicurezza, dell'ordine e della salute pubblici, della morale e della garanzia dei diritti altrui (art. 9 CEDU). Non si prevedono tuttavia quelle discriminazioni fra le religioni – analizzate con maggiore puntualità in altri contributi del presente Focus<sup>23</sup> – che la Corte di Strasburgo ha progressivamente introdotto attraverso controverse sentenze che hanno confermato quanto l'identità europea sia fondata sulla distinzione dall' 'altro'. Si potrà sommariamente ricordare, infatti, come nel caso sull'affissione del crocifisso *Lautsi c. Italia*<sup>24</sup> la Corte abbia ritenuto che il più chiaro simbolo della religione cristiana, il crocifisso appunto, debba ormai leggersi come un simbolo secolare, mentre il velo indossato dalle credenti musulmane in segno della propria devozione è stato lapidariamente considerato, ad esempio nei casi *Leyla Sahin c. Turchia*<sup>25</sup> e *S.A.S. c. Francia*<sup>26</sup>, come simbolo del fondamentalismo religioso<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Esso si fonda infatti su speculazioni elaborate al tempo di un pluralismo religioso interno al mondo cristiano, che ignorava la varietà di culture, etnie e religioni che caratterizza la società globale attuale. Sulla rilevanza di questo punto nella definizione di un nuovo assetto per i sistemi giuridici contemporanei, si veda NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>22</sup> Vale qui la pena di ricordare che anche l'ebraismo non sembra mettere in crisi il funzionamento del secolarismo, probabilmente per il minore impatto di questo credo nella sfera pubblica, la cui carica normativa, pur ben evidente quando esaminata con riferimento all'ordinamento dello Stato di Israele, sembra sfumare nelle comunità immigrate.

<sup>23</sup> In particolare si rinvia al contributo in questo stesso numero di Francesco Alicino.

<sup>24</sup> GRANDE CAMERA, *Lautsi c. Italia*, n. 30814/06, 18 marzo 2011.

<sup>25</sup> GRANDE CAMERA, *Leyla Sahin c. Turchia*, n. 44774/98, 10 Novembre 2005.

<sup>26</sup> *S.A.S. c. Francia*, n. 43835/11, 1 luglio 2014.

<sup>27</sup> Sulla controversa giurisprudenza della Cedu in materia, si veda SUSANNA MANCINI, *The power of symbols and symbols as power: secularisms and religion as guarantors of cultural convergence*, in

È così che molti Stati europei hanno utilizzato il proprio margine di apprezzamento per imporre alle Euro-Musulmane una scelta tra la partecipazione alla vita pubblica europea e la manifestazione della propria appartenenza religiosa, di fatto sminuendo il portato della libertà di religione e lasciando emergere tutte le difficoltà del costituzionalismo liberale di assicurare la coesistenza dei gruppi religiosi senza incentivare la frammentazione sociale. Per converso, tuttavia, il legislatore statale si è mostrato piuttosto reticente ad intervenire in quegli ambiti della sfera privata dove maggiori sono i rischi di subire violenze di genere, soprattutto se fondate sull'onore.

Sembra quasi che gli Stati europei abbiano visto solo nel velo una pratica sociale e culturale basata sull'inferiorità delle donne che è loro obbligo contrastare ai sensi degli impegni internazionali assunti con la ratifica della Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW) e della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, meglio nota come Convenzione di Istanbul<sup>28</sup>, mentre abbiano maggiore difficoltà ad assicurare quella tolleranza zero 'in caso di riduzione in schiavitù delle donne o nei casi di crimini commessi in nome dell'onore o della tradizione, di violenza, di traffico degli esseri umani, di mutilazioni genitali femminili, di matrimoni forzati, di poligamia' che, insieme al contrasto degli 'atti di privazione dell'identità (ad esempio l'imposizione del burqa, del niqab o di maschere)' il Parlamento europeo (PE) aveva richiesto nel 2006<sup>29</sup>.

---

*Cardoso Law Review*, 6, 2009, pp. 2628-2669. Si ricorda, inoltre, come la posizione sul velo della Corte sia stata disconosciuta dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa che nella raccomandazione n. 1927 del 23 giugno 2012 'Islam, Islamism and Islamophobia in Europe' ha invitato le Alte Parti contraenti ad evitare l'approvazione di leggi implicanti un generale divieto di indossare il velo islamico giacché questo divieto sarebbe in contrasto con l'art. 9 CEDU.

<sup>28</sup> In particolare, la CEDAW prevede che '*States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women*' (art. 5a). La Convenzione di Istanbul, con parole simili, prevede che '*Parties shall take the necessary measures to promote changes in the social and cultural patterns of behaviour of women and men with a view to eradicating prejudices, customs, traditions and all other practices which are based on the idea of the inferiority of women or on stereotyped roles for women and men*' (art. 12, 1).

<sup>29</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2007 su una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 (2006/2132(INI)), punti E e 4.

### *3. Nascondere e mostrare. I veli islamici e la presenza delle Euro-Musulmane nella sfera pubblica*

Benché la questione del velo sia ormai divenuta un classico nei dibattiti relativi alle donne musulmane, brevi note di richiamo si ritengono opportune per evidenziare in che termini la libertà religiosa delle Euro-Musulmane sia stata limitata a tutela di una dubbia neutralità della sfera pubblica. Non si ritiene pertinente, invece, affrontare il dibattito circa l'utilizzo del velo come imposizione o come libera scelta<sup>30</sup>, pur ricordando l'esistenza di una letteratura consolidata circa l'interpretazione delle norme sulla modestia contenute nel Corano secondo una prospettiva femminista che delegittimizza il patriarcato<sup>31</sup> e i limiti che le élite maschili hanno nei secoli imposto alle donne<sup>32</sup>. Una letteratura che, oltre a ricordare i significati politici e sociali che il velo ha assunto<sup>33</sup>, sottolinea come esso abbia per lungo tempo rappresentato uno strumento di liberazione per consentire alle donne di muoversi nella sfera pubblica senza trasgredire alle norme sulla segregazione fra i sessi e rappresenti oggi uno strumento nelle mani delle donne musulmane, soprattutto in Occidente, per segnalare la loro appartenenza ad una determinata comunità<sup>34</sup>. Ne consegue che, accanto a quelle donne che hanno scelto di s-velarsi per rendere più agevole la propria integrazione, vi sono coloro che ricorrono all'utilizzo del velo

---

<sup>30</sup> LEILA ABU-LUGHOD, *The Muslim Woman. The power of images and the danger of pity*, in *Lettre Internationale*, 12, 2006, ricorda lo sconcerto all'indomani della 'liberazione' dell'Afghanistan per la scelta di molte donne di continuare ad indossare il burqa.

<sup>31</sup> Cfr. BARBARA FREYER STOWASSER, *Women in Qur'an, Traditions and Interpretations*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1994; AMINA WADUD, *Qur'an and Women: Rereading the sacred text from a woman's perspective*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999.

<sup>32</sup> Cfr. LEILA AHMED, *Women and Gender in Islam*, Yale University Press, New Haven, 1992; FATMA MERNISSI, *The veil and the male elite: a feminist interpretation of women's rights in Islam*, Perseus Books, Cambridge, 1991.

<sup>33</sup> Cfr. CYNTHIA FUCHS EPSTEIN, *Great Divides: the cultural, cognitive and social bases of the global subordination of women*, in *American Sociological Review*, 72, 2007, pp. 1-22; JUDITH LORBER, *Heroes, Warriors, and Burqas: a feminist sociologist's reflection on September 11*, in *Sociological Forum*, 17, 2002, pp. 377-396.

<sup>34</sup> Anche su questo punto il dibattito è aperto. Le più accreditate tesi funzionaliste hanno sostenuto che la reintroduzione del velo negli anni '80 del secolo scorso nella maggior parte dei paesi musulmani, e di lì nelle comunità in Occidente, abbia avuto lo scopo di segnalare un'opposizione all'Occidente e ai suoi valori e di sottrarre le donne dai rischi che la vita nella sfera pubblica in comune con gli uomini comportava, in un generale contesto di ricoperta della religione come elemento aggregante di fronte all'emarginazione sociale ed economica. In merito a questa dinamica nell'esemplificativo caso francese, si veda JILL KEPPEL, *Les banlieues de l'Islam. Naissance d'une religion en France*, Seuil, Paris, 1991. In contrasto con questa visione SABA MAHMOOD, *Politics of Piety*, Princeton University Press, Princeton, 2005, evidenzia la necessità di considerare che la scelta di indossare il velo possa essere dovuta alla semplice volontà di sentirsi fedeli rispettose dei precetti religiosi.

per affermare una appartenenza etnico-religiosa e ribadire la propria identità minoritaria<sup>35</sup>. Il velo, infatti, le individua come musulmane mentre la foggia del velo ne specifica altre appartenenze, come quella etnico-geografica.

È proprio sulle diverse forme del velo che il dibattito giuridico si è più spesso soffermato, soprattutto quando in causa erano le minorenni, potendo entrare in gioco anche la necessità di preservarle dalle imposizioni familiari. Il caso più evidente è quello britannico, dove è stato incoraggiato un approccio casistico informato dal principio della *reasonable accomodation* tipica dei paesi di *common law*, mirante a vietare il velo solo quando più invasivo della libertà personale e soprattutto quando capace di impedire lo sviluppo del minore o di risultare limitante per il contesto generale<sup>36</sup>. In Francia, invece, l'approccio all'utilizzo del velo è stato più radicale. Nonostante l'*Avis* del Consiglio di Stato che aveva ritenuto il velo compatibile con il secolarismo e pertanto accettabile nella sfera pubblica, ed in particolare nelle scuole, qualora non in contrasto con la libertà altrui, con il principio di pluralismo e, soprattutto, con lo sviluppo regolare dell'attività didattica<sup>37</sup>, e nonostante la conferma che il divieto di indossare il velo nelle scuole fosse di portata troppo generale per essere accettabile<sup>38</sup>, nel settembre 1994 l'allora Ministro dell'Interno François Bayrou non aveva esitato ad emettere una circolare finalizzata a demarcare una distinzione fra simboli religiosi discreti, e quindi accettabili negli edifici scolastici, e simboli religiosi 'ostentanti' e quindi da vietare, tra cui si inseriva esplicitamente il velo islamico<sup>39</sup>. Benché il Consiglio di Stato avesse chiarito che l'atto 'Circolare' non ha forza di legge e che rientra nella competenza di ogni istituto scolastico la valutazione delle circostanze che possono eventualmente giustificare l'allontanamento di una studentessa in ragione della sua decisione di indossare il velo<sup>40</sup>, lo stesso linguaggio della Circolare Bayrou del 1994 si rinviene nella legge del 2004 che vieta l'utilizzo

---

<sup>35</sup> Cfr. MICHELLE D. BYNG, *Symbolically Muslim: Media, Hijab, and the West*, in *Critical Sociology*, 36, 2010, pp. 109-129.

<sup>36</sup> Si veda a riguardo la decisione nel caso *R (SB) v. Headteacher and governors of Denbigg High School*, 2006 UKHL 15, 22 marzo 2006, in cui la House of Lord confermava la legittimità del divieto di indossare il velo non perché contrario alla visione secolare britannica ma perché alla studentessa era stata offerta la possibilità di adeguare la propria uniforme con una specifica foggia di velo che la stessa aveva rifiutato preferendone un'altra che la House of Lord aveva ritenuto di vietare in nome dell'uniformità tra le divise scolastiche.

<sup>37</sup> Si veda l'*Avis* del Consiglio di Stato n. 346.893 del 27 novembre 1989 con cui si rispondeva alla decisione della Scuola 'Gabriel Havez' di Creil di sospendere tre studentesse che si erano rifiutate di toffiare il velo in classe.

<sup>38</sup> Decisione del CONSIGLIO DI STATO n. 4/1 SSR, 2 novembre 1992.

<sup>39</sup> *Circulaire* n. 1649, 20 settembre 1994.

<sup>40</sup> CONSEIL D'ETAT, n. 162718, 10 luglio 1995.

di simboli religiosi ostentanti negli edifici pubblici<sup>41</sup>. Una misura cui ha fatto seguito il più ampio divieto di dissimulare il volto in pubblico introdotto nel 2010<sup>42</sup>, fondato sulla valutazione che il limite alla libertà religiosa derivante dal divieto di indossare veli come il *burqa* o il *niqab* fosse giustificato dalla necessità di tutelare la sicurezza pubblica<sup>43</sup>. La questione non si è tuttavia conclusa, se si ricorda che nel 2013 l'Alto Consiglio per l'Integrazione ha suggerito di bandire il velo dalle università e che, anche a seguito della sentenza dinanzi alla Corte europea nel caso *S.A.S c. Francia*, nell'estate 2016 alcune autorità locali hanno introdotto un esplicito divieto all'utilizzo del burqini (il costume che, in qualche modo, replica la copertura totale del corpo assicurata dal *burqa*), poi annullato dal Consiglio di Stato in nome del diritto delle donne di scegliere liberamente il proprio abbigliamento<sup>44</sup>.

Il progressivo irrigidimento nell'accettazione del velo islamico in pubblico cominciato negli anni '80 dello scorso secolo ha caratterizzato anche altri Stati europei. In Belgio, ad esempio, la riconoscibilità in pubblico degli individui era stata utilizzata come giustificazione per il divieto di indossare il velo già nel 1989<sup>45</sup>, sebbene si fosse chiarita la necessità di divieti specifici e, come nel caso francese, si era negata la legittimità a divieti generici al fine di salvaguardare la libertà religiosa<sup>46</sup>. In nome della sicurezza, negli anni '90, numerose Municipalità hanno dunque introdotto divieti per l'utilizzo del velo integrale la cui disciplina è stata ricondotta a omogeneità con l'approvazione di una legge federale nel 2011<sup>47</sup> che introduce l'art. 563 *bis* nel Codice penale e punisce coloro che *'se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables'*. Una punizione la cui legittimità il giudice costituzionale non ha esitato a confermare<sup>48</sup>. Interessante è anche il caso dell'Olanda, dove il divieto di indossare il velo non è frutto di una legge dello Stato, ma di singole circolari approvate nei primi anni 2000 grazie all'autonomia delle istituzio-

---

<sup>41</sup> Legge n. 228 del 15 marzo 2004. Per un commento al riguardo, si veda DOMINIQUE CUSTOS, *Secularism in French Public Schools: Back to War? The French Statute of March 15, 2005*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, pp. 337-399.

<sup>42</sup> Legge n. 2010-1192, 11 ottobre 2010.

<sup>43</sup> Così il CONSEIL CONSTITUTIONNEL, decisione n. 2010-613 DC, 7 ottobre 2010.

<sup>44</sup> Si vedano le decisioni n. 402742 e n. 402777 del 26 agosto 2016.

<sup>45</sup> TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE, Bruxelles, 1 dicembre 1989.

<sup>46</sup> CONSEIL D'ÉTAT, Rapporto del Consigliere, 30 ottobre 1992.

<sup>47</sup> *Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage*, 1 giugno 2011.

<sup>48</sup> CORTE COSTITUZIONALE, n. 145/2012, 6 dicembre 2012. In merito alla vicenda belga, si veda GILY COENE, CHIA LONGMAN, *Gendering the diversification of diversity*, in *Ethnicities*, 8, 2008, pp. 302-321.

ni educative, che hanno finito per trasformare il multiculturalismo a pilastro del paese in un riconoscimento ghettizzante del pluralismo, giacché le musulmane desiderose di indossare il velo di fatto hanno scelto di perseguire la propria formazione in quegli istituti che ne consentivano l'utilizzo, finendo così per diventare ghetti e per rendere ancor più complesso il dialogo e l'integrazione<sup>49</sup>. Un approccio che caratterizza in termini più generali l'ordinamento, in cui – a fronte di continui fallimenti nell'approvazione di una legge statale<sup>50</sup> – la possibilità di introdurre divieti all'utilizzo del velo è riconosciuta agli ufficiali pubblici, salva la possibilità di ricorrere alla Commissione per l'uguaglianza di trattamento, che ha spesso annullato i divieti. L'assetto federale ha complicato la definizione di una disciplina omogenea anche in Germania. Nel 2003, infatti, il Tribunale costituzionale federale, chiamato a pronunciarsi sul caso di una docente che voleva indossare il velo durante le ore lavorative, giungeva alla salomonica decisione di attribuire ad ogni *Land* il diritto di approvare leggi per disciplinare la materia<sup>51</sup>, dando così la stura ad una variegata disciplina che, prevalentemente fondata su un divieto all'utilizzo di simboli religiosi ostentanti che richiama la legislazione francese, sembrava essere più restrittiva della libertà religiosa delle Euro-Musulmane laddove più difficile è l'integrazione e più forte il rifiuto dell' 'altro'<sup>52</sup>. Anche con riferimento a questo ordinamento, la dimensione sovrastatale ha mostrato la propria influenza, se si ricorda la scelta della Commissione europea di non procedere ad una valutazione delle leggi sul velo dei *Lander* nonostante la loro possibile incompatibilità con il principio di non-discriminazione sancito nei Trattati, in ragione del fatto che la Corte europea dei diritti umani aveva già dichiarato la conformità alla Convenzione dei bandi introdotti in Francia, Svizzera e Turchia. Una scelta che dimostra non solo il perfetto funzionamento del dialogo fra le istituzioni unionali e quelle convenzionali su temi di particolare interesse politico, ma anche la scelta di entrambe le autorità sovrastatali di lasciare ai singoli Stati membri la gestione di così scottanti tematiche nonostante il rischio di violazione di principi fondanti. Al riguardo occorre tuttavia sottolineare che, a seguito delle leggi approvate dai *Lander* in conseguenza alla decisione del 2003, la Germania aveva provveduto ad

---

<sup>49</sup> Per un commento al riguardo si veda MAARTEN P. VINK, *Dutch 'Multiculturalism' beyond the pillarisation myth*, in *Political Studies Review*, 5, 2007, pp. 337-350.

<sup>50</sup> Un primo tentativo era stato annullato nel 2005 dal Consiglio di Stato, mentre il disegno di legge introdotto nel 2010 dal governo di coalizione che includeva il Partito per la Libertà era stato accantonato allo scioglimento del governo nel 2012.

<sup>51</sup> BverfGE, 2 BvR 1436/02, 24 settembre 2003.

<sup>52</sup> Si consideri, ad esempio, la scelta dei Land di Hessen e Berlino di introdurre limiti all'utilizzo del velo non solo nelle scuole ma anche negli edifici pubblici.

istituire la Conferenza Islamica tedesca allo scopo di raccogliere l'opinione della comunità musulmana e di mantenere aperto il dialogo fra quest'ultima e le istituzioni federali. Nel 2015, il Tribunale costituzionale federale tedesco è quindi nuovamente intervenuto sulla questione del velo e, con una decisa inversione di tendenza, ha dichiarato che la previsione di un pericolo astratto per l'ordine all'interno delle scuole o per il rispetto della neutralità religiosa non è sufficiente per consentire ai *Länder* l'introduzione di un divieto del velo per gli insegnanti, e che tale pericolo deve essere reale e dimostrabile<sup>53</sup>. Una posizione che sembra decisamente contrapporsi a quella della già menzionata giurisprudenza della Corte europea.

Non mancano infine casi in cui la mancata introduzione di una norma non indica un'assenza di dibattito sull'argomento o di posizioni fondate sull'alterità dell'Islam rispetto al patrimonio culturale nazionale. In Italia, ad esempio, la questione circa l'utilizzo del velo si pose nel 2006, nel pieno della guerra in Afghanistan quando l'allora deputata di Alleanza Nazionale Daniela Santanchè avanzò la proposta di proibire l'utilizzo del velo nelle scuole, sostenuta non solo da altri esponenti della destra italiana, ma anche dalle colleghe della sinistra e dai gruppi femministi. Si trattò di un evidente approccio alla questione dell'integrazione delle Euro-Musulmane dalla prospettiva coloniale della liberazione dall'oppressione che poté godere anche del supporto della marocchina Souad Sbai, già eletta al Parlamento italiano tra le fila di Alleanza Nazionale utilizzando una simile retorica. La mancata approvazione di questo progetto di legge fa il paio con il divieto di indossare il *burqa* presentato nel 2011 e non approvato per lo scioglimento anticipato del Parlamento. Una dinamica simile caratterizza anche l'esperienza spagnola, dove un tentativo di approvare una legge per vietare l'utilizzo del velo in pubblico condotto nel 2010 non è riuscito ad ottenere i voti necessari. In generale, sembra che l'ordinamento non sia comunque orientato in tal senso, se si ricorda la decisione del *Tribunal Supremo* che nel 2013 ha annullato il bando del *burqa* introdotto dal Comune di Lleida e da altri Comuni della Catalogna<sup>54</sup>.

#### *4. La violenza fondata sull'onore fra etnicizzazione ed esimenti culturali*

La definizione di violenza fondata sull'onore raggruppa numerosi maltrattamenti, fisici e psicologici, in danno alle donne accusate a vario titolo di

---

<sup>53</sup> BverfGE, 1 BvR 471/10, 27 gennaio 2015.

<sup>54</sup> TRIBUNAL SUPREMO, n. 4118/2011, 6 febbraio 2013.

aver violato il ‘codice di condotta morale’. Benché non si tratti di un fenomeno ascrivibile alle sole comunità islamiche, non può tuttavia negarsi come l’oggettificazione della donna come simulacro dell’onore familiare sia particolarmente viva in alcune di esse e come numerosi siano stati gli episodi di violenze fondate sull’onore che le hanno interessate.

Il reato ‘estremo’ è il c.d. delitto d’onore, ovvero la punizione della devianza con una sanzione capitale comminata da un qualunque componente della famiglia di appartenenza che, con tale atto, fa salvo l’onore dell’intero gruppo<sup>55</sup>. Spesso, la devianza contestata è l’assimilazione ai costumi del paese di accoglienza, come nel caso di Hina Saleem, italo-pakistana uccisa dai parenti e poi sepolta nel giardino dei genitori in reazione al suo atteggiamento ‘troppo occidentalizzato’, e di Fadime Sahindal, giovane curdo-svedese che divenne famosa per aver reso pubbliche le minacce subite in ragione della sua relazione con un ragazzo svedese, poi uccisa dal padre nel 2002. Questi esempi ben dimostrano le difficoltà di integrazione di intere comunità e le scelte che le donne devono affrontare nella ‘gestione’ del ruolo di protettrici della cultura d’origine tradizionalmente attribuito loro soprattutto in contesti migratori<sup>56</sup>. In vero, occorre ricordare che oggi se la nozione di ‘delitto d’onore’ si applica solo ai reati ‘di matrice religiosa’ commessi in nome dell’onore, la cultura giuridica europea non è estranea a questo tipo di omicidi né alla previsione di specifiche attenuanti per essi. In alcuni paesi, come la Gran Bretagna, la perdita di controllo dinanzi ad un adulterio è ancora considerata un’attenuante all’omicidio del coniuge, similmente a quanto accadeva in Italia sino alla riforma del Codice penale negli anni ‘80. Sin da allora, l’ordinamento italiano ha invece subito interessanti evoluzioni, come l’approvazione della legge sul femminicidio<sup>57</sup> che ambisce a tutelare le donne dalla violenza di genere e non contiene alcuna distinzione relativa all’autore del crimine. Non vi sono pertanto circostanze attenuanti e la salvaguardia dell’onore, che sia di un partner indigeno o straniero, non trova spazio dinanzi alla punizione del crimine.

---

<sup>55</sup> Occorre ricordare come la letteratura in materia abbia più volte ricordato come la violenza fondata sull’onore sia un portato delle norme patriarcali tutelata dall’interpretazione prevalente del diritto islamico piuttosto che della religione islamica *toutcourt*. Sul punto si vedano JULIAN PITT-RIVERS, *Honour and Social Status*, in JEAN G. PERISTIANY (a cura di), *Honour and Shame: the values of the mediterranean society*, University of Chicago Press, Chicago, 1974, pp. 19-77; SHAHRZAD MOJAB, *The particularity of ‘honour’ and the universality of ‘killing’: from early warning signs to feminist pedagogy*, in SHAHRZAD MOJAB, NAHLA ABDO (a cura di), *Violence in the name of honour: theoretical and political changes*, Istanbul Bilgi University Press, Istanbul, 2004, pp. 15-37.

<sup>56</sup> VEENA MEETO, HEIDI S. MIRZA, *There is nothing honorable about honor killings’: gender, violence and the limits of multiculturalism*, in *Women’s Studies International Forum*, 30, 2007, pp. 187-200, spec. p. 191.

<sup>57</sup> D.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv., con mod., dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119.

Il delitto d'onore non è tuttavia l'unico crimine fondato sulla preservazione dell'onore che le donne appartenenti alle comunità musulmane subiscono, potendosi menzionare anche le violenze domestiche. Giustificate da una erronea interpretazione di un verso coranico che incoraggerebbe i mariti ad educare in tal modo le mogli riottose<sup>58</sup>, esse rappresentano il reato più difficile da dimostrare e per cui ottenere giustizia, soprattutto in quei contesti dove si sono affermate forme di *alternative dispute resolution* che utilizzano norme confessionali nella mediazione dei conflitti soprattutto in ambito matrimoniale<sup>59</sup>. Questi strumenti, pur ammissibili, comportano il rischio di compromettere la tutela dei diritti delle donne in nome della tutela delle peculiarità culturali delle singole comunità<sup>60</sup>. Un rischio, del resto, non estraneo anche alla giustizia ordinaria, come dimostra la decisione del tribunale di famiglia di Francoforte che nel 2007 ha ritenuto che le percosse e le minacce di morte subite da una moglie tedesca di un immigrato di origini marocchine non dovessero considerarsi una ragione valida per ottenere l'abbreviazione dei tempi di divorzio giacché, al momento di contrarre matrimonio con un musulmano, la donna sarebbe stata consapevole del rischio che le violenze domestiche fossero considerate una parte del ménage familiare<sup>61</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, non si tratta di un reato che si riscontra con riferimento alle sole comunità musulmane, visto che alle violenze domestiche sono esposte donne appartenenti a tutte le comunità e i livelli socio-economici, come dimostrato ancora una volta dalla summenzionata legge italiana e dalla attenzione che la Convenzione di Istanbul pone a riguardo.

Nella categoria delle violenze fondate sull'onore si inscrivono anche reati derivanti da tradizioni tribali più che da precetti religiosi islamici, ma che nell'obbedienza e nel pudore previsti da questi ultimi hanno trovato un solido appiglio prescrittivo. In questa categoria rientrano i matrimoni forzati che, reminiscenza di società tribali, sanciscono legami famigliari e sono stipulati senza il consenso dei nubendi, o quantomeno della pronuba, che spesso diviene sposa benché ancora bambina, aggravando la lesione della libertà personale con il terribile crimine di stupro di minore. Un crimine che ha trovato una di-

---

<sup>58</sup> Si veda Sura *an-Nisa*, 34.

<sup>59</sup> LORD CHIEF JUSTICE (of England and Wales), LORD PHILLIPS, *Equality before the law*, East London Muslim Centre, 3 luglio 2008, ([www.judiciary.gov.uk](http://www.judiciary.gov.uk)).

<sup>60</sup> Vale la pena ricordare che il problema non si pone solo con riferimento alla legge islamica, ma anche l'applicazione del diritto ebraico ha comportato alcuni problemi per la tutela dei diritti delle donne. Sul punto si veda, ad esempio, il dibattito che ha interessato l'ordinamento canadese nel caso *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, 14 dicembre 2007.

<sup>61</sup> Per una critica su questa decisione e sulle sue possibili conseguenze, si veda MATTHIAS VON BARTSCH ET AL., *Haben wir schon die Scharia?*, in *Der Spiegel*, 13, 2007, pp. 22-35.

sciplina specifica nel contesto britannico, dove si è scelto di demarcare limiti insormontabili alla tolleranza culturale approvando l'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, che criminalizza i matrimoni forzati continuando nel percorso tracciato dal *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007* che già aveva garantito forme di protezione alle vittime di matrimoni forzati. Il contenuto di queste leggi tuttavia è stato contestato per l'approccio *bottom-up* che avrebbe evidenziato una volontà di stigmatizzare la sola comunità musulmana per le criticità legate all'uguaglianza di genere<sup>62</sup>.

Fondate sulla volontà di preservare l'onore femminile sono anche le mutilazioni genitali femminili (FMG), solo erroneamente ricollegate alle comunità islamiche<sup>63</sup>. Si tratta infatti del più marcato segno degli effetti negativi dell'intersezionalità sulle donne, giacché riti tribali preesistenti all'Islam hanno trovato una forma di consacrazione nella interpretazione patriarcale di questa religione che le classi dominanti hanno consolidato nei secoli. Nonostante sia stato ben evidenziato come le FMG siano un problema particolarmente rilevante in numerosi paesi europei e come l'approvazione di leggi severe rappresenti un importante deterrente<sup>64</sup>, l'adozione di misure statali si è dimostrata particolarmente controversa anche a fronte di un crescente impegno internazionale al riguardo. Nel 2012, infatti, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite è riuscita ad approvare, all'unanimità, una risoluzione volta a condannare la pratica delle FMG e ad incoraggiare gli Stati verso l'approvazione di misure *ad hoc*<sup>65</sup>. A livello regionale, l'Europa si è mostrata leggermente più avanzata. Nel 2001, il Consiglio d'Europa ha approvato una prima risoluzione<sup>66</sup>, cui ha fatto seguito un nuovo intervento nel 2009<sup>67</sup> in cui si incoraggiavano le Alti Parti all'adozione di misure specifiche; nel 2014, infine, è entrata in vigore la Convenzione di Istanbul, il cui articolo 38 concerne specificamente le FGM ed impone agli Stati firmatari l'obbligo di adottare le misure necessarie al fine di introdurre sanzioni penali per la pratica di escis-

---

<sup>62</sup> Sul punto si veda GÖKÇE YURDAKUL, ANNA C. KORTEWEG, *Gender equality and immigrant integration: honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany and Britain*, in *Women's Studies International Forum*, 41, 2013, pp. 204-214, spec. p. 212.

<sup>63</sup> Si ricorda, infatti, che tali pratiche si rinvencono anche tra i cristiani copti e gli ebrei falasha e che non vi è alcun verso coranico (*surah*) o racconto dei detti del Profeta (*hadith*) che le ricolleggi ad una prescrizione sharaitica.

<sup>64</sup> Si veda EIGE, *Female genital mutilation in the European Union and Croatia*, European Union, 2013.

<sup>65</sup> Risoluzione A/RES/67/146, 20 dicembre 2012.

<sup>66</sup> Risoluzione 1247 (2001) sulle FMG, 22 maggio 2001.

<sup>67</sup> Risoluzione n. 1662 (2009) sulle Azioni per combattere le violazioni dei diritti umani fondate sul genere, incluso il rapimento di donne e fanciulle, 28 aprile 2009.

sioni, infibulazioni o altre mutilazioni genitali femminili o per la coartazione della volontà di una donna al fine di sottoporla a tali pratiche. Parallelo è stato il percorso unionale. Nel 2001, infatti, una risoluzione del Parlamento europeo<sup>68</sup> condannava le FMG come una violazione dei diritti fondamentali ed evidenziava le lacune informative relative a questo crimine invitando pertanto gli Stati membri all'elaborazione di una strategia comune e all'adozione di misure specifiche per contrastare il fenomeno; una particolare attenzione veniva posta con riferimento al trattamento delle migranti, legando il diritto d'asilo al rischio di subire FMG nel paese d'origine. Un nuovo richiamo ai rischi derivanti da questa pratica e alla necessità di adottare leggi nazionali per la sua persecuzione si è avuto nel 2008<sup>69</sup> e nuovamente nel 2009<sup>70</sup>. Nel 2012, infine, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione che ha ulteriormente sottolineato l'attenzione dell'Assemblea per questo tema e ha posto l'accento sull'impossibilità di concepire esimenti culturali per le FMG<sup>71</sup>. In conseguenza di questo impegno del PE, nel giugno 2012 il Consiglio europeo per gli affari esteri ha introdotto le FMG nello *EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy*, nella sezione *Protection of the rights of women, and protection against gender-based violence*, che invitava gli Stati membri ad adottare misure di prevenzione e punizione entro il 2014. Anche il Consiglio europeo ha inoltre confermato che *'neither custom, tradition, culture, privacy, religion nor so-called honour can be invoked to justify [violence against women] or to avoid the obligations of the Member States with respect to its prevention and elimination and the prosecution of perpetrators'*<sup>72</sup>. Il 2014 è stato considerato un anno limite per l'approvazione di misure statali anche nello *Stockholm Programme. An open and secure Europe serving and protecting citizens*<sup>73</sup> del 2009, cui la Commissione europea ha dato attuazione nel 2010 attraverso un *Action Plan*<sup>74</sup>, che, insieme a due Comunicazioni approvate nello stesso anno<sup>75</sup>, conferma l'impegno delle isti-

---

<sup>68</sup> Risoluzione contro le mutilazioni genitali femminili, 20 settembre 2001.

<sup>69</sup> Risoluzione verso una Strategia europea sui diritti del fanciullo, 16 gennaio 2008.

<sup>70</sup> Risoluzione contro le mutilazioni sessuali femminili nell'Unione europea, 16 febbraio 2009.

<sup>71</sup> La Risoluzione su *'Ending female genital mutilation'*, 14 giugno 2012 sancisce con chiarezza che *'any form of female genital mutilation is a harmful traditional practice that cannot be considered part of a religion, but is an act of violence against women and girls which constitutes a violation of their fundamental rights'*.

<sup>72</sup> Conclusioni del Consiglio, *Combating Violence Against Women and the Provision of Support Services for Victims of Domestic Violence*, 6 dicembre 2012.

<sup>73</sup> PRESIDENZA Svedese, Programma di Stoccolma (2010/C 115/01), dicembre 2009.

<sup>74</sup> ACTION PLAN IMPLEMENTING THE STOCKHOLM PROGRAMME COM(2010) 171.

<sup>75</sup> Comunicazione *'A Strengthened Commitment to Equality between Women and Men – A Wo-*

tuzioni unionali nel contrasto di questo fenomeno, ribadito ancora una volta nel febbraio 2011 dalla vice-Presidente della Commissione europea, Viviane Reding<sup>76</sup>, e dalla Direttiva sui diritti delle vittime adottata dal Consiglio dei Ministri il 25 ottobre 2012<sup>77</sup>.

Nonostante questa attenzione delle istituzioni sovrastatali e i limiti temporali da esse proposti, sono pochi gli Stati europei che hanno approvato leggi specifiche, essendo prevalente la scelta di applicare al caso delle mutilazioni genitali le già esistenti norme penali sul divieto di tortura e di mutilazione. In particolare, è stata la Svezia il primo Stato ad introdurre una legge sul punto nel 1982, seguita poi dal Regno Unito nel 1985. Entrambe le leggi sono poi state riformate, rispettivamente nel 1998-99 e nel 2003, al fine di sostituire la nozione di ‘circoncisione’ precedentemente utilizzata con quella di ‘mutilazione’, più in linea con le scelte semantiche adottate a livello internazionale, e di introdurre il principio di extraterritorialità che consente di perseguire questa pratica anche in quei paesi dove essa non è illegale. Si tratta di un approccio che ha fatto scuola fra i 28 Stati che compongono l’Unione: la legge introdotta in Olanda nel 2006 ha chiarito che le FMG sono punibili anche se commesse nel territorio di un paese che non le considera illegali e la più recente legge adottata in Irlanda nel 2012 ha specificato che il trasferimento all’estero di una ragazza allo scopo di sottoporla ad una FMG, la c.d. *abduction*, rappresenta un crimine; una disciplina simile è stata introdotta anche in Austria (2002), Belgio (2001), Cipro (2003), Danimarca (2003), Italia (2006), Norvegia (1996), Portogallo (2007), Spagna (2003), e Croazia (2013).

In Europa, a fronte di una generale adesione alle norme internazionali che stigmatizzano le violenze di genere fondate sull’onore e che invitano gli Stati ad intervenire, si evidenzia pertanto una singolare assenza di leggi statali, come se particolarmente temuto fosse il rischio di essere accusati di razzismo a seguito dell’approvazione di norme miranti a tutelare le donne di specifiche comunità, preferendosi rinviare alle norme di portata generale, sperando in una loro puntuale applicazione, e all’approvazione di programmi ‘culturali’ di fatto implicanti dei tentativi di assimilazione, nella convinzione che una occidentalizzazione delle comunità possa ridurre anche i rischi di violenza per le donne. E, infatti, sull’integrazione – intesa come assimilazione – si sono

---

*men’s Charter* (COM/2010/0078) e Comunicazione ‘*Strategy for equality between women and men 2010–2015* (COM(2010) 491)’.

<sup>76</sup> Si veda *Joint Statement with the High Representative Catherine Ashton on the International Day against Female Genital Mutilation* (MEMO/11/73).

<sup>77</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

spesso soffermati i dibattiti politici. Dopo l'assassinio di Hatun Aynur Surucu da parte del fratello nel 2005, ad esempio, il Ministro dell'Interno tedesco, il socialdemocratico Erhart Korting, aveva evidenziato come la famiglia della vittima fosse integrata solo apparentemente e che non tutti i membri della famiglia avessero abbracciato i valori morali della Repubblica Federale tedesca. Una posizione cui aveva fatto eco, con posizioni più o meno estremiste, l'intero arco parlamentare, lasciando emergere anche l'insofferenza verso le aree-ghetto in cui le comunità di immigrati, soprattutto quelle turche, avevano di fatto instaurato un proprio regime normativo differente, e spesso contrario, a quello ufficiale.

In qualche modo, dunque, la reazione alle violenze fondate sull'onore sembra rafforzare la dicotomia incentrata sull'alterità dell'immigrato al punto che la sola strategia differente dall'espulsione è quella dell'assimilazione.

## *5. Osservazioni conclusive*

La breve analisi sin qui condotta ha consentito di evidenziare come, con riferimento al ruolo da attribuire all'Islam in Europa, sia prevalso un approccio normativo di stampo francese, nonostante la *laïcité* sia una peculiarità nazionale con riferimento al trattamento delle altre religioni. Nell'assenza di una versione unica, europea, di secolarismo, sembra dunque di potersi individuare un approccio comune, e purtroppo tendente ad evidenziare l'alterità dell'Islam<sup>78</sup>, con riferimento a questa religione e una scelta condivisa di intendere il multiculturalismo come essenzialmente mirato a risolvere i problemi *tra le* comunità e non *nelle* comunità. Così, anche qualora l'accomodamento ragionevole di matrice britannica sia stato preferito all'assimilazionismo più spinto di matrice francese, il velo, che rende visibili le differenze religiose, è stato rigidamente disciplinato, mentre minore attenzione si è posta per quei comportamenti che, benché decisamente più gravi della scelta di velarsi, rimangono meglio 'nascosti' nella sfera privata, come le violenze fondate sull'onore. L'interesse prevalente, infatti, riguarda la salvaguardia del paradigma westfaliano che aveva individuato nell'unità religiosa della comunità lo strumento, accanto all'omogeneità linguistica, per consolidare l'identità della nazione<sup>79</sup>, e non l'interesse per i diritti delle donne, che ricopre un ruolo del tutto marginale. A dimostrazione di ciò si può citare il fatto che tutti i richiami femministi

---

<sup>78</sup> Cfr. OLIVIER ROY, *Secularism confronts Islam*, Columbia University Press, New York, 2007.

<sup>79</sup> ARMANDO SALVATORE, *Secularity and public religion in Europe: historical roots, theoretical debates and the case of public Islam*, in *Hagar*, 6, 2005, pp. 7-24.

emersi in occasione dell'approvazione delle norme sul bando del velo islamico nei vari ordinamenti europei si soffermavano sull'effetto di questo indumento nella sfera pubblica anche quando si utilizzava l'argomento del divieto come strumento per l'emancipazione femminile, ma ben pochi stigmatizzavano l'utilizzo del velo in contesti privati<sup>80</sup>. In una sorta di rinnovato *millet*, dunque: l'utilizzo del velo nell'ambito della comunità minoritaria di riferimento non è sembrato rilevante; l'omogeneità culturale è stata considerata un elemento essenziale della sfera pubblica, al punto da consentire l'espressione dell'appartenenza religiosa entro i limiti previsti dallo Stato e alle condizioni ben ricordate nell'art. 9 CEDU; la tutela di diritti individuali, come il diritto alla vita e l'uguaglianza, che rappresentano i veri pilastri del patrimonio costituzionale europeo, è stata posta in secondo piano dall'evidente lacuna normativa relativa alla previsione di crimini, o almeno di aggravanti, specifici per le violenze fondate sull'onore.

Si conferma pertanto il dubbio di Susan Okin circa la bontà del multiculturalismo per le donne, che finiva per trovare risposta nella controversa idea per cui le donne appartenenti a minoranze culturali patriarcali che si confrontano con contesti maggioritari meno patriarcali *'might be much better off if the culture into which they were born were either to become extinct (so that its members would become integrate into the less sexist surrounding culture) or, preferable, were encouraged to alter itself so as to reinforce the equality of women'*<sup>81</sup>. Non potendo esprimersi alcuna certezza circa la maggiore capacità della c.d. cultura occidentale di tutelare i diritti delle donne né circa i benefici che deriverebbero alle donne se le culture minoritarie presenti in Europa si annullassero in quella maggioritaria, si ritiene preferibile optare per una estinzione del patriarcato da tutte le culture e incoraggiare, con la semplice constatazione che il principio di uguaglianza di genere è fondante per la pace e la giustizia sociale, tutti gli ordinamenti a rinforzare le garanzie predisposte al riguardo. Come la dottrina ha frequentemente evidenziato<sup>82</sup>, infatti, la considerazione che alcune culture siano più capaci di altre di tutelare le donne rischia a sua volta di incoraggiare l'alterizzazione delle donne musulmane e di limitare la capacità delle c.d. donne occidentali di vedere i limiti ancora

---

<sup>80</sup> JANE FREEDMAN, *Women, Islam and Rights in Europe: beyond a universalist/culturalist dichotomy*, in *Review of International Studies*, 33, 2007, pp. 29-44, spec. 32.

<sup>81</sup> Così SUSAN MOLLER OKIN, *Is multiculturalism bad for women?*, in JOSHUA COHEN, MATTHEW HOWARD, MARTHA C. NUSSBAUM (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999, pp. 22-23.

<sup>82</sup> Ad esempio, ANNE MCCLINTOCK, *Imperial Leather. Race, Gender and Sexuality in the Colonial Context*, Routledge, London, 1995.

esistenti alla propria uguaglianza di genere<sup>83</sup>. Si rischia inoltre di perdere una occasione di dialogo con quelle giovani musulmane che rifiutano di essere vittime sia della cultura di provenienza che di quella di arrivo e chiedono di esprimere la propria opinione nella sfera pubblica senza rinunciare a simboli che caratterizzano la propria appartenenza religiosa.

Al tempo del populismo identitario, inoltre, quel modello di secolarismo che è stato capace di trasformare i conflitti violenti in conflitti giuridici e che, pur non essendo perfetta, è la migliore forma per dialogare con il fenomeno religioso che abbiamo trovato<sup>84</sup>, rischia di rappresentare un appiglio per l'approvazione di norme dal preciso intento discriminatorio.

Una strategia, certamente di lungo periodo, per mediare tra un multiculturalismo che consente la creazione di ghetti in cui le più becere norme patriarcali sono applicate, e il consolidamento di un assetto dicotomico per cui il diverso è necessariamente nemico, potrebbe dunque risiedere nell'accettazione della dimensione globale del mondo, di cui i flussi migratori sono un aspetto ineluttabile, integrato con una ferma determinazione a proteggere valori, come il diritto alla vita, alla dignità personale e all'uguaglianza, che sono universali non in forza di un imperialismo culturale poco giustificabile ma perché connaturati all'essere umano e protetti da qualsiasi religione, credo o filosofia<sup>85</sup>. Al fine di garantire il rispetto di questi ultimi a prescindere dal genere dell'individuo in questione si potrebbero inoltre avviare percorsi concordati con le autorità religiose per la diffusione di quella interpretazione dei precetti religiosi in linea con questi principi, che rappresentano una linea rossa insormontabile. In breve, la scelta dei firmatari della Convenzione di Istanbul che, cominciando ad assicurare una garanzia limitata in ambito regionale e tematico, hanno escluso qualsiasi tipo di esimente religiosa o culturale per la violazione dei diritti fondamentali delle donne, sembra perseguire un approccio che dovrebbe essere utilizzato a livello globale nella gestione dei rapporti fra comunità e individui.

---

<sup>83</sup> Si veda CHRISTINA SCHARFF, *Disarticulating feminism: individualization, neoliberalism and the othering of 'Muslim women'*, in *European Journal of Women's Studies*, 18, 2011, pp. 119-134,

<sup>84</sup> FRANCESCO ALICINO, *Constitutionalism as a peaceful 'site' of religious struggles*, cit., p. 34.

<sup>85</sup> Sull'appartenenza di questi principi anche alla tradizione islamica, si veda MELANIE D. REED, *Western Democracy and Islamic Tradition: the application of sharia in a modern world*, in *American University International Law Review*, 2004, pp. 485-521.

RIASSUNTO

La tutela dei diritti delle c.d. Euro-Musulmane rappresenta un importante banco di prova per l'identità giuridica europea, che sulla tutela dei diritti fondamentali si fonda. Da un lato, infatti, la libertà religiosa è stata coartata dalle norme per l'utilizzo dei simboli religiosi identitari; dall'altro, non si è saputo compiutamente assicurare la garanzia dell'uguaglianza di genere e della dignità personale a fronte di quei reati fondati sull'onore che sembrano caratterizzare le comunità islamiche.

Il presente contributo analizza in chiave comparata questi due profili, nella convinzione che sia necessario trovare una strada affinché le Euro-musulmane possano invocare il rispetto dei propri diritti senza dover rinunciare alla propria appartenenza religiosa, ma anche senza che essa implichi il rigetto della tradizione democratica europea.

PAROLE CHIAVE

*Diritti di genere; appartenenza religiosa; donne musulmane d'Europa-identità giuridica europea*

ABSTRACT

The protection of the rights of the so-called Euro-Muslim women is a touchstone for the European legal identity, which on fundamental rights' protection is grounded. On the one side, indeed, the freedom of religion has been limited according to the rules on the use of religious symbols. On the other side, protecting gender equality and individual dignity against the honor crimes that seems to characterize Muslim communities proved hard.

This essay analyzes these topics in a comparative perspective, behaving necessary to find a way for protecting Euro-Muslim women rights, both respecting their religious belonging and the European democratic tradition.

KEY WORDS

*Gender rights; religious affiliation; Muslim women in Europe; European legal identity*

# *Residenze vescovili nei monasteri: una lunga storia nell'ortodossia romana*

IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA

*SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il monaco-vescovo: la protostoria di una prassi diventata norma – 3. Residenza vescovile presso i monasteri nella tradizione ortodossa romana – 4. La Diocesi ortodossa romana d'Italia tra tradizione, continuità e proibizioni: un caso contemporaneo di residenza vescovile e monastero – 5. Conclusioni.*

## *1. Introduzione*

Lo stato monastico del vescovo ortodosso bizantino è una tradizione che risale al quarto secolo, quando la preferenza accordata a celibi e monaci si impose come una norma e i voti monastici divennero un requisito fondamentale per i candidati all'ordinazione vescovile.

Sin da subito, tuttavia, si pose la questione della partecipazione alla vita monastica da parte di un vescovo impegnato nella vita pastorale. Il rito ortodosso è esplicito riguardo al fatto che la tonsura non può essere imposta, né avere uno scopo estraneo alla vita monastica<sup>1</sup>. Le domande riguardanti il desiderio e la sincerità della scelta monastica del candidato, non costretto da necessità o da obbligo esterno<sup>2</sup>, presenti già nelle comunità cenobitiche egi-

---

<sup>1</sup> La prima descrizione della tonsura monastica si trova nella *Gerarchia ecclesiastica* (II), attribuita a Dionigi (Pseudo)Areopagita: la presentazione davanti all'altare del candidato, la preghiera, l'interrogazione e la promessa pubblica alla vita monastica, la tonsura dei capelli, la vestizione dell'abito, l'abbraccio fraterno. *Dionigi Areopagita: tutte le opere*, a cura di PIERO SCAZZOSO ed ENZO BELLINI, Bompiani, Milano, 2009, pp. 287-289.

<sup>2</sup> La verifica e la dichiarazione del candidato avevano come scopo di impedire che i monasteri si trasformassero in luoghi di rifugio per le persone perseguite dalle leggi civili (i debitori pubblici, gli schiavi, i criminali). Sotto l'influsso della legislazione civile e canonica, oltre i voti di castità e di rinuncia al mondo, furono aggiunte la promessa di vivere nel monastero fino alla fine della vita e quella di essere obbediente in tutto al superiore. Un contributo importante ebbe in questo senso il canone 4 del concilio di Calcedonia (451): «Quelli che con spirito vero e sincero intraprendono la vita monastica devono essere stimati convenientemente [...]. I monaci, inoltre, di ciascuna città e regione devono essere sottoposti al vescovo, devono aver caro il raccoglimento e attendere solo al digiuno e

ziane del quarto secolo e mantenute nel rito bizantino dei secoli seguenti<sup>3</sup>, sono palesi anche nel rituale contemporaneo. Interrogato sul perché del suo desiderio verso la vita monastica – «Perché sei venuto, o fratello, prosternandoti al santo altare, e questa santa compagna?» –, il candidato risponde con le seguenti parole: «Perché desidero la vita ascetica, reverendo padre»; e il dialogo continua: (Padre<sup>4</sup>) «Vieni al Signore di tua libera intenzione e di tua libera volontà? (Candidato) Sì, con l'aiuto di Dio, reverendo padre. (P.) Non per qualche bisogno? o forzatura? (C.) No, reverendo padre. (P.) Rinunci al mondo e a ciò che è nel mondo secondo i comandamenti del Signore? (C.) Sì, reverendo padre. (P.) Rimarrai in questo monastero, o in quello che ti sarà ordinato dalla santa obbedienza, e nella vita ascetica, fino al tuo ultimo respiro? (C.) Sì, con l'aiuto di Dio, reverendo padre»<sup>5</sup>.

Ridotto a un semplice requisito all'ordinazione vescovile, lo stato monastico sembra trovarsi in una reale incompatibilità con il rango vescovile, poiché il candidato monaco all'episcopato, una volta ordinato, non è più in grado di continuare a rispettare pienamente le promesse fatte durante la sua tonsura monastica (ad esempio: la vita ascetica, la rinuncia al mondo e la vita nel monastero). Inoltre, del tutto particolare è la situazione del candidato non-monaco (sacerdote, celibe o vedovo) il quale è tenuto formalmente a ricevere i voti monastici prima dell'ordinazione episcopale: in questo caso è palese che egli diventa monaco non per il desiderio o l'intento di vivere una vita ascetica (come ha promesso durante la tonsura), ma semplicemente per poter essere ammesso al vescovato, rovesciando il significato e l'ordine dell'equazione monaco e (poi) vescovo rispetto a quella di vescovo che fortuitamente è diventato anche monaco.

L'apparente incompatibilità tra lo stato monastico e la dignità vescovile fu

---

alla preghiera, osservando la stabilità nei luoghi dove hanno fatto la loro professione. Non si occupino di affari ecclesiastici o secolari, né si impiccino di ciò, lasciando i propri monasteri, a meno che talvolta non sia loro comandato dal vescovo della città per una necessità [...]». DIMITRIOS SALACHAS, *Il Diritto Canonico delle Chiese orientali nel primo millennio: Confronti con il diritto canonico attuale delle Chiese orientali: CCEO, Dehoniane*, Roma – Bologna, 1997, p. 169.

<sup>3</sup> Si veda MIGUEL ARRANZ, *L'Euclologio costantinopolitano agli inizi del secolo XI: Hagiasmatarion & Archieratikon (Rituale & Pontificale) con l'aggiunta del Leiturgikon (Messale)*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1996.

<sup>4</sup> Nella tradizione ortodossa, il celebrante della tonsura monastica è il vescovo oppure un ieromnaco (monaco ordinato sacerdote). Cfr. NALBRO F. ROBINSON, *Monasticism in the Orthodox Churches*, Cope and Fenwick – Young Churchman Company, London – Milwaukee, 1916, p. 36.

<sup>5</sup> *Rituale monastico, traduzione italiana dallo slavonico (edizione sinodale del 1906) dell'igumeno Andrea (Wade)*, a cura dell'egumeno Ambrogio, Torino, 2011; il testo integrale è consultabile all'indirizzo <http://www.ortodossiatorino.net/PDF/201306241754150.Tonsure.pdf?id=1344> (ultimo accesso 04/09/2019).

riconciliata attraverso due modi di attuare e vivere il monachesimo da parte del monaco-vescovo: stabilire la residenza vescovile presso un monastero e seguendo il regime monastico<sup>6</sup>, oppure nell'assunzione da parte della sede diocesana dello stato di luogo monastico, in cui i monaci (e le monache) erano e sono membri attivi della realtà ecclesiastica attorno al vescovo<sup>7</sup>. Il binomio monaco-vescovo (o vescovo-monaco) è così inteso non nel senso della subordinazione dello stato monastico al grado vescovile, ma nel senso di un modo differente di attuare e vivere le promesse del monachesimo fatte durante la tonsura, nelle nuove condizioni richieste dalla dignità vescovile<sup>8</sup>.

Entro questo quadro storico e canonico sarà analizzata la prassi contemporanea dei vescovi ortodossi di essere circondati dai monaci e di avere nella prossimità della sede vescovile un monastero. Nella contemporaneità, tale pratica ha portato anche all'apparizione di una tipologia di convivenza monastica mista (monaci e monache) presso le sedi vescovili, nonostante l'esistenza di una norma canonica che vieta sia i monasteri misti che quelli doppi (canone 18 e canone 20 del settimo concilio ecumenico di Nicea – 787): il vescovo condivide il cortile e lo stesso edificio diocesano con i monaci e le monache che lavorano insieme presso la sede episcopale, usando in comune la stessa chiesa, in certi casi anche la stessa cucina e seguendo la stessa regola. Questo tipo di convivenza oltrepassa *de facto* il concetto di “monastero doppio”, essendo più vicino alla convivenza mista.

Questo articolo ha come obiettivo la ricostruzione della storia della figura del “monaco-vescovo” nella tradizione cristiana ortodossa, della prassi della coabitazione dei vescovi presso i monasteri ortodossi romeni, in patria e nella diaspora, per comprendere come sia vissuta e giustificata la compresenza dei due ruoli – monaco e vescovo – nella stessa persona e, appunto, nello stesso luogo.

Per raggiungere tale obiettivo, la ricerca si basa su una metodologia storico-critica condotta su fonti letterarie, canoniche, archeologiche e documentarie e su un'indagine etnografica per lo studio dei casi contemporanei. Osservatorio privilegiato sarà il caso della sede episcopale della Diocesi ortodossa romena

---

<sup>6</sup> CLAUDIA RAPP, *Holy Bishops in Late Antiquity: The Nature of Christian Leadership in an Age of Transition*, Berkeley, University of California Press, Los Angeles – London, 2005, p. 208.

<sup>7</sup> Nella tradizione ortodossa, accanto o presso la sede diocesana si trova la cattedrale che, secondo le norme ecclesiastiche ortodosse (ad esempio, Statuto della Chiesa ortodossa romena, art. 73.3), ha il regime canonico di un monastero: essa è la chiesa – il luogo di interazione del vescovo con il suo popolo – e il monastero del vescovo. *Statutul pentru organizarea și funcționarea Bisericii Ortodoxe Române*, [http://patriarhia.ro/images/documente/statutul\\_bor.pdf](http://patriarhia.ro/images/documente/statutul_bor.pdf) (ultimo accesso 04/09/2019).

<sup>8</sup> METROPOLITAN OF NAFFAKTOS HIEROTHEOS, *Orthodox Monasticism as a Way of Life of Profets, Apostles and Martyrs*, Birth of Theotokos Monastery, Levadia, 2011, pp. 45-49.

d'Italia, fondata nel 2008 e caratterizzata dalla presenza di un monastero femminile con cui la sede diocesana condivide gli stessi spazi<sup>9</sup>.

Nel primo paragrafo si spiegherà il consolidarsi della prassi dei monaci-vescovi, con alcuni esempi del quarto secolo dall'Egitto, Siria, Cappadocia, Palestina e Armenia, e la sua normazione nella Chiesa bizantina. Nel secondo paragrafo si mostrerà come la figura dei monaci-vescovi è sopravvissuta nella Chiesa ortodossa romena anche dall'inizio della formazione e consolidazione delle prime strutture di autorità ecclesiastica, e si offriranno esempi di monaci-vescovi che hanno la residenza presso i monasteri. Nel terzo paragrafo si presenterà la sede della diocesi ortodossa romena d'Italia, che è un caso contemporaneo di residenza vescovile in cui il vescovo è circondato da monaci e anche da monache. La novità è data dal fatto che la sede della diocesi è l'unica ad avere all'interno un monastero femminile, aggiungendo l'elemento femminile alla tradizionale convivenza tra il monaco-vescovo e monaci maschi presso le sedi vescovili.

## *2. Il monaco-vescovo: la protostoria di una prassi diventata norma*

Nei primi secoli, l'immagine del vescovo accompagnato da una famiglia sta accanto a quella del vescovo celibe come parte integrante dello stesso panorama ecclesiastico. Le parole dell'apostolo Paolo riguardo ai requisiti al vescovato, secondo le quali «il vescovo sia irreprensibile, marito di una sola moglie» (1 Timoteo 3,2), furono un argomento sufficiente per non impedire al sacerdozio ministeriale gli uomini sposati. Figure celebri di vescovi sposati di questo periodo – tra cui Gregorio, vescovo di Nazianzo e padre di Gregorio il Teologo (conosciuto anche lui come Gregorio di Nazianzo), Gregorio, vescovo di Nyssa (fratello di Basilio di Cesarea), Spiridione, vescovo di Trimitonte, Sinesio, vescovo di Tolemaide (allievo della celebre Ippazia d'Alessandria)<sup>10</sup> – confermano che il principio regnante nella selezione ed elezione dei candidati al vescovato fu quello dell'idoneità e della conformità alla dottrina cristiana, senza considerare che il matrimonio o lo stato familiare del candidato fosse un impedimento all'ordinazione. Tuttavia, diverse furono le

---

<sup>9</sup> Come abbiamo già mostrato in recenti pubblicazioni, questo articolo presenta un'analisi critica storico-sociologica in chiave comparata. Si veda IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA, *Sede episcopale e monastero: un caso inedito di coabitazione istituzionale e amministrativa nel monachesimo ortodosso contemporaneo*, in *Annali di studi religiosi*, 19, 2018, pp. 115-139.

<sup>10</sup> Cfr. PANAGIOTES I. BOUMES, *Married Bishops (Agreement Between Sacred Scripture and Holy Canons)*, in *The Greek Orthodox Theological Review*, 29, 1984, p. 81, nota 1.

ragioni (pastorali, nonché relative alla trasmissione patrimoniale) che a partire dal IV secolo determinarono la preferenza della scelta dei monaci al vescovato – particolarmente per quelli distinti per la loro condotta di vita –, soprattutto in Egitto, ma anche in Ponto, Palestina e Siria<sup>11</sup>.

La sovrapposizione del ruolo di monaco e quello di vescovo è stata definita nella figura del “monaco–vescovo”<sup>12</sup>, che nell’epoca tardo-antica assunse caratteri originali e si inserì perfettamente all’interno del modello dell’episcopato monarchico che si era radicato da alcuni secoli in territorio copto. In Egitto, l’autorità dei vescovi sopra e accanto ai monaci giocò un ruolo fondamentale con il passare dei secoli e in particolare dopo il concilio di Calcedonia (451), poiché l’accresciuto numero di presbiteri e diaconi tra i monaci rendeva il movimento monastico più indipendente rispetto all’autorità episcopale, a partire dall’amministrazione dei sacramenti; non soltanto i vescovi egiziani attuarono una strategia di controllo sul monachesimo, ai fini di sfruttarne la presa sui fedeli ed il peso nella sfera politica e sociale, ma che anche i monaci compresero l’importanza di un appoggio ufficiale per la sopravvivenza stessa del movimento. Un sodalizio strategico da entrambi i lati. Segnale di una vicinanza tra i monaci e i vescovi è l’adesione dei monaci alle scelte della Chiesa a capo della quale vi era un vescovo, che seguivano con fedeltà anche nelle scelte dottrinali<sup>13</sup>. L’attuazione di una “strategia d’inclusione”<sup>14</sup> riuscì nella gran parte delle scelte messe in atto, nonostante qualche ostacolo. È noto il rapporto privilegiato che si costruì tra Antonio e il vescovo Atanasio di Alessandria<sup>15</sup>; e le biografie di Pacomio contengono numerosi riferimenti al ruolo di supervisione da parte dei vescovi e di collaborazione tra i vescovi e i monaci.

Una testimonianza importante dell’uso di ordinare i monaci come vescovi

---

<sup>11</sup> Cfr. LEWIS J. PATSAVOS, *A Noble Task: Entry into the Clergy in the First Five Centuries*, trad. N. Russel, Holy Cross Orthodox Press, Brooklin, 2007, pp. 111, 251-255.

<sup>12</sup> Valgano come rimando bibliografico l’articolo di PHILIP ROUSSEAU, *The Spiritual Authority of the Monk-Bishop: Eastern Elements in Some Western Hagiography of the Fourth and Fifth Centuries*, in *Journal of Theological Studies*, 23, 1971, pp. 380-419, che conia l’espressione *monk-bishop* e gli scritti di ANDREA STERK, *Renouncing the World, Yet Leading the Church. The Monk-Bishop in Late Antiquity*, Harvard University Press, Cambridge, 2004 e CLAUDIA RAPP, *Holy Bishops in Late Antiquity*, cit.

<sup>13</sup> Cfr. HUGH G. EVELYN WHITE, *The Monasteries of the Wadi ‘n’ Natrun*, I, reprinted by Arno Press, New York, 1973, pp. XXIV-XXIX.

<sup>14</sup> È la tesi fondamentale di DAVID BRAKKE, *Athanasius and the Politics of Ascetism*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>15</sup> Per uno studio sul tema, si vedano i seguenti studi: CHARLES KANNENGIESSER, *Antony, Athanasius and Evagrius: the Egyptian Fate of Origenism*, in *Coptic Church Review*, 16, 1995, pp. 3-8; ID., *Origen’s doctrine transmitted by Antony the Hermit and Athanasius of Alexandria*, in *Origeniana Octava. Origen and the Alexandrian Tradition/Origene e la tradizione alessandrina, Papers of the 8th International Origen Congress, Pisa 27-31 August 2001*, II, a cura di LORENZO PERRONE, PAOLO BERNARDINO E DIEGO MARCHINI, Lueven University Press – Uitgeverij Peeters, Leuven, 2003, pp. 888-899.

si trova nelle fonti attribuite ad Atanasio. Nella *Lettera festale* 40 di Atanasio del 368, vi è un riferimento al costume di ordinare i vescovi provenienti da un ambiente monastico. Sette vescovi su nove sono monaci<sup>16</sup>: la lettera segna l'integrazione di una parte del movimento monastico nel quadro ecclesiastico; non figurano monaci pacomiani, forse perché la *koinonia* riuscì a mantenere la sua specificità rispettando l'autorità del vescovo<sup>17</sup>.

Il vescovo Atanasio aveva già mostrato questo uso nella lettera indirizzata a Draconzio, che era il capo di un monastero di Nitria<sup>18</sup>. Dopo Draconzio, altri due monaci di Nitria vengono ordinati vescovi a Hermopolis Parva, che diventa il seggio episcopale di riferimento per Nitria: Isidoro il Confessore nel 368, come si evince dalla *Lettera festale* 40, e Dioscoro<sup>19</sup>. Vi è la testimonianza della successione episcopale nel seggio di Phile, fondato tra il 329 e il 339, che vede Macedonio, Marco e Isaia; gli ultimi due vivono uno stile di vita ascetico, fuori dalla città<sup>20</sup>.

Anche il monaco Ammonas accettò la consacrazione a vescovo in un seggio del Medio Egitto, Ossirinco o Heracleopolis Magna, nel 368. Ammonas, in una lettera indirizzata ai suoi discepoli (Lettera XII), esprime le sue riflessioni sulla scelta ascetica e sulla scelta della vita in mezzo agli uomini ai fini della predicazione<sup>21</sup>. All'interno del *corpus* degli apoftegmi troviamo esempi di monaci che diventano vescovi, come Mozio che, insieme al suo discepolo

---

<sup>16</sup> Cfr. ATHANASIOS, *Ep.fest.*, 40, 34, in ATANASIO DI ALESSANDRIA, *Lettere Festali – Anonimo, Indice delle Lettere Festali*, a cura di ALBERTO CAMPLANI, S. Paolo, Milano, 2003, pp. 524-525. Per la lettera a Draconzio, si veda ATHANASIOS, *Ep.Drac.*, in PG 25, coll. 524-533.

<sup>17</sup> Nonostante la sua preferenza per i monaci, Atanasio non dispregiò, né escluse dal vescovato gli uomini sposati. Si veda la Lettera 12 indirizzata a Serapione (cca 340), dove la lista dei vescovi contiene anche vescovi sposati come Sapriion, vescovo di Tentyra, che dopo la morte fu sostituito dal vescovo Andronico, suo figlio. *Historical Tracts of S. Athanasius, Archbishop of Alexandria: Translated with Notes and Indices*, vol. I, Oxford, 1843, p. 101.

<sup>18</sup> *Ep.Amm.*, 32; si veda il commento dell'editore JAMES E. GOEHRING, *Ascetics Society and the Desert: Studies in Early Egyptian Monasticism*, Trinity Press International, Harrisburg, Pa., 1999, p. 282, e le note sui capitoli 31 e 32.

<sup>19</sup> Cfr. SOCRATES, *Historia Ecclesiastica*, 6, 7, in PG 67, col. 686; PALLADIUS, *Historia ad Lausum*, 10, 1; 13 [12], 1; 117 [46], 2 in PG 34, coll. 1030, 1032, 1223. Si veda la traduzione inglese PALLADIUS, *The Lausiaca History*, trad. Robert T. Meyer, (Ancient Christian Writers 34), Paulist Press, New York – Mahwah, 1964, pp. 44, 47, 123.

<sup>20</sup> *Storia dei monaci presso Siene*, in *Miscellaneous Coptic Texts in the Dialect of Upper Egypt*, a cura di ERNEST A. WALLIS BUDGE, British Museum, London, 1915, pp. 432-495, in particolare pp. 466-467; *Vite di monaci copti*, trad. TITO ORLANDI e ANTONELLA CAMPAGNANO, Città Nuova, Roma, 1984, pp. 71-125, qui, in particolare pp. 81-101.

<sup>21</sup> AMMONAS, MACAIRE, ARSÈNE, SÉRAPION DE THMUIS, *Lettres des pères du desert*, a cura di BERNARD OUTTIER, ANDRÉ LOUF, MICHEL VAN PARYS, CLAIRE-AGNÈS ZIRNHELD, (Spiritualité orientale 42), Bégrolles en Mauges 1, Abbaye de Bellefontaine, 1985, pp. 39-41.

Isacco, diventa vescovo durante l'episcopato di Cirillo di Alessandria<sup>22</sup>. Altri vescovi sono monaci in monasteri che costituiscono un'importante presenza sul territorio egiziano spaccato tra fazioni pro e contro Calcedonia<sup>23</sup>.

Se gli esempi egiziani di monaci-vescovi del quarto secolo sono emblematici per la struttura istituzionale dell'episcopato copto, la preferenza per coloro che erano votati all'ascetismo e alla castità come candidati era presente nella prima metà del quarto secolo anche in Siria. Dal gruppo dei *bnay qyāmā* (*filii pacti*) – gli uomini che al battesimo avevano promesso di essere *ihidaya* (colui che conduce una vita solitaria, tradotto spesso con monaco)<sup>24</sup> – furono spesso scelti i vescovi, così come si desume dagli scritti di Efrem il Siro e di Aphrahat, loro stessi parte di questi gruppi ascetici. Vescovi come Abramo di Nisibi, Vologeses, Barses di Haran (Carrhae) e di Edessa, Protogenes di Haran, Vitus di Edessa provenivano dalle comunità ascetiche<sup>25</sup>. Nel suo pellegrinaggio in Mesopotamia, Egeria descrive i vescovi di Bathnae, Edessa e Haran con le seguenti parole: «veramente un uomo religioso, un monaco e un confessore»<sup>26</sup>.

Nella seconda metà del quarto secolo, figure importanti di monaci vescovi sono presenti a Costantinopoli, in Palestina, Cappadocia, Armenia e Cipro: Eustazio fu ordinato nel 357 vescovo di Sebaste in Armenia; Basilio diventò nel 370 vescovo di Cesarea in Cappadocia e suo fratello Pietro fu ordinato nel 380 vescovo di Sebaste; Epifanio, fondatore e superiore del monastero di Elefteropolis in Palestina, fu ordinato nel 376 vescovo di Salamina in Cipro; Porfirio fu ordinato nel 395 vescovo di Gaza in Palestina; Giovanni Crisostomo fu ordinato nel 397 vescovo di Costantinopoli<sup>27</sup>.

Alla fine del quarto secolo, la preferenza di monaci per l'ordinazione episcopale ricevette anche una veste normativa. Un appoggio rilevante in questo senso ebbero, in prima istanza, gli imperatori romano-bizantini: in una costituzione del 26 luglio 398, Arcadio e Onorio si espressero in favore all'ordina-

---

<sup>22</sup> *Alph.Moth.* 2. Del padre Evagrio è detto che, se fosse rimasto nella sua città d'origine, sarebbe diventato vescovo: *Alph.Evagr.* 7. Cfr. *Apophthegmata Patrum* (Alph.), in *PG* 65, coll. 174-175; 299.

<sup>23</sup> MARIA CHIARA GIORDA, *Bishops-Monks in the Monasteries: Presence and Role*, in *Journal of Juristic Papyrolog*, 39, 2009, pp. 115-149.

<sup>24</sup> Si veda PHILIPPE ESCOLAN, *Monachisme et Église. Le monachisme syrien du IV<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> siècle: une ministère charismatique*, (Théologie Historique 109), Beauchesne, Paris, 1999, pp. 28-44; e GEORGE NEDUNGATT, *Covenant life, law and ministry according to Aphrahat*, (Kanonika 26), Edizioni Orientalia Christiana – Valore Italiano, Roma, 2018, pp. 144-185.

<sup>25</sup> Cfr. ANDREA STERK, *Renouncing the World, Yet Leading the Church. The Monk-Bishop in Late Antiquity*, cit., p. 21.

<sup>26</sup> EGERIA, *Diary of a Pilgrimage*, a cura di GEORGE E. GINGRAS, (Ancient Christian Writers 38), The Newman Press, New York – Mahwah, 1970, pp. 77, 81.

<sup>27</sup> Per la vita e l'attività di questi vescovi, si veda CLAUDIA RAPP, *Holy Bishops in Late Antiquity*, cit.; e CONSTANTIN VOICU, *Patrologie*, II, Basilica, București, 2009.

zione dei monaci<sup>28</sup>, mentre Giustiniano esplicitamente dispose per la dignità vescovile l'ordinazione di celibi, vedovi e monaci (Novella 6)<sup>29</sup>, cioè uomini senza mogli e senza figli, motivando che la sposa del vescovo è ormai la Chiesa per cui fu ordinato e tramite l'ordinazione diventava padre del suo popolo<sup>30</sup>.

La stessa preferenza per vescovi celibi fu espressa anche dal concilio Trullano (691-692). I padri conciliari constatarono che in alcune parti la disposizione giustiniana non era del tutto rispettata ed esistevano regioni in cui si manteneva ancora la tradizione di vescovi sposati. Nel disciplinare questa situazione, il concilio emanò il canone 12 con cui non impedì direttamente agli sposati di essere promossi alla dignità episcopale, ma vietò ai candidati all'ordinazione vescovile di continuare a vivere con le loro spose dopo l'ordinazione, e il canone 48 che consigliava la ex-moglie del vescovo di entrare in un monastero situato lontano dalla sede episcopale, obbligando il vescovo a provvedere al sostentamento di sua ex-moglie<sup>31</sup>. I commentatori bizantini del XII secolo, Zonaras e Balsamone, sottolineavano l'importanza del consenso

---

<sup>28</sup> *Cod. Theod.* XVI, 2.32: «Si quos forte episcopi deesse sibi clericos arbitrantur, ex monachorum numero rectius ordinabunt, non obnoxios publicis privatisque rationibus cum invidia teneant, sed habeant iam probatos». *Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, I, a cura di THEODOR MOMMSEN, PAULUS M. MEYER, Weidmannos, Berlin, 1905, p. 846. Si vedano anche i seguenti scritti: PÉRICLÈS-PIERRE JOANNOU, *La legislation imperiale et la christianisation de l'empire Romain (311-476)*, in *Orientalia Christiana Analecta*, 192, 1972, p. 93; MARIA CHIARA GIORDA, *Monachesimo e istituzioni ecclesiastiche in Egitto. Alcuni casi di interazione e di integrazione*, Edizione Dehoniane, Bologna, 2010, p. 114; PANAGIOTES I. BOUMES, *Married Bishops*, cit., pp. 81-93.

<sup>29</sup> *Just. Novella* 6, 1.7: «prius autem aut monachicam vitam professus aut in clero constitutus non minus mensibus sex, uxori tamen non cohaerens, aut filios aut nepotes habens [...] autem nulli permittentes a positione legis uxorem habenti talem imponi ordinationem. Quam legem etiam nunc renovamus, ne forte, si praeter haec aliquid fiat, et ipse cadat sacerdotio et ordinationem similiter excludi procuret». *Corpus Iuris Civilis*, III, a cura di RUDOLFUS SCHOELL, Weidmannos, Berlin, 1895, p. 37.

<sup>30</sup> *Cod. Just.* 1, 3.47: «Sancimus, ut nemo episcopus ordinetur, nisi qui et alias idoneus ac bonus sit neque uxori cohabitaret neque liberorum pater sit, sed pro uxore amplectatur sacrosanctum ecclesiam, liberorum autem loco totum Christianum orthodoxumque populum habeat [...]». *Corpus Iuris Civilis*, II, *Codex Iustinianus*, a cura di PAULUS KRUEGER, Weidmannos, Berlin, 1892, p. 34.

<sup>31</sup> *Trullano*, can. 12: «È venuto a nostra conoscenza che in Africa e in Libia e in altri luoghi, i pastori amati da Dio di quei territori non rinunciano a coabitare con le proprie spose anche dopo che è stata conferita l'ordinazione, suscitando in tal modo presso il popolo danno e scandalo. Avendo, dunque, grande sollecitudine che tutto si faccia per l'edificazione dei popoli che abbiamo da reggere, abbiamo deciso che una cosa simile non si faccia più [...]. Se qualcuno viene preso facendo una cosa simile, sia deposto».

*Trullano*, can. 48: «La sposa di colui che viene promosso a presiedere ad una sede episcopale, dopo essersi separata di comune accordo (κατὰ κοινὴν συμφωνίαν) da suo marito, entri, dopo l'ordinazione, in un monastero situato lontano dalla residenza episcopale e goda dell'assistenza materiale del vescovo; anzi, se essa si rende degna, sia promossa alla dignità di diaconessa». DIMITRIOS SALACHAS, *La normativa del concilio trullano: commentata dai canonisti bizantini del XII secolo*, Zonaras, Balsamone, Aristenos, (Oriente Cristiano 2-3), Ed. Oriente Cristiano, Palermo, 1991, pp. 43, 86.

della moglie affinché l'eletto all'episcopato possa essere ordinato<sup>32</sup>. Balsamone affermava che non si trattasse di un divorzio consensuale, poiché la legge civile aveva proibito già i divorzi consensuali (Novella 20 di Leone VI, il Saggio), bensì di un divorzio per una giusta causa, cioè l'ordinazione episcopale; perciò, il matrimonio veniva sciolto soltanto dopo l'ordinazione, quando la giusta causa era evidente. Se la moglie non acconsentiva, l'elezione diventava nulla, ma se lei accettava, non poteva contrarre un nuovo matrimonio dopo il divorzio e doveva andare in un monastero e diventare una donna consacrata. La conclusione di Balsamone era che il consenso doveva essere richiesto alla moglie poiché non era costretta alla vita monastica, la consumazione del divorzio avveniva mediante la professione monastica<sup>33</sup>.

Si deve però sottolineare che, oltre alle ragioni pastorali e spirituali, un'altra motivazione dell'orientamento della Chiesa verso le persone senza obblighi famigliari fu quella di carattere patrimoniale e riguardava la successione dei beni del vescovo defunto da parte dei suoi famigliari (moglie, figli, nipoti)<sup>34</sup>. Il canone 40 degli Apostoli stabiliva che doveva essere fatta una chiara distinzione tra i beni personali del vescovo e i beni della Chiesa, per due motivi: per evitare qualche scandalo tra i successori del vescovo nel caso della sua morte; per non permettere al vescovo di impadronirsi dei beni ecclesiastici con il pretesto che fossero i suoi beni, arrecando in questo modo danni alla Chiesa<sup>35</sup>. La scelta civile ed ecclesiastica dei celibi e dei monaci era dunque destinata anche a proteggere il patrimonio ecclesiastico della diocesi ed eliminare qualsiasi scandalo riguardo all'eredità del vescovo, nonché eliminare qualsiasi sospetto circa la sua integrità morale<sup>36</sup>. D'altra parte, lo stato monastico significava rinunciare al mondo, mentre la vita di famiglia presupponeva il fatto di essere "attaccato" al mondo<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> DIMITRIOS SALACHAS, *La normativa del concilio trullano*, cit., pp. 87-89.

<sup>33</sup> Cfr. PATRICK D. VISCUSO, *Sexuality, Marriage, and Celibacy in Byzantine Law. Selection from Fourteenth-Century Encyclopedia of Canon Law and Theology: The Alphabetical Collection of Matthew Blastares*, Holy Cross Orthodox Press, Brookline, 2008, p. 24.

<sup>34</sup> Cfr. IOAN COZMA, *Il ruolo del vescovo nell'amministrazione dei beni ecclesiastici nei sacri canones*, in *Wer ist die Kirche? Cine este Biserica? Omagiu Monseniorului Dr. Albert Rauch*, a cura di EMIL JURCAN, JAN NICOLAE, Reintregirea, Alba Iulia, 2008, pp. 486-488; ID., *I beni temporali nei rapporti tra ortodossi e greco-cattolici in Romania*, (Kanonika 18), Edizione Orientalia Christiana, Roma, 2012, pp. 98-99.

<sup>35</sup> Cfr. PÉRICLÈS-PIERRE JOANNOU, *Fonti. Fascicolo IX. Discipline générale antique (IV<sup>e</sup>-IX<sup>e</sup> s.)*, I.2., *Les canons des Synodes Particuliers*, Tipografia Italo-Orientale «S. Nilo», Grottaferrata (Roma) 1962, pp. 27-28.

<sup>36</sup> Cfr. *The Rudder (Pedalion)*, trad. D. Cummings, The Orthodox Christian Educational Society, Chicago, 1957, pp. 303-304, nota 2; pp. 347-349, nota 1.

<sup>37</sup> PATRICK D. VISCUSO, *Sexuality, Marriage, and Celibacy in Byzantine Law*, cit., p. 25.

Nonostante il concilio trullano parlasse dell'obbligo verso la vita monastica della ex-moglie del vescovo, non imponeva al nuovo vescovo la professione monastica prima o dopo l'ordinazione. Tuttavia, già dal IV secolo assistiamo alla consolidazione di una prassi che s'imporrà come tradizione sia in Oriente sia in Occidente: la preferenza messa in atto dai vescovi di circondarsi, presso le sedi vescovili, di monaci o chierici celibi, trasformando la loro residenza in un "quasi monastero"<sup>38</sup>. Inoltre, il sinodo locale di Costantinopoli del 879, nel canone 2, prestava attenzione all'incompatibilità tra la dignità vescovile e il grado monastico chiamato il *grande schema*; perciò, se un vescovo avesse scelto lo *schema* monastico, che esigeva obbedienza assoluta e penitenza continua, doveva ritirarsi e vivere come uno *schemamonaco*, senza mai pretendere di esercitare la sua dignità vescovile<sup>39</sup>.

Nei secoli successivi, la tradizione di monaci-vescovi diventerà una norma in tutta la Chiesa ortodossa bizantina in tal modo che a partire dal XVII secolo la tonsura monastica sarà inclusa tra i requisiti fondamentali per l'ordinazione vescovile, determinando un reale monopolio dei monaci sulla dignità episcopale<sup>40</sup>.

La conciliazione dei due stati – monastico e vescovile – nella stessa persona troverà espressione nella prassi del monaco-vescovo di vivere presso un monastero, oppure di vivere nella città, in una sede vescovile, accanto alla cattedrale episcopale, trasformando la sua residenza in un ambiente monastico.

Parallelamente a questo percorso di consolidamento giuridico dell'istituzione vescovile, prese forma e si cristallizzò il divieto di coabitazione monastica tra uomini e donne; come abbiamo dimostrato ampiamente in altre sedi<sup>41</sup>, la legislazione canonica e civile del V-VI secolo (da Calcedonia a Giustiniano) stabilì che l'organizzazione cenobitica di tipo basiliano dovesse essere la forma maggiormente diffusa nell'impero: i monaci dovevano vivere in monastero e non separati l'uno dall'altro, dovevano mangiare insieme e dormire nella stessa casa in stanze comuni, ognuno nel proprio letto (Novella 5, a. 535)<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Si veda CLAUDIA RAPP, *Holy Bishops in Late Antiquity*, cit., pp. 149-152.

<sup>39</sup> Cfr. PERICLES-PIERRE JOANNOU, *Fonti. Fascicolo IX. Discipline generale antique (IV<sup>e</sup>-IX<sup>e</sup> s.)*, I.2., cit., pp. 484-485.

<sup>40</sup> Cfr. *The Rudder (Pedalion)*, cit., p. 3, nota 2; pp. 91-94, nota 1. Si veda PANTELEIMON RODOPOULOS, *An Overview of Orthodox Canon Law*, Orthodox Research Institute, Rollinsford, 2007, pp. 149-150; e anche IOAN COZMA, *The Holy Sacrament of Ordination: Principles and Elements of Canonical Doctrine*, in *Altarul Reintregirii*, 1, 2017, pp. 31-53.

<sup>41</sup> IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA, *Uomini e donne nei monasteri: la genesi tardo-antica di un equivoco*, in *Rivista di Storia del Cristianesimo*, 1, XV, 2018, pp. 25-56.

<sup>42</sup> *Just. Novella 5*, in *Corpus Iuris Civilis*, III, cit. pp. 28-35. La Novella 5 ci offre un elenco di caratteristiche della vita cenobitica: vivere nello stesso monastero, dormire nella stessa casa, mangiare nello stesso luogo, andare a pregare nella stessa chiesa.

La novità di Giustiniano in questo campo fu evidenziata dalla Novella 123 (1 gennaio 546), dove furono riassunte le varie tipologie di convivenza monastica in un termine tecnico inedito: “monasteri doppi” (*duplicia monasteria / dipla monastéria*), senza però delimitare chiaramente gli elementi peculiari di una tale convivenza. Tale termine e la proibizione connessa furono poi ripresi nel canone 20 del concilio di Nicea del 787 – ancora in vigore nelle Chiese ortodosse bizantine –, impedendo la convivenza (permanente o temporanea) nello stesso monastero di monaci e monache – seppur l’uso metaforico del linguaggio familiare continui a sussistere – e anche la fondazione di nuovi monasteri con doppie comunità oppure – secondo Zonaras<sup>43</sup> – molto vicini l’uno all’altro. Inoltre, il canone 18 dello stesso concilio niceno proibì alle donne di dimorare presso le sedi episcopali e nei monasteri maschili<sup>44</sup>.

Nonostante le norme canoniche che vietavano forme di coabitazione mista e doppia, tra uomini e donne, esse sono ancora oggi rintracciabili in casi contemporanei di convivenza monastica, temporanea o permanente, come è il caso delle sedi vescovili, in cui i monaci e le monache compongono la famiglia monastica del monaco-vescovo<sup>45</sup>.

### *3. Residenza vescovile presso i monasteri nella tradizione ortodossa romena*

Parte dell’ortodossia bizantina, il monachesimo ortodosso romeno è connesso alla genesi e alle caratteristiche del cristianesimo romeno<sup>46</sup>, le cui origini sarebbero legate alla missione di evangelizzazione dell’apostolo Andrea, che, secondo la tradizione<sup>47</sup>, avrebbe predicato il vangelo nella Scizia (parte

---

<sup>43</sup> Cfr. GEORGES A. RHALLIS, MICHAEL POTLIS, *Syntagma*, II, G. Chartophilakos, Atene, 1852, pp. 868-869; si veda anche *PG* 137, coll. 993-994.

<sup>44</sup> *Nicea II (787)*, canone 18: «Siate irreprensibili anche con gli estranei, dice il divino Apostolo (1 Cor. 10, 32; Col. 4, 5; 1 Tes. 4, 11). Ora, che le donne dimorino negli episcopi [casa episcopale] o nei monasteri è causa di scandalo. Se qualcuno è colpevole di avere una donna, serva o libera, per qualsiasi servizio nell’episcopio o nel monastero, questi sia censurato; se persiste, sia deposto. Se poi le donne si trovassero nelle proprietà di campagna dove il vescovo e l’egumeno vogliono recarsi, nessuna di essa presti il suo servizio durante il soggiorno del vescovo o dell’egumeno, ma se ne stiano in luogo appartato fino alla loro partenza, perché non si possano insinuare nulla». *Atti del concilio niceno secondo ecumenico settimo*, t. III, a cura di C. Valenziano, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2004, p. 431.

<sup>45</sup> Si veda MARIA CHIARA GIORDA, *Monaci e monache presso le sedi vescovili. Alcuni casi di convivenza nel monachesimo ortodosso romeno*, in *Studi e materiali per la Storia delle Religioni*, 85, 1, 2019, pp. 244-269.

<sup>46</sup> In tal senso, si veda SERAPHIM JOANTĂ, *Romania: Its Hesychast Tradition and Culture*, St. Xenia Skete, Wildwood, CA, 1992.

<sup>47</sup> Cfr. IPPOLITO, *De Duodecim Apostolis*, in *PG* 10, coll. 951-952; e EUSEBIO DI CESAREA, *Hist.*

della provincia romana Moesia Inferiore, dal 297 chiamata Scizia Minore), sul territorio dell'attuale provincia romana Dobruġia<sup>48</sup>.

Un reale apporto nella diffusione del cristianesimo nel periodo post-apostolico lo diedero i contatti commerciali tra il sud e il nord del Danubio, la conquista e l'occupazione romana della provincia Dacia (106-274), tramite i soldati romani e i colonizzatori spostati dalle province romane d'Oriente<sup>49</sup>, dove il cristianesimo aveva già conosciuto un processo di espansione e consolidamento continuo (Gallia, Siria, Egitto, Tracia, Macedonia, Moesia, Dalmazia) e con maggiore intensità dopo il ritiro di Aureliano del 274, quando qualsiasi restrizione religiosa fu abolita<sup>50</sup>.

Fonti archeologiche (resti antichi di oggetti e edifici) e letterarie (iscrizioni, opere patristiche e storiche) testimoniano la presenza – sin dal III secolo – di un cristianesimo costellato dalla presenza di martiri e santi<sup>51</sup>. In questa tradizione di continuità apostolica e missione cristiana s'iscrivono anche alcune figure importantissime per la vita ecclesiastica e il monachesimo, sia orientale sia occidentale, provenienti dalla Scizia Minore, tra cui, ad esempio, vi erano i monaci Giovanni Cassiano, Germano e Dionigi Esiguo<sup>52</sup>. Provenienti dalla

---

*Eccl.* (3.1), in *PG* 12, coll. 91-92.

<sup>48</sup> Secondo un *Sinassario goto* del IV secolo e i martirologi occidentali di Andon e Usuard del IX secolo, sembra che anche l'apostolo Filippo avrebbe predicato nel territorio danubiano-pontico. Sull'apostolato di Andrea, si vedano i seguenti scritti: FRANCIS DVORNIK, *The Idea of Apostolicity in Byzantium and the Legend of Apostle Andrew*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1958; PETER M. PETERSON, *Andrew, Brother of Simon Peter: His History and His Legend*, (Novum Testamentum, Supplements 1), Brill, Leiden, 1958.

<sup>49</sup> Nella provincia Dacia Romana furono spostate diverse legioni dalle province orientali: la *Legio V Macedonica* fu spostata alla fine del I secolo da Palestina a Troesmis (oggi Turcoia, contea di Tulcea in Dobrogea), e poi nel 167 fu spostata a Potaissa (oggi Turda, contea di Cluj in Transilvania); *L'ala I Numeri Illyricorum* fu spostata dall'Illyrico in un castrò costruito sul fiume Maris in Transilvania (oggi Brâncovenești, contea di Mureș in Transilvania). Cfr. MIRCEA PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, Basilica, București, 2013<sup>3</sup>, p. 29; FLORIAN MATEI-POPESCU, *Trupele auxiliare pe limesul estic al Daciei. Stadiul problemei*, in *Angvstia*, 17-18, 2014, p. 207.

<sup>50</sup> Cfr. IOAN-AUREL POP, *Il Cristianesimo presso i Romeni – tra Occidente e Oriente*, in *I romeni e la Santa Sede. Miscellanea di studi di storia ecclesiastica*, a cura di IOAN CĂRJĂ, Scriptorium, Bucarest – Roma, 2004, p. 14. Si veda anche GHEORGHE I. BRĂTIANU, *Origines et formation de l'unité roumaine*, Institute d'histoire universelle «N. Iorga», Bucarest, 1943, pp. 50-85.

<sup>51</sup> Cfr. NICOLAE IORGA, *Histoire des Roumains et de leur civilisation*, Henry Paulin, Paris, 1920, pp. 36-39; EPIFANIE NOROCEL, *Pagini din istoria veche a creștinismului la români*, Editura Episcopiei Buzăului, Buzău, 1986, pp. 29-46.

<sup>52</sup> Per la vita di questi tre santi comuni della Chiesa del primo millennio, rimandiamo ai seguenti scritti: GARCIA M. COLOMBAS, *Il monachesimo delle origini*, III, Jaca Book, Milano, 1984, pp. 260-262; PETRU I. DAVID, *Cuviosul Gherman din Dobrogea*, in *Caută și vei afla. Sinaxar dobrogean*, Editura Arhiepiscopia Tomisului, Constanța, 1997, p. 632; FLORIAN DUTA, *Des precisions sur la biographie de Denys le Petit*, in *Revue de droit canonique*, 49, 1999, pp. 279-296; SUOR MARIE-ANCILLA, *San Giovanni Cassiano – La sua dottrina*, La Thune, 2002; MIRCEA IELCIU, *Teologi din Scythia Minor. Personalități teologice reprezentative din secolele IV-VI*, in *Monahismul Ortodox Românesc. Istorie, contribuții și*

stessa Scizia furono anche i cosiddetti “monaci sciti”, tra cui ricordiamo: Leonzio, Achille, Maurizio e Giovanni Massenzio, gli autori all’inizio del VI secolo della formula teopaschita «*unus de Trinitate passus est, unus de Trinitate crucifixus, unus de Trinitate passus est carne pro nobis*», introdotta nel dogma cristiano dal quinto concilio ecumenico di Costantinopoli del 553<sup>53</sup>.

Le vicissitudini storiche delle terre romene, abbandonate dai romani tra il 271 e il 274 (il ritiro ufficiale dell’esercito e dell’amministrazione) e sistematicamente sottoposte alle invasioni di popoli migratori pagani (Goti, Unni, Avari, Gepidi, Slavi, Bulgari, Ungari, Cumani), non impedirono nei secoli seguenti (tra il VIII e il IX secolo) il processo di formazione di un popolo romano e la consolidazione di una organizzazione ecclesiastica locale autonoma ereditaria della fede e della romanità orientale<sup>54</sup>. Nel 1359 fu fondata la Metropolia di Ungrovlacchia (Valacchia) e nel 1386 la Metropolia di Moldavia, quest’ultima riconosciuta dal Patriarca ecumenico appena nel 1401. Nel IX secolo, con la creazione dei primi principati autonomi (chiamati *cnezate* oppure *voievodate*) nella Transilvania, s’ipotizza anche l’esistenza di vescovi ortodossi presso le città di residenza dei capi (chiamati *voivozi* oppure *cnezi*) di queste prime formazioni politiche: Dăbâca – vicino a Cluj-Napoca, la capitale del voievoda Gelu; Biharea – vicino a Oradea, la capitale del voievoda Menumurut; Morisena – vicino a Timișoara, la capitale del voievoda Glad; ed infine a Bălgrad – Alba Iulia, la capitale del voievoda Iula (o Gyula). Tutte queste formazioni politiche entrarono sotto la dominazione dei re cattolici ungheresi. Nei secoli XIV-XVI, il territorio della Transilvania, a causa della dominazione cattolica, fu alternativamente sotto la cura spirituale e canonica delle due metropoli romene – Moldavia e Ungrovlacchia<sup>55</sup>.

Fin dai secoli IX-XIV, la vita monastica conobbe uno sviluppo graduale in

---

*repertoriare*, I, a cura di MIRCEA PACURĂRIU, NICOLAE ENDROIU, Basilica, București, 2014, pp. 309-345; DAMIAN PĂTRAȘCU, *La dottrina monastica di Giovanni Cassiano*, in *Transilvania*, 11 (2015), pp. 13-17.

<sup>53</sup> Cfr. NELU ZUGRAVU, *Itineraria ecclesiastica nella Scythia Minor*, in *Classica et Christiana*, 5, 1, 2010, pp. 227, 235-236.

<sup>54</sup> Cfr. IOAN-AUREL POP, *Il Cristianesimo presso i Romeni – tra Occidente e Oriente*, cit., p. 13.

<sup>55</sup> Si deve sottolineare il fatto che la prima diocesi sul territorio daco-romano fu quella di Tomis (oggi Constanța, in Dobrugia), risalente al 369, seguita poi da più altre diocesi fondate all’inizio del VI secolo nella stessa Dobrugia: Axiopolis (Hinog-Cernavoda), Capidava (tra Axiopolis e Troesimis), Carsium (Hârșova), Callatis (Mangalia), Constantiniana (Doljman), Histria (Istria), Tropaeum Traiani (Adamclisi), Troesmis (Iglița-Turcoaia), Noviodunum (Isaccea), Aegysuss (Tulcea), Salsovia (Mahmudia), Halmyris (Murighiol). L’invasione degli avari e degli slavi alla fine del VI secolo in questi territori metterà fine all’attività di tutte queste diocesi. La vita ecclesiastica ha continuato però su questi territori, come anche nei territori del nord del Danubio. Tra il VII e il IX secolo la dipendenza ecclesiastica ha alternato tra Costantinopoli e quella dei vescovi slavo-bulgari del sud Danubio. Cfr. MIRCEA PACURĂRIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, cit., pp. 57-61; 105-107; 119-136.

tutte le provincie romene grazie ai monaci autoctoni e ai monaci greci, serbi, bulgari e russi che avevano trovato nei giovani principati romeni un sostegno e un riparo di fronte all'Islam, alle invasioni tatariche e, dopo lo scisma del XI secolo tra Oriente e Occidente, anche al proselitismo cattolico.

Le prime informazioni sulla vita monastica si possono desumere dalla *Vita Sancti Gerhardi*, dove è menzionato il monastero maschile di "S. Giovanni Battista", fondato nel 1002 dal voivoda locale Ahtum (Optum) in Morisena (oggi Cenad, in contea Timișoara, provincia Banat)<sup>56</sup>. Secondo alcuni storici romeni, il monastero di Morisena fu anche residenza vescovile ortodossa<sup>57</sup>; una deduzione che purtroppo non trova alcun riscontro letterario o archeologico. Secondo altre fonti, il monastero di Morisena era abitato dai monaci bulgari dipendenti dalla diocesi bulgara di Vidin, dove Ahtum ricevette il battesimo<sup>58</sup>. Nel 1028, Ahtum fu sconfitto dal re Stefano I d'Ungheria che lo sostituì con Cianadinus (o Hanadin). Dopo il Grande Scisma del 1054, i monaci ortodossi preferirono rimanere sotto la giurisdizione del patriarcato di Costantinopoli, motivo per cui furono trasferiti al monastero di "S. Giorgio" a Oroszlanos (oggi Arandjelovo, Serbia), fondato da Cianadinus. Il monastero di Morisena fu assegnato ai monaci benedettini e con l'ordinazione vescovile del monaco veneziano Gerardo diventò sede della prima diocesi latina di Banat<sup>59</sup>.

Altri monasteri ortodossi menzionati dalle fonti letterarie in questo periodo sono i seguenti: il monastero di Sâniob (contea di Bihor), datato il 1088; il monastero di Moigrad (Meseșeni – l'antica città romana Prolisum, contea di Sălaj), fondato dal *cnez* locale Almus nel 1165; il monastero di Kenez, menzionato nel 1192, fondato probabilmente da un *cnez* locale – questi monasteri sono menzionati nel 1204 nella lettera del re ungherese Emerico al papa Innocenzo III accanto ad altri monasteri di quella zona abitati dai cosiddetti «monaci greci»

---

<sup>56</sup> Cfr. GHEORGHE COTOȘMAN, *Din trecutul Banatului: comuna și bisericile din Giridava - Morisena – Cenad (Monografie istorică)*, 2<sup>ed.</sup>, Marineasa, Timișoara, 2009, p. 39; IOAN-AUREL POP, *Viața bisericească și monahismul de rit bizantin per teritoriul României până la 1300*, in *Monahismul Ortodox Românesc. Istorie, contribuții și repertoriare*, I, cit., pp. 356-357. Su questo tema, si veda anche MIHAI ȘESAN, *Mănăstirea Mureșanei*, in *Mitropolia Banatului*, 7-9, 1958, pp. 231-242, e IEROM. MARCU (MARIAN) PETRU, *Atlasul istoric al mănăstirilor și schiturilor ortodoxe din România*, sec. XXI, Biblioteca Națională a României, București, 2010, pp. 8-9.

<sup>57</sup> Cfr. IOAN LUPAȘ, *Vechimea organizației Bisericii ortodoxe în Transilvania*, in «Universul», 21 luglio 1934, pp. 1-2.

<sup>58</sup> Cfr. AUGUSTIN BUNEA, *Ierarchia românilor din Ardeal și Ungaria*, Tipografia Seminarului Arhiepiscopale, Blaj, 1904, p. 196. Circa la giurisdizione ecclesiastica della diocesi di Vidin al nord di Danubio, nei territori romeni, si veda anche NICOLAE V. DURĂ, *Relațiile canonice ale Bisericii românești nord-dunărene cu sacunele episcopale din sudul Dunării*, in *Mitropolia Banatului*, 36, 2, 1986, pp. 39-48.

<sup>59</sup> Cfr. IOAN-AUREL POP, *Viața bisericească și monahismul de rit bizantin per teritoriul României până la 1300*, cit. p. 357.

(si trattava di monaci ortodossi) –; il monastero di Hodust (oggi Hodoș, Arad), menzionato in una lettera del 1177 del re ungherese Béla III; il monastero di Igrîș (Timiș), menzionato nel 1179. Lo stesso Innocenzo III, in una lettera del 3 maggio 1205, informava l'arcivescovo di Caloccea (oggi Kalocsa, Ungheria) del fatto che aveva ricevuto dal vescovo latino di Oradea l'informazione sull'esistenza nei suoi territori di una diocesi ortodossa («*quod quidam episcopatus in terra filiorum Beleknesse consistit*») che non era parte d'alcuna giurisdizione metropolitana ortodossa, ordinando che questa fosse sottomessa alla Sede apostolica come parte dell'arcivescovato latino di Caloccea<sup>60</sup>.

La politica religiosa dei re ungheresi, sostenuti dai pontefici romani, non fu favorevole all'ortodossia nei territori di Transilvania e via via tutti questi monasteri sparirono dal paesaggio confessionale, già dominato dall'XI secolo dalla Chiesa d'Occidente. Nonostante le proibizioni e i tentativi di denazionalizzare<sup>61</sup> e cattolicizzare lo spazio romeno, assieme a quelli messi in atto dal XVI secolo ai fini di protestantizzarlo<sup>62</sup>, l'ortodossia non sparì completamente e neanche la vita monastica ortodossa, che continuò su queste terre soprattutto nella sua forma tradizionale eremitica<sup>63</sup>, vista come un modo di sopravvivenza del monachesimo e dell'ortodossia, che a quell'epoca aveva lo *status* di religione tollerata<sup>64</sup>.

A partire dal XIII secolo, il modello cenobitico atonita cominciò ad essere quello preferito e maggiormente diffuso nei territori romeni. In Valac-

---

<sup>60</sup> Secondo Păcurariu, si trattava dei figli del cneaz romeno Bâlea e la diocesi era localizzata sugli attuali territori delle contee Hunedoara e Bihor. Bunea invece considera che sia il nome che la locazione di questa diocesi ortodossa sono sbagliati. Secondo lui, Béla era il figlio del *jupan* serbo Uroș e fratello di Elena, moglie del re ungherese Béla II il Cieco (1131-1141) e la diocesi era situata nella zona dell'antica città Sirmium, tra i fiumi Sava e Danubio (oggi Serbia), ma in nessun caso in Romania. Cfr. MIRCEA PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, cit. pp. 109-110; A. BUNEA, *Ierarhia românilor din Ardeal și Ungaria*, cit. pp. 192-194.

<sup>61</sup> Nel 16 settembre 1437, a Căpâlna, i nobili ungheresi, siculi (secui) e sasi (sassoni) di Transilvania firmarono l'atto chiamato «*Unio Trium Nationum*» che escludeva i romeni dalla vita politica del principato transilvano. Con questo documento, i romeni, nonostante fossero la popolazione maggioritaria nella Transilvania, avevano lo stato di nazione tollerata. In tal senso, si veda FLORIN CONSTANTINIU, *Storia della Romania*, trad. FULVIO DEL FABRO, FLORAE MARIA POP, Rubbettino Editore, Cosenza, 2015.

<sup>62</sup> Si veda ANA DUMITRAN, *Religie ortodoxă – religie reformată. Ipostaze ale identității confessionale a românilor din Transilvania în secolele XVI-XVII*, Editura Nereamia Napocae, Cluj-Napoca, 2004.

<sup>63</sup> MIRCEA PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, cit., p. 142.

<sup>64</sup> Nel XVI secolo, soltanto il cattolicesimo e il luteranismo, il calvinismo e l'unitarianismo avevano lo *status* di *religio recepta*. Nel 1781, l'imperatore asburgico Giuseppe II emanò un editto di tolleranza che vietava le persecuzioni religiose: se una confessione aveva 10 famiglie, questa aveva il diritto di costruirsi una chiesa e una scuola. Cfr. ISTVAN KEUL, *Early Modern Religion Communities in East-Central Europe: Ethnic Diversity, denominational plurality, and corporative politics in the principality of Transilvania, 1526-1691*, (Studies in Medieval and Reformation Traditions 143), Brill, Leiden-Boston, 2009, pp. 239-270.

chia, Moldavia e Transilvania vennero fondati i primi monasteri cenobitici di questo tipo: Râmets 1214, Cotmeana 1292, Negru Vodă 1315, Boureni 1352, Vodița 1369, Tismania 1377, Cozia 1388, Bârsana 1390, Peri 1391, Prislop 1400, Bistrița Neamț 1406, Lupșa 1429, Putna 1466, Feleac 1488, Vad 1489, Voroneț 1488, Neamț 1497; tutti questi monasteri erano maschili, mentre il primo monastero femminile fu fondato appena nel 1521 dal principe Neagoe Basarab di Valacchia su una piccola isola chiamata Ostrov, sul fiume Olt<sup>65</sup>.

Il continuo sostegno materiale da parte dei principi (i *voivoda*) o dei boiari romeni in Moldova e Valacchia aveva favorito nei secoli seguenti lo sviluppo della vita monastica e la fondazione di nuovi monasteri non soltanto maschili, ma anche femminili; quest'ultimi, in certi casi, essendo fondati con il contributo oppure sull'iniziativa anche di madri, mogli o figlie dei principi romeni (chiamate in romeno *domnițe*) oppure di donne nobili per servire loro come luogo d'inumazione oppure di ritiro e vita monastica<sup>66</sup>. I principi moldavi e valacchi contribuirono all'edificazione di chiese e al rinnovamento monastico anche in Transilvania<sup>67</sup>.

In questo panorama conflittuale e frastagliato, la tradizione di monaci-vescovi è presente sin dall'inizio della consolidazione delle strutture di autorità ecclesiastica autonome e cioè dal XIV secolo. Tutti i vescovi di questo periodo avevano la residenza vescovile presso i monasteri, sia che si trattasse di monasteri dove prima vivevano come monaci, sia di monasteri adoperati per accogliere anche la sede vescovile, temporaneamente oppure permanente. Casi di questo genere furono i seguenti: il monastero maschile di Râmets (dal latino "*heremus*", gr. ἐρημίτης) in Transilvania dove nel 1376 aveva la residenza il vescovo Gelasio, considerato dagli storici ortodossi come il continuatore dei

---

<sup>65</sup> Si vedano i seguenti studi: MIRCEA PĂCURARIU, *Mănăstirile ortodoxe în secolele XIV-XVIII și rolul lor în apărarea Ortodoxiei: Țara Românească și Moldova*, in *Monahismul Ortodox Românesc. Istorie, contribuții și repertoriare*, I, cit. pp. 383-479; ALEXANDRU MORARU, *Mănăstirile ortodoxe din Transilvania în secolele XIV-XVIII și rolul lor în apărarea Ortodoxiei: Transilvania*, in *Ibid.*, pp. 481-513; *Ghidul mănăstirilor din România*, a cura di GHEORGHITA CIOCOI, SERBAN ȚICA, AMALIA DRAGNE, Sophia, București, 2011.

<sup>66</sup> Si veda GHEORGHE DRĂGULIN, *Doamne și domnițe de neam românesc care au îmbrățișat haina monahală*, in *Ziarul Lumina*, 7 august 2009; l'articolo si può consultare all'indirizzo <http://ziarul-lumina.ro/doamne-si-domnite-de-neam-romanesc-care-au-imbratisat-haina-monahala-41092.html> (ultimo accesso 04/07/2019).

<sup>67</sup> Stefan il Grande (Ștefan cel Mare), voivoda di Moldavia, edificò le chiese monasteriali di Feleac e Vad (sec. XV); Radu V, voivoda di Valacchia, fondò il monastero di Geogagiul de Sus (sec. XVI); Michele il Bravo (Mihai Viteazul), voivoda di Valacchia, edificò la chiesa monasteriale di Alba Iulia e le chiese di Făgăraș e Lujderiu (sec. XVI); Matteo Basarab (Matei Basarab), voivoda di Valacchia, edifica la chiesa di Turnu Roșu (sec. XVII); il voivoda martire Costantino Brâncoveanu di Valacchia fondò il monastero di Sâmbăta de Sus ed edificò le chiese di Ocna Sibiului e Făgăraș (sec. XVIII). Si veda M. PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*. cit.

vescovi ortodossi di Alba Iulia<sup>68</sup>; il monastero maschile di Curtea de Argeș in Valacchia (Muntenia)<sup>69</sup>, costruito dal principe Basarab V Neagoe tra il 1512 e il 1517 al posto della vecchia chiesa metropolitana risalente al 1359 e che tra il 1739 e 1748 servì anche come sede per la metropoli della Valacchia; il monastero maschile di Feleac in Transilvania fondato alla fine del XIV secolo, appare alla fine del XV secolo come residenza degli arcivescovi di Feleac, nell'anno 1488 è menzionato come arcivescovo Daniil di Feleac<sup>70</sup>; il monastero maschile di Vad in Transilvania fu la residenza dei vescovi della diocesi fondata nel 1489 dal voivoda Ștefan il Grande di Moldavia<sup>71</sup>; il monastero maschile di Strehaia in Valacchia, fondato all'inizio del XVII secolo, fu tra il 1673 e il 1676 residenza vescovile per il vescovo Daniil di Strehaia<sup>72</sup>; il monastero di Geoagiul de Sus in Transilvania, fondato dal voivoda Radu V di Valacchia all'inizio del XVI secolo su un dominio ricevuto dal voivoda di Transilvania, fu residenza vescovile fino nel 1560, l'ultimo vescovo, Christofor, fu nominato il 16 aprile 1557; il monastero maschile di Prislop in Transilvania, che fino nel 1599, l'anno della fondazione della metropoli ortodossa di Bălgrad (il nome slavo della città di Alba Iulia), fu anche seggio per i vescovi di Silvaș (Silvașul de Sus, nella regione di Hunedoara, Țara Hațegului)<sup>73</sup>.

La sede della metropoli di Bălgrad fu stabilita fuori le mura della città, dove il principe Michele il Bravo (Mihai Viteazul) della Valacchia edificò nel

---

<sup>68</sup> Cfr. SEBASTIAN D. CÂRSTEA, *Monahismul ardelean în trecut și astăzi*, Andreiana, Sibiu, 2008, pp. 384-392.

<sup>69</sup> La costruzione di questo monastero è collegata a alla leggenda del costruttore della chiesa del monastero, il mastro Manole. La leggenda è una storia tragica che rappresenta uno dei miti fondamentali della cultura romena: il mito estetico della creazione. Si tratta di un sacrificio umano, il più doloroso che si possa immaginare, ma necessario per sconfiggere la maledizione e portare al termine i lavori della costruzione del monastero: Manole sacrifica la sua sposa Ana (e il bimbo che questa portava nel suo grembo), facendola murare da viva nelle fondamenta. Su questo argomento, rimandiamo ai seguenti scritti: EDVIGE ROSSI, *Interpretazioni moderne della leggenda di Mastro Manole*, Università degli Studi di Roma, Roma, 1975; MIRCEA ELIADE, *I riti del costruire. Commenti alla leggenda di Mastro Manole, la Mandragola e i miti della «Nascita miracolosa»*, Le erbe sotto la croce, Jaca Book, Milano, 2017; MIRELA BACIU, *La ballata di mastro Manole, un cuore in uno scrigno e altre storie...*, pubblicato il 21 luglio 2018, sul sito <http://www.blog2fete.com/la-ballata-di-mastro-manole-un-cuore-in-uno-scrigno-e-altre-storie/> (ultimo accesso 21/08/2019).

<sup>70</sup> Cfr. DĂNUȚ-LIVIU HOGNOGI, *Lăcașuri monahale ortodoxe din Transilvania până la începutul secolului al XIX-lea (zona sud-someșană)*, Karuna, Bistrița, 2009, pp. 137-138.

<sup>71</sup> Cfr. SEBASTIAN D. CÂRSTEA, *Monahismul ardelean în trecut și astăzi*, cit., p. 597.

<sup>72</sup> In tal senso, si veda NICULAIE I. SERBĂNESCU, *Biserica Ortodoxă Română de la primele întocmiri creștine pe pământ românesc, la Patriarhat*, 1, Basilica, București, 2015, pp. 611-672.

<sup>73</sup> Cfr. AUGUSTIN BUNEA, *Vechile episcopii românești a Vadului, Geoagiului, Șilvașului și Bălgradului, Tipografia Seminarului Diocesan, Blaj*, 1902, pp. 45-61; ID., *Mitropolitul Sava Brancovici, Tipografia Seminarului Arhiepiscopiei, Blaj*, 1906, p. 9; FLORIN DOBREI, *Structuri administrative-canonice în spațiul hunedoarean în secolele II-XVI*, in *Revista Teologica*, 1, 2009, pp. 49-63.

1597 una nuova chiesa dedicata alla “Santa Trinità”. La chiesa fu costruita all’interno di un monastero già esistente, risalente alla metà del XVI secolo<sup>74</sup>. Secondo le testimonianze del vescovo romano-cattolico Demeter Naprágyi, che visse ad Alba Iulia nei tempi dei principi Sigismund Báthory e Michele (lettera del 1602 all’imperatore Rodolfo II d’Asburgo), con l’edificazione della chiesa, il monastero diventò anche sede dei metropolitani di Bălgrad<sup>75</sup>. Il primo metropolita che ebbe la sede presso il monastero di Alba Iulia fu il vescovo Ioan di Prislop (dal monastero maschile di Prislop), il quale, secondo lo storico Nicolae Iorga, da vescovo suburbano diventò, per la volontà del principe, «vlădică (vescovo) di tutto l’Ardeal»<sup>76</sup>. Pertanto la chiesa è conosciuta nella storiografia anche come la cattedrale metropolitana di Michele il Bravo<sup>77</sup>. In questo complesso monastero sede vescovile ebbero la residenza tutti i metropolitani ortodossi di Transilvania fino alla cessazione della metropoli nel 1700, quando il metropolita romeno Atanasie Anghel firmò l’unione con Roma, e anche dopo questa data continuò ad essere sede per i metropolitani romeni greco-cattolici (Chiesa Romana Unita con Roma) fino nel 1714, quando tutto il complesso fu demolito a causa dei lavori di rimodellamento della città.

Il monastero “S. Michele Arcangelo” di Peri Maramureș (oggi in Ucraina) è un’altra testimonianza di monastero-residenza vescovile nel periodo medievale. Il monastero fu fondato nel XIII secolo e rimodellato alla fine del XIV secolo da due nobili locali, i fratelli Balița (Balc) e Drag, nella zona chiamata “țara Teresului”<sup>78</sup>. Nel 1391, sulla richiesta dei suoi fondatori, il patriarca Antonio IV di Costantinopoli dichiarò il monastero *stauropigia*<sup>79</sup> patriarcale e nominò il monaco Pacomio

---

<sup>74</sup> Cfr. DĂNUȚ-LIVIU HOGNOGI, *Lăcașuri monahale ortodoxe din Transilvania*, cit. p. 121.

<sup>75</sup> EUDOXIU HURMUZAKI, *Documente*, IV, p. 287, citato da AUGUSTIN BUNEA, *Ierarchia românilor din Ardeal și Ungaria*, cit., p. 8.

<sup>76</sup> NICOLAE IORGA, *Istoria lui Mihai Viteazul*, Editura Militară, București, 1968, p. 292. Il romeno *Ardeal* viene dall’ungherese *Erdély*: il corrispondente del latino Transilvania. Cfr. GIUSEPPE MOTTA, *Ardeal: le origini della Transilvania romana*, Nuova Cultura, Roma, 2011, p. 3.

<sup>77</sup> Si veda IOAN LUPAȘ, *Istoria bisericească a românilor ardeleni*, Dacia XXI, Cluj-Napoca, 2011<sup>3</sup>.

<sup>78</sup> Informazioni sulla fondazione del monastero si trovano in un documento datato il 1 maggio 404, scritto in slavo medio-serbo e firmato da Radu – viceconte di Maramureș (Archivi Nazionali Ungheresi di Budapest: MOL, DL 42811). Il documento è stato pubblicato da TEOFIL IVANCIUC, *Acte medievale romanesti emise la Sighet*, in *Revista Arhivei Maramuresului*, 7, 2014, p. 21.

<sup>79</sup> Il termine «monastero stauropegico» si riferisce al monastero che è direttamente dipendente dal primate o dal sinodo di una Chiesa autocefala, essendo esentato dalla giurisdizione ordinaria del vescovo del luogo. Le origini di questa istituzione sono nella Chiesa di Costantinopoli del periodo bizantino. Tale istituzione era caratterizzata dal diritto e dal privilegio del patriarca ecumenico di inviare una croce che fosse conficcata (dal greco *stauropéghion*, la fissazione, il conficcamento della croce) nel luogo dove sorgeva un monastero. Ulteriormente si è generalizzato in tutte le Chiese ortodosse e non è condizionato dalla fondazione *ab inizio* di un monastero o di una chiesa: infatti, con l’approvazione del vescovo del luogo, qualsiasi monastero o chiesa potrebbe diventare stauropegico. Nell’ortodossia

come esarca patriarcale, assoggettandogli anche i presbiteri e i fedeli romeni ortodossi dalle zone nordiche della Transilvania (oggi le contee di Maramureș, Bihor, Sălaj, Ciceu in Romania; e Bereg, Ung, Arva e Ugocea in Ungheria). Secondo il documento patriarcale, l'esarca di Peri aveva diritti quasi-vescovili, tranne le ordinazioni presbiterali assegnate ai vescovi locali<sup>80</sup>. La maggior parte degli storici romeni convergono nell'affermare che, nonostante l'assenza di una organizzazione diocesana locale, il monastero fu per quasi tre secoli anche residenza di alcuni vescovi locali di Maramureș. Tali affermazioni sono giustificate anche dal ruolo culturale e religioso eccezionale che il monastero assunse durante i suoi tre secoli di attività<sup>81</sup>. Il rimando ai vescovi locali, menzionati nelle lettere dei patriarchi di Costantinopoli, sembra piuttosto riferirsi ai cosiddetti "corepiscopi" (vescovi rurali o vescovi di campagna)<sup>82</sup>, dipendenti in quel periodo più che probabilmente dalla diocesi ortodossa rutena di Munkacs. Tra il XV e il XVII secolo, su questi territori, hanno esercitato la giurisdizione i vescovi di Vad e Feleac (giurisdizione del metropolita di Moldavia) ed i metropoliti di Alba Iulia (Bălgrad)<sup>83</sup>. Sebbene presupposta nel periodo medievale, l'esistenza di un vescovo presso il monastero di Peri sembra verificarsi soltanto all'inizio del XVII secolo con la presenza in queste zone di alcuni vescovi locali, di cui ricordiamo: Serghie, l'ex-egumeno del monastero di Tismana in Ungrovalacchia, nel 1600 diventò vescovo sulla raccomandazione del principe valacco Michele il Bravo; Siluan nel 1608 fu ordinato vescovo per Maramureș sulla raccomandazione del voivoda Constantin Movila di Moldavia; Dosoftei (1634-1639); e Silvestru (1645-1646)<sup>84</sup>.

---

oggi vi sono due tipi di monasteri stauropegici: patriarcali e sinodali. Cfr. JOHN PHILIP THOMAS, *Private Religious Foundations in the Byzantine Empire*, (Dumbarton Oaks XXIV), Washington D.C., 1987, pp. 139, 238-243; ROSEMARY MORRIS, *Monks and Laymen in Byzantium, 843-1118*, University Press, Cambridge, 1995, p. 153; IRIMIE MARGA, *Stavropighie*, in *Dicționar de Teologie Ortodoxă*, a cura di Șt. Buchiu e I. Tulcan, Basilica, București, 2019, p. 888.

<sup>80</sup> MIRCEA PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, cit., pp. 142-143.

<sup>81</sup> Nel XVI secolo qui furono tradotti i primi libri in lingua romena (con alfabeto cirillico): Salterio, Vangelo, Codice di Voroneț e Atti degli Apostoli. Si veda DAMASCHIN CORAVU, *Mănăstirea din Peri și importanța sa istorică*, in *Mitropolia Olteniei*, 34, 7-9, 1982, pp. 496-514.

<sup>82</sup> Per quanto riguarda il termine «corepiscopo», rimandiamo ai seguenti studi: H. GRISAR, *I vescovi di campagna nell'antichità cristiana*, in *La Civiltà Cattolica*, 55, 3, 1904, pp. 203-216; ID., *Vescovi di campagna e corepiscopi*, in *La Civiltà Cattolica*, 56, 1, 1905, pp. 209-224; HENRY LECLERQ, «*Chorévêque*», in *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie*, 3.1, a cura di F. Cabrol e H. Leclerq, Letouzey, Paris, 1914, coll. 1423-1453; DAMIANO SPATARU, *Sacerdoti e diaconesse: la gerarchia ecclesiastica secondo i padri cappadoci*, Studio Domenicano, Bologna, 2007, pp. 246-275.

<sup>83</sup> Secondo Păcurariu, la regione di Maramureș fu nella seconda metà del XV secolo sotto la giurisdizione del vescovo Ioanichie Nandoralbensis, che aveva la residenza in un piccolo paesino di nome Nandru, vicino a Hunedoara. Cfr. MIRCEA PĂCURARIU, *Istoria Bisericii Ortodoxe Române*, cit., p. 143.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 257; si veda anche MARIAN N. TOMI, *Maramureșul istoric în date*, Grinta, Cluj-Napoca, 2005.

Nel 1690, il clero ortodosso romeno di Maramureș elesse il sacerdote vedovo Iosif Stoica da Criciova come loro vescovo. Non abbiamo alcuna testimonianza su dove prese i voti monastici prima dell'ordinazione vescovile, ma è noto che fu ordinato dall'ex-metropolita di Moldavia Dosoftei che a quell'epoca si trovava in esilio a Jolkiew in Polonia. Tuttavia, nel 1692 il vescovo Iosif firmava su un *antimension*<sup>85</sup> con le seguenti parole (testo slavone): «per la grazia di Dio, Vescovo ortodosso di Maramureș, esarca della Stauropegia Patriarcale Costantinopolitana, *locum tenens* della Metropolia di Bălgrad dell'Ardeal»<sup>86</sup>. Dunque, la funzione di esarca del monastero patriarcale – così come risulta dall'*antimension* – permette di dedurre che il vescovo Iosif aveva la sua residenza presso quel monastero<sup>87</sup>.

Altri due monasteri che furono residenza episcopale per i vescovi di Maramureș sono: il monastero di Uglea (oggi in Ucraina), fondato nella seconda metà del XV secolo, fu la residenza del vescovo Dosoftei Teodorovici, assassinato nel 1735; il monastero di Bârsana (oggi, contea di Maramureș), fondato nel 1390, la residenza di Gavriil Ștefanca (1735-1740), l'ultimo vescovo ortodosso di Maramureș, conosciuto nella storiografia anche come “Gavriil de Bârsana”<sup>88</sup>.

Un altro caso è il monastero maschile dei “Santi Apostoli Pietro e Paolo” di Huși nella provincia di Moldavia, a costruito dal voivoda Ștefan il Grande nel 1495. Nel 1598, con la fondazione della Diocesi di Huși (appartenente alla Metropolia di Moldavia) dal voivoda Ieremia Movilă di Moldavia, la chiesa monasteriale diventò chiesa cattedrale e tutto il complesso monastico fu subordinato alla sede vescovile<sup>89</sup>. Questo caso di combinazione sede vescovile–

---

<sup>85</sup> L'*antimension* (ἀντιμίσθιον) è un rettangolo di stoffa su cui è dipinta la deposizione di Cristo nel sepolcro e a cui angoli sono cucite reliquie. È consacrato dal vescovo che ne firma la dichiarazione scritta sullo stesso, e assegnato a una chiesa o un sacerdote. È conservato ripiegato sull'altare al di sotto del Vangelo. Viene spiegato durante il canto dell'inno cherubico e su di esso vengono posti i doni nella parte centrale della liturgia; è ripiegato dopo la distribuzione dell'eucarestia. Attualmente è considerato corrispondente alla pietra sacra dell'altare latino. La firma del vescovo consacrante è garanzia di comunione nella vera fede e ricorda la giurisdizione episcopale. [http://www.liturgiabizantina.it/glossario/glossario\\_a.htm](http://www.liturgiabizantina.it/glossario/glossario_a.htm) (ultimo accesso 04/09/2019).

<sup>86</sup> MIRCEA PĂCURARIU, *Sfinți daco-romani și români*, Trinitas, Iași, 1994, p. 66.

<sup>87</sup> Păcurariu sostiene che non esistono informazioni certe sul luogo della residenza vescovile di Iosif. Secondo lui, potrebbe trattarsi di uno dei monasteri di Maramureș, Hust oppure Uglea (oggi Ucraina), ma non è escluso che la residenza fosse stata in altri luoghi. Cfr. MIRCEA PĂCURARIU, *Sfinți daco-romani și români*, cit., p. 66.

<sup>88</sup> Cfr. MACARIE MOTOGNA, *Monahismul ortodox din Maramureș și Transilvania Septentrională până la începutul secolului al XIX*, Mănăstirea Rohia, Rohia, 2009, pp. 187-190.

<sup>89</sup> Si veda ALINA-MIHAELA PRICOP, *Contribuții la istoricul Episcopiei Hușilor*, Sfera, Bârlad, 2007; ȘTEFAN PLUGARU, TEODOR CANDU, *Episcopia Hușilor și Basarabia (1598-1949) (Istoric și documente)*, PIM, Iași, 2009.

monastero è particolarmente importante perché, tranne che per una pausa di 47 anni (1949-1996), si è mantenuto ininterrottamente fino a oggi. Attualmente, nel palazzo episcopale (ricostruito nel 1849 sulle fondamenta del vecchio palazzo) si trovano gli uffici diocesani e l'appartamento del vescovo Ignatie Trif, mentre i monaci hanno le celle in due edifici a una certa distanza dal palazzo vescovile (cca 150 m). Le loro responsabilità riguardano le celebrazioni liturgiche giornaliere della cattedrale e le attività amministrative del monastero e della diocesi<sup>90</sup>.

Sono da menzionare anche i casi dei vescovi ortodossi rifugiati in Valacchia a causa dei turchi nei secoli XVII-XVIII, i quali adempirono la funzione di egumeno (*staretz*<sup>91</sup>) presso i monasteri di rifugio: il vescovo Matteo di Mira – nel monastero di Dealu; il vescovo Partenie di Prespon – nel monastero di Snagov; il vescovo Serghie di Muncaci – nel monastero di Tismana; il vescovo Antonie – nel monastero di Argeș; il vescovo Dionisie – nel monastero di Câmpulung; il vescovo Daniil – nel monastero di Cotroceni<sup>92</sup>.

La prassi dei monaci-vescovi presso i monasteri conoscerà dopo il XV secolo un passaggio graduale dal modello monastero-residenza vescovile alla residenza-palazzo vescovile (oppure dal vescovo presso i monasteri al vescovo presso il palazzo vescovile) ossia alla residenza del monaco-vescovo presso la cattedrale episcopale (metropolitana oppure diocesana), determinato soprattutto dalla stabilità (organizzativa e funzionale) che l'ortodossia conobbe in queste zone, soprattutto nelle province romene di Valacchia e Moldavia. Il modello principale di questo cambiamento fu senz'altro quello bizantino in cui la già celebre e consacrata sinfonia di Chiesa e Stato (*sacerdotium et imperium*) giocò un ruolo fondamentale: i principi contribuirono alla fondazione e consolidazione delle strutture amministrative di autorità ecclesiastica (metropoli e diocesi), spostando la residenza dei vescovi nella capitale ed edificando cattedrali e palazzi vescovili accanto o nella prossimità del palazzo del principe, mentre i vescovi garantivano e sorvegliavano la legittimità

---

<sup>90</sup> Cfr. EPISCOPIA HUSILOR - SECRETARIAT, «Re: *Questionar*», messaggio a Maria Chiara Giorda, 23 dicembre 2017, E-mail.

<sup>91</sup> Nelle Chiese ortodosse slave e nella Chiesa ortodossa romena, la parola *staretz* (f. *staretza*) è usata per designare il superiore di un monastero, ma anche spesso per i monaci anziani (ordinati o semplici monaci), distinti per la loro vita. Con questo ultimo senso, nella sua semantica, il termine è sinonimo all'aramaico *avva/abba*, al copto *h'illo* e al greco *ghéron/ghéronta* (anziano). Cfr. *A Coptic Dictionary*, a cura di WALTER EWING CRUM, Oxford University Press, Oxford – New York, 1939, p. 669b; TIMOTHY WARE, *The Orthodox Church*, Penguin Books, London, 1997<sup>2</sup>, p. 39; EWA WIPSYCKA, *Moines et communautés monastiques en Egypte (IVe-VIIIe siècles)*, Journal of Juristic Papyrology Supplement 11, Varsavie, 2009, p. 327.

<sup>92</sup> Cfr. NICULAE I. SERBĂNESCU, *Biserica Ortodoxă Română de la primele întocmiri creștine pe pământ românesc, la Patriarhat*, cit., p. 615, nota 21.

del potere civile, essendo anche coinvolti nelle decisioni politiche e amministrative del principato. In Transilvania invece, il passaggio verso il palazzo vescovile avvenne verso la metà del XIX secolo, con lo spostamento della sede vescovile della diocesi ortodossa di Transilvania (l'unica diocesi dopo l'unione dei romeni con la Chiesa cattolica nel 1700) a Sibiu, nei tempi del metropolita Andrei Șaguna (metropolita di Transilvania tra il 1847 e il 1873).

In questi rapporti di autorità ecclesiastica e civile, la figura del monaco-vescovo non era più quella di un semplice pastore spirituale, ma di un vero dignitario di stato: il suo posto era nella città presso la cattedrale episcopale, sua chiesa e la chiesa del principe. Questa tradizione si è conservata fino ad oggi, nonostante i cambiamenti sociali e politici: la residenza dei vescovi è nei palazzi vescovili, che di solito si trovano nelle vicinanze o accanto alle cattedrali. Tuttavia, lo *status* di monaco del vescovo ha determinato fin da subito l'equiparazione della cattedrale a un monastero e la trasformazione delle sedi vescovili in luoghi di interazione tra il mondo monastico e quello laicale diocesano.

Il fatto che il territorio romeno fosse costellato da decine di monasteri sedi episcopali mostra come, anche in una situazione di incontri e scontri tra pratiche cristiane differenti, la prassi normata della residenza dei vescovi nei monasteri è rintracciabile sul lungo periodo.

#### *4. La Diocesi ortodossa romena d'Italia tra tradizione, continuità e proibizioni: un caso contemporaneo di residenza vescovile e monastero*

Come abbiamo visto, la tradizione dei monaci-vescovi è presente in Romania sin dall'inizio della formazione e consolidazione delle prime diocesi. Nell'ambito della storia del monachesimo romeno, la residenza dei vescovi presso i monasteri oppure dei monaci presso le sedi vescovili s'inserisce nella continuità di una tradizione antica destinata a ricordare lo stato monastico del vescovo e l'importanza del monachesimo nella vita della Chiesa ortodossa romena. La rilevanza di una tale prassi nella contemporaneità si riflette anche nel modo di organizzazione delle residenze vescovili nella diaspora ortodossa romena. Un caso eloquente è quello relativo alla Diocesi ortodossa romena d'Italia del Patriarcato di Romania, con sede a Roma in Via Ardeatina 1741 e che è retta dal vescovo Siluan Șpan, un esempio contemporaneo di vescovo-monaco<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> L'attuale vescovo Siluan era il vicario della Metropolia Ortodossa Rumena per l'Europa Occidentale e Meridionale che ha sede a Parigi. Nel 5 maggio 2008, il Santo Sinodo della Chiesa Ortodossa Romena, sulla proposta del sinodo della Metropolia per l'Europa Occidentale e Meridionale, fondò la Diocesi di Italia e elesse Siluan come vescovo titolare della nuova diocesi. Cfr. *Almanah Biseri-*

Legato alla diffusione parrocchiale e clericale è il fenomeno monastico che ha accompagnato e sostenuto la diaspora ortodossa romena in Italia, soprattutto a Roma dove nel 1994 lo ieromonaco Juvenalie (Ion Ionașcu) dal monastero maschile di Curtea de Argeș in Romania fu incaricato dell'organizzazione della prima parrocchia (Parrocchia di "S. Giovanni Cassiano")<sup>94</sup>. È in questo contesto che si inserisce la storia della sede episcopale romena (*Centrul Eparhial*), fondata nel 2008 in un luogo non ex cattolico, non edificato *ex novo*, ma secolare: una villa di una famiglia di architetti romani costruita negli anni '50, acquistata nel 2008 dalla Diocesi Ortodossa Romena d'Italia con l'aiuto finanziario del Governo Romeno e il sostegno del Patriarcato Romeno<sup>95</sup>.

All'interno della tradizione di autorità e rapporti tra vescovo e il mondo monastico, la sede episcopale è il luogo di residenza, oltre che del vescovo Siluan, anche del vescovo ausiliare Atanasie (un altro esempio di monaco-vescovo), del monaco Efrem (segretario personale del vescovo Siluan) e del padre Răzvan (prete divorziato, in stato di noviziato per voti monastici). Presso la sede funziona anche il monastero femminile "La dormizione della Madre di Dio" (*Mănăstirea Adormirea Maicii Domnului*), fondato il 26 settembre 2008 con la benedizione del vescovo Siluan e l'approvazione del Sinodo Metropolitano della Metropolia Ortodossa Romena dell'Europa Occidentale e Meridionale<sup>96</sup>. Secondo l'articolo 58 (3) dello Statuto della Diocesi, «il monastero dipende direttamente dal vescovo della Diocesi, che è anche il suo dirigente canonico»<sup>97</sup>. Dalla sua fondazione e fino a oggi la superiora (*staretza*) incaricata dal vescovo dell'amministrazione del monastero è la monaca Maria Popa. La composizione del monastero è variata nel corso del tempo: oggi vi risiedono la superiora Maria, la monaca Anastasia e la novizia Nicoleta<sup>98</sup>.

---

*cesc*, a cura di ARHIM ATANASIE, Episcopia Ortodoxă Română a Italiei, Roma, 2016, p. 7; FRANCESCO TAMBURRINO, *L'ortodossia a Roma. Tra spazi urbani e spazio pubblico*, in *Roma città plurale*, a cura di C. Russo e A. Saggiore, Bulzoni Editore, Roma 2018, 255.

<sup>94</sup> *Atto di costituzione della Comunità Ortodossa Rumena San Giovanni Cassiano*, Roma, 18 dicembre 1994. Mitropolitul Serafim Joanta, *Decizia nr. 71/1995*, Regensburg, Rumänisch Orthodoxe Metropolie für Deutschland und Zentraleuropa, 27 iunie 1995. Cfr. IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA, *La preistoria: la prima parrocchia ortodossa romena in Roma*, in *Ortodossi romeni d'Italia*, (Quaderni di Benvenuti in Italia 13), a cura di IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA, Torino, 2018, pp. 65-66; e anche Intervista a Ion Ionașcu (ex parroco e decano di Roma tra il 1994 e il 2005), 18.04.2018.

<sup>95</sup> Intervista a Ignazio Blasi, 14.05.2018; Intervista ad Andrea Cavalieri, 23.05.2018.

<sup>96</sup> *Almanah Bisericesc*, cit. pp. 552-554.

<sup>97</sup> *Statuto d'organizzazione e di funzionamento della Diocesi Ortodossa d'Italia*, <http://episcopia-italiei.it/index.php/rol/statute-si-legi/289-statutul-pentru-organizarea-i-funcionarea-episcopiei-ortodoxe-romane-a-italiei> (ultimo accesso 04/09/2019).

<sup>98</sup> Nonostante ripetuti tentativi di intervistarle e incontrare, fino ad agosto 2019 non è stato possibile nessun contatto.

Dal punto di vista legale, il monastero ha personalità giuridica con codice fiscale e conto corrente, ma non è proprietario di alcun edificio presso la sede vescovile, avendo lì soltanto il diritto di usufrutto. Gli unici beni immobili del monastero sono un terreno con ulivi e una casa usata per i riti spirituali del vescovo e delle monache, situata a Tufo, presso le montagne, nella Provincia di Avellino<sup>99</sup>.

Dal punto di vista architettonico, la sede della diocesi è organizzata in quattro aree. La prima area è costituita dall'unità immobiliare principale, un edificio a due piani e una mansarda, composta da un salone che ospita le riunioni ecclesiastiche e diplomatiche, la cucina e la mensa, collocate a pianoterra; l'appartamento del vescovo Siluan, localizzato al primo piano; le stanze delle monache situate al secondo piano; e infine le stanze di Atanasie, Efrem e Răzvan, collocate nella mansarda. Una piccola struttura annessa è riservata ai servizi igienici, staccati dalla casa grande. La seconda area, ricavata da un magazzino dismesso, è la piccola chiesa di circa 100 mq, alla quale si aggiunge una veranda coperta dove i fedeli possono assistere alle celebrazioni liturgiche quando la chiesetta è piena. La terza e ultima area è adiacente alla cappella ed è riservata agli uffici amministrativi della diocesi dove lavorano il vescovo Siluan, il vescovo vicario Atanasie e i suoi collaboratori, un arciprete e due segretari amministrativi laici; mentre, dall'altra parte dell'edificio, a piano terra si trovano la libreria e il deposito di oggetti e materiali ecclesiastici, come anche l'ufficio economico (la contabilità), dove lavorano due laiche: Irina e Simioana, aiutate – sporadicamente – anche da alcuni volontari. La quarta area è formata da una casa per gli ospiti, collocata davanti alla casa grande e vicino alla chiesa. A tutti questi edifici si aggiunge una piccola casetta di legno per i ragazzi che vengono ospitati presso la sede vescovile. Un grande cortile con alberi, due giardini e tre orti curati dalle donne fanno parte del podere della sede diocesana.

Pur seguendo la stessa regola e condividendo la stessa quotidianità, da un punto di vista canonico, le monache e i monaci sono affiliati a due monasteri differenti poiché gli uomini, tranne i due vescovi, appartengono al monastero maschile di “San Giovanni Theristis” in Bivongi (Calabria)<sup>100</sup>. Se *de jure* non si tratta di un monastero misto di uomini e donne, tuttavia, *de facto*, la convi-

---

<sup>99</sup> Intervista ad Atanasie Rusnac, 13.03.2018. Il 1° maggio 2018, Atanasie è stato ordinato vescovo con la titolatura Atanasie di Bogdania. I dettagli sulla sua elezione ed ordinazione si trovano all'indirizzo <http://episcopia-italiei.it/index.php/rol/comunicate/7596-sljba-hirotonei-intru-arhiereu-a-preacuviosului-parinte-arhimandrit-atanasie-1-mai-2018-roma> (ultimo accesso 04/09/2019).

<sup>100</sup> Fino al tempo dell'ordinazione vescovile, anche il vescovo Atanasie apparteneva canonicamente al monastero maschile «S. Giovanni Theristis» di Bivongi. *Storia del Monastero di San Giovanni Theristis*, all'indirizzo <http://bivongitheristis.altervista.org/it/vie-della-fede-e-del-ferro/le-vie-della-fede/monastero-di-san-giovanni-theristis-la-storia/> (ultimo accesso 04/09/2019).

venza di monaci e monache (seppur appartenenti a due comunità monastiche differenti) testimonia l'esistenza di una famiglia mista del monaco-vescovo<sup>101</sup>.

La giustificazione teologica e canonica di questa tipologia di convivenza risiede nel fatto che la vita del monaco è una vita di obbedienza assoluta e continua al superiore, in questo caso, il vescovo (canone 4 di Calcedonia); dunque, le necessità pastorali e missionarie sono spesso usate per esonerare il vescovo dall'osservanza delle norme che proibiscono sia la presenza delle donne nel palazzo vescovile – a norma del can. 3 del primo concilio ecumenico di Nicea e del can. 18 del settimo concilio ecumenico di Nicea –, sia la convivenza dei monaci e delle monache nello stesso spazio, cioè la convivenza mista e doppia, entrambe condannate dal canone 20 del settimo concilio ecumenico di Nicea<sup>102</sup>.

Le opinioni favorevoli e contrarie circa la presenza di un monastero femminile presso la sede diocesana sono state espresse sia dai laici sia da alcuni sacerdoti (*insiders* e *outsiders* della sede vescovile). L'ex-monaco Ion Ionașcu sostiene che la convivenza di uomini e donne presso le sedi vescovili sia divenuta normale in Occidente, nella diaspora ortodossa, dove, «per mancanza di spazi e per motivi pratici», uomini e donne vivono condividendo gli spazi; egli aggiunge che accade spesso che alcune donne vivano presso le sedi episcopali: è il caso spesso di sorelle di vescovi che svolgono le mansioni di cura dell'ambiente domestico. Interrogato sul carattere doppio del monastero, Ionașcu ha riaffermato la sua posizione più esplicitamente, dicendo: «non penso si possa chiamare monastero doppio, lì coesistono più realtà: la sede vescovile che comporta la presenza del vescovo, del suo vicario, del segretario e del diacono; il monastero femminile abitato dalle suore. Credo sia questa la realtà di quel posto. La presenza di monaci e sacerdoti e laici è solo accidentale»<sup>103</sup>.

Ignazio Blasi, parroco della parrocchia ortodossa romena “S. Sebastiano, martire” di Pomezia, aveva motivato nella sua intervista la presenza di monaci e monache presso la sede in questo modo: «Nella tradizione ortodossa, il vescovo è scelto tra i monaci, per tale ragione il vescovo ha al suo seguito una comunità di monaci che costituiscono con lui una piccola comunità monastica. È possibile che a questa comunità di monaci ci sia anche una comunità di monache che garantiscono al vescovo, alla sua missione pastorale, un sostegno logistico oltre che spirituale»<sup>104</sup>.

Un'opinione simile è riportata da una signora laica che ha lavorato come

---

<sup>101</sup> Cfr. MARIA CHIARA GIORDA, *Monaci e monache presso le sedi vescovili*, cit., p. 262.

<sup>102</sup> Si veda IOAN COZMA, MARIA CHIARA GIORDA, *Uomini e donne: la genesi tardo antica di un equivoco*, cit., pp. 41-50.

<sup>103</sup> Intervista a Ion Ionașcu, 08.05.2018.

<sup>104</sup> Intervista a Ignazio Blasi, 14.05.2018.

volontaria per molti anni presso la sede e il monastero, aiutando le monache sia nella cucina sia nell'amministrazione e gestione degli spazi. Ella sottolinea: «a me come donna non sposata che andavo soltanto per aiutarle, mi chiamavano suor E. Mi sentivo come se fossi parte dalla loro famiglia monastica. Infatti, mi trattavano così! Le povere monache! Lavoravano ogni giorno per mantenere tutto quel grande edificio pulito, preparavano il cibo per il vescovo e per monaci, e svolgevano in più anche attività amministrativi presso la diocesi: ad esempio, suor Anastasia che una volta era anche consigliere giuridico e canonico della diocesi»<sup>105</sup>.

Un'opinione diversa hanno invece alcuni parroci romeni della diocesi, i quali considerano inadeguata la presenza di un monastero femminile all'interno dello spazio amministrativo della diocesi, e nondimeno la coabitazione di monaci e monache nello stesso edificio. Interrogato sul tema in questione, padre F. ha risposto subito: «è uno scandalo! una cosa non canonica!»<sup>106</sup>; mentre padre S. ha sottolineato: «secondo me, abbiamo a che fare con una convivenza mista, stranamente autorizzata dal vescovo Siluan; purtroppo, anche se si tratta di una pratica non canonica, nessun chierico o laico dalla diocesi può dire qualcosa diverso o contro ciò che il vescovo fa di buono o di male nella diocesi»<sup>107</sup>.

Come abbiamo già messo in luce altrove, la confusione terminologica amplifica quella interpretativa e sottolinea lo iato tra il prescritto (cioè, il divieto), il *de facto* e la narrazione. Sebbene sia proibita la promiscuità di genere, esistono dei luoghi monastici in cui vivono donne e uomini, con regole di gestione e divisione fisica e spirituale. Le argomentazioni e le giustificazioni teologiche e canoniche a riguardo non paiono sufficienti e fanno propendere per una sorta di *camouflage* di queste situazioni.

Nella gestione del monastero, la piccola chiesa (chiamata *Paraclis*) – situata all'interno della sede e dedicata alla festa della Dormizione della Madre di Dio (15 agosto) – costituisce la fonte principale del reddito del monastero: la parte più cospicua sono i proventi che arrivano dalla vendita delle candele, degli oggetti sacri e dalle offerte delle persone che la frequentano. Le entrate sono usate per la manutenzione della chiesa, attività filantropiche, per le spese personali ed i viaggi, mentre la diocesi è incaricata del pagamento delle bollette (luce, gas, telefono e utenze) e della fornitura degli alimenti per la cucina.

---

<sup>105</sup> Nell'intervista telefonica, rilasciata il 15 marzo 2018, la signora ha espresso il suo desiderio di non essere ricordata con il nome reale. Lo stesso desiderio hanno espresso anche altre persone intervistate, perciò saranno ricordate soltanto con le iniziali.

<sup>106</sup> Intervista a F., 26.11. 2017.

<sup>107</sup> Intervista a S., 22.11. 2017.

Il progetto di una chiesa cattedrale in legno che dovrebbe accogliere in modo più confortevole i fedeli durante le celebrazioni è in fase di approvazione. Andrea Cavaliere, architetto di Torino, segue il progetto romano dal 2014: la chiesa dovrebbe sorgere sul terreno adiacente all'edificio degli uffici, in un terreno in pendenza che è sfruttabile a pieno per ospitare un edificio di culto (il materiale è già stato acquistato dal vescovo Siluan) di 300 metri quadrati. Oltre alla chiesa, nel progetto di costruzione è previsto anche l'ampliamento della sede vescovile con nuovi edifici per gli uffici diocesani<sup>108</sup>.

La combinazione di una sede vescovile e del monastero nello stesso spazio costituisce un motivo di attrazione per i fedeli ortodossi romeni, molto devoti e obbedienti alle strutture di autorità ecclesiastica e alla vita monastica. In questa struttura, la chiesa è il principale punto d'interferenza tra la vita pastorale dei fedeli e la vita monastica. Le celebrazioni, svolte dai monaci, avvengono ogni giorno al mattino (liturgia) e alla sera (vespri)<sup>109</sup> – seguendo i ritmi liturgici di qualsiasi monastero ortodosso – e ad esse partecipano poche persone laiche oltre che monaci; la domenica e durante le festività si riempie di persone – la maggior parte romeni, ma anche italiani – che arrivano dai paesi circostanti e dalla città: i fedeli arrivano ad essere più di un centinaio<sup>110</sup>. Secondo la dichiarazione del vescovo ausiliare Atanasie: «La liturgia della domenica è frequentata d'estate da 150 persone, gli altri mesi 200, 300, durante la quaresima e natale circa 400, mentre a Pasqua circa 3000, infatti montiamo un palco all'aperto. Dare dei numeri è difficile anche perché la liturgia è molto lunga, quindi qualcuno va via prima o qualcuno arriva un po' dopo»<sup>111</sup>.

All'interno della chiesa, uomini e donne, monaci e monache partecipano insieme alle celebrazioni senza alcuna separazione di genere o delimitazione strutturale<sup>112</sup>. Il vescovo Atanasie, responsabile delle attività liturgiche nella

---

<sup>108</sup> Intervista ad Andrea Cavaliere, 23.05.2018.

<sup>109</sup> Intervista ad Atanasie, 13.03.2018.

<sup>110</sup> Non essendo una chiesa parrocchiale, la frequenza è variabile, soprattutto durante il periodo feriale di estate quando il numero di quelli che attendono per la celebrazione domenicale non oltrepassa una sessantina di persone. Intervista a Ion Ionașcu, 18.04.2018; Intervista a Cristian Liahu, parroco della comunità ortodossa romena di Civita Castellana, 29.04.2018; Intervista a Ignazio Blasi, 14.05.2018. Secondo Gabriele Rizza, che ha partecipato e contribuito alla ricerca sul campo, i fedeli erano circa 100 durante una liturgia estiva del 29 luglio 2018: «La comunità è estremamente giovane, c'erano tanti bambini e tante giovani coppie, non mancavano gli anziani, ma principalmente i presenti erano donne di tutte le età».

<sup>111</sup> Intervista ad Atanasie, 29.07.2018

<sup>112</sup> Il fascino è aumentato anche dalla presenza delle reliquie appartenenti a diversi santi esposte per adorazione aperta (Efreim Nuovo, Nettario di Egina, Arsenio di Cappadocia, Callinico di Cernica, Ecaterina; Nicola di Bari, Lucia di Siracusa, Irodion di Lainici); tali reliquie rendono la chiesa del monastero un luogo di pellegrinaggio. Il monastero è visitato periodicamente da gruppi di pellegrini provenienti da tutta l'Italia e dal 2013 è stato incluso nel circuito del Centro di pellegrinaggi del

chiesa, sottolinea che la segregazione tra uomini e donne, frequente in alcune zone dalla Romania e dalla Moldavia, nonostante la motivazione teologica che rimanda all'osservanza della disposizione sull'iconostasi dell'icona di Gesù Cristo a destra e della Madre di Dio a sinistra, è difficile da applicare in Occidente e tanto meno nella chiesa del monastero, visitata da gente proveniente da zone geografiche con tradizioni locali diverse<sup>113</sup>.

Collegate alle attività liturgiche, presso il monastero si svolgono anche attività catechetico-formative (un'ora settimanale di religione ortodossa) ed educazionali (lingua, storia e cultura romena) destinate ai bambini e ai giovani che la domenica frequentano insieme ai genitori la chiesa del monastero. Per due anni, 2011 e 2012, il monastero ha organizzato anche corsi settimanali di formazione continua per il clero minore e laici.

Per quanto concerne l'attività editoriale: dal 2008, ogni anno, il monastero ha pubblicato un volume intitolato *Il Calendario di Tutti i Santi e dei luoghi d'Italia dove possono essere venerate le loro reliquie* (Calendarul tuturor sfinților de peste an și locurile din Italia unde pot fi cinstite moaștele lor), poi diversi libretti di contenuto catechetico (Merinde pentru suflet) e libri di carattere spirituale (Psalmi aleși, Prohodul Maicii Domnului). I progetti editoriali ancora in corso sono: *Una guida ortodossa di Roma* (Ghid ortodox al Romei) e *Le vite dei santi italo-greci del sud Italia* (Viețile sfinților Italo-Greci din sudul Italiei).

Tra le occupazioni del monastero, vi è anche la partecipazione ai progetti sociali e filantropici, di cui il più importante è quello destinato ad aiutare i bambini dalle famiglie dalla Romania e dalla Moldavia, chiamato *Le braccia dei genitori* (Brațele părințești). Ogni anno, nel periodo di quaresima precedente al Natale, si organizza una colletta destinata ad aiutare le persone povere romene e italiane. Devono essere menzionate qui anche le diaconie sociali fondate nel 2011: l'Associazione S. Lorenzo dei Romeni che ha 11 filiali sul territorio italiano; il Centro sociale di Roma; le case sociali di Torino, Venezia, Carrara, Cuneo; il centro medico di Verona; il centro di aiuto per la vita di Torino; la collaborazione della diocesi con l'Associazione Banco Alimentare di Roma e l'associazione Caritas di Ostia nel distribuire degli alimenti, vestiti

---

Patriarcato Romano. Cfr. *Almanah bisericesc*, cit., p. 554.

<sup>113</sup> Atanasie nota: «La ragione è molto semplice: è una tradizione antica che gli uomini stiano davanti all'icona di Gesù Cristo (a destra sulla iconostasi), perché il Signore Gesù è il modello della santità per gli uomini. Le donne stanno a sinistra per avere sempre davanti l'icona della Madre di Dio (la Deipara, Theothokos), che sta sempre a sinistra. La Deipara è il modello di santità per le donne. Su ogni iconostasi ortodosso, vi è sempre a destra l'icona del Signore Gesù e a sinistra l'icona della Madre di Dio. Questo però non ha qui una ricaduta pratica nella disposizione maschile e femminile». Intervista ad Atanasie, 13.03.2018.

e beni a coloro che si trovano in gravi difficoltà, e in cui sono coinvolte 40 parrocchie<sup>114</sup>.

La struttura architettonica, le interviste e le attività del monastero e della sede diocesana indicano una prossimità dei vescovi e delle monaci/monache definita dai seguenti elementi: la convivenza dei due vescovi e monaci/monache nello stesso edificio diocesano; l'uso comune della stessa cucina e mensa; l'uso comune degli stessi spazi (cortile, giardini ed edifici); la partecipazione comune alle celebrazioni nella stessa chiesa, imposta dalle necessità spirituali e liturgiche; la partecipazione alla vita quotidiana del monastero e della sede diocesana senza segregazioni di genere. La stessa prossimità si trova tra vescovo e le monache e le donne laiche, ma anche tra monaci e le donne che lavorano durante il giorno presso la sede vescovile. L'unico elemento di separazione tra uomini e donne è la collocazione separata (al secondo piano) delle monache e la proibizione a entrare nelle stanze delle monache; anche la collocazione delle stanze dei monaci nella mansarda e la proibizione per le donne di entrare dalla loro parte contribuisce alla separazione fisica.

Nella sua intervista, il vescovo Atanasie ha ammesso che non esiste una segregazione tra i monaci e le monache per quanto riguarda l'uso della cucina e la divisione di alcuni lavori, ma ha sottolineato il fatto che si rispetta accuratamente la separazione di genere. Atanasie spiega:

«abbiamo due spazi diversi con due entrate diverse, camere e bagni diversi, ogni realtà monastica ha la sua biblioteca. Altri spazi sono comuni, infatti ci incontriamo per pranzo, per cena e i servizi liturgici non sono separati. Inoltre, abbiamo dei turni per cucinare, lavare; anche io cucino spesso. Certo, le monache fanno più le cose da donne, i monaci più da uomini. Questo è un luogo di convivenza, è come una famiglia, ma monastica, è come in una normale famiglia: a volte cucina la mamma, altre volte il papà, oppure il figlio. Qui dentro è forte il senso di fraternità, non siamo sposati, questa è la nostra famiglia. Ad esempio, ho finito i miei doveri liturgici e ora iniziano i doveri della famiglia monastica. Leggiamo insieme, commentiamo libri, leggiamo la Filocalia. Ci prendiamo cura dei terreni, delle galline, delle api, lavoriamo sui libri perché abbiamo una casa editrice e ce ne occupiamo insieme, donne e uomini. Mettiamo insieme punti di vista maschile e femminile»<sup>115</sup>.

Ogni giorno, una dozzina di persone – uomini e donne – lavorano presso la sede episcopale, la maggior parte di loro come volontari, prestando differenti servizi, dalla cucina, alle pulizie, all'amministrazione, alla contabilità, nonché

---

<sup>114</sup> *Almanah bisericesc*, cit., p. 553.

<sup>115</sup> Intervista ad Atanasie, 29.07.2018.

contribuendo al buon svolgimento dei servizi liturgici: le donne e gli uomini cantano insieme alle monache e ai monaci, e gli uomini sono anche responsabili con la sicurezza e l'ordine durante le celebrazioni.

## 5. Conclusioni

La presenza di monaci e monache attorno al vescovo presso le sedi vescovili ortodosse rivela la continuità di una tradizione consolidata nel passato con la preferenza per il vescovato dei monaci. Iniziata nel quarto secolo come una soluzione piuttosto pastorale (furono scelti soprattutto i monaci distinti per la loro vita), la prassi del monaco-vescovo finì per diventare l'unica alternativa nell'ortodossia, rendendo del tutto impensabile oggi l'immagine del vescovo sposato e con famiglia. Al contempo, si è consolidata la figura del monaco-vescovo circondato dalla sua "famiglia" monastica, come è il caso delle sedi vescovili, in cui i monaci, ma anche le monache, compongono la famiglia monastica del vescovo.

Il caso presentato in questa sede è utile a confermare la continuità della prassi antica della convivenza tra il monaco-vescovo e i monaci presso le sedi vescovili, con la particolarità della presenza di un monastero femminile che lo contraddistingue dalle altre sedi vescovili ortodosse.

Le argomentazioni teologiche e canoniche, nonché le narrazioni collettive di questa tipologia di convivenza dei monaci e delle monache presso le sedi vescovili, nonostante il divieto canonico, potrebbero contribuire alle eventuali trasformazioni della visione e della pratica monastica ortodossa riferita al genere femminile.

## Riassunto

Secondo la tradizione ortodossa, i vescovi sono anche monaci: fin dal V secolo, in molti casi, i monasteri furono anche luoghi di residenza vescovile e contribuirono alla formazione e al consolidamento delle Chiese locali e al processo di trasmissione e di difesa della fede ortodossa. Questo accadde anche nel monachesimo ortodosso romeno che è intimamente connesso alla genesi e alle caratteristiche del cristianesimo romeno, assumendo un ruolo rilevante nelle dispute dottrinali del V e il VI secolo attraverso alcune figure importanti, tra cui Giovanni Cassiano, Germano e Dionisio Esiguo e i noti "monaci sciti". La sopravvivenza di tale prassi nella contemporaneità consiste nell'assunzione da parte

della sede diocesana dello statuto di luogo monastico, in cui i monaci e le monache sono membri attivi della realtà ecclesiastica che circonda il vescovo.

Questo articolo ha come obiettivo la ricostruzione della storia della figura del vescovo-monaco nella tradizione cristiana orientale e la prassi della coabitazione dei vescovi presso i monasteri nel monachesimo ortodosso romeno, in patria e nella diaspora, al fine di comprendere come oggi sia vissuta la compresenza dei due ruoli – monaco e vescovo – nella stessa persona e nello stesso luogo, tra diritto e realtà di fatto. Osservatorio privilegiato sarà il caso della sede episcopale della Diocesi ortodossa romena d'Italia.

La ricerca richiede l'uso di una metodologia storico-critica basata su fonti giuridiche, letterarie, archeologiche e documentarie e su un'indagine etnografica per lo studio dei casi contemporanei.

*PAROLE CHIAVE*

*Genere e religioni; istituzioni ecclesiastiche; Chiesa ortodossa romena, monachesimo ortodosso*

*ABSTRACT*

According to Orthodox tradition, bishops are also monks and, dating back to the fifth century, certain monasteries have also been a place of episcopal residence. Monasteries have contributed to the formation and consolidation of the local Churches as well as to the process of transmission and defense of the Orthodox faith. The same is true of Romanian Orthodox monasticism which is intimately connected to the genesis and characteristics of Romanian Christianity, taking on an important role in the doctrinal disputes of the fifth and sixth centuries through notable monastic figures such as John Cassian, Ghermanus, and Dionysius Exiguus and the well-known “Scythian monks.”

The survival of this practice in the contemporary world consists in the assumption by the diocesan headquarters of the status of a monastic place, where monks and nuns are active members of the bishop's entourage.

This article aims to historically reconstruct the figure of bishop-monk in the Eastern Christian tradition as well as the practice of bishop cohabitation in monasteries in the Romanian Orthodox monasticism. Whether at home or in the Romanian diaspora, this is done in order to understand how coexistence of the two roles – monk and bishop – within the same person and place is experienced today, between law and factual reality. A privileged observatory will be the case of the episcopal headquarters of the Romanian Orthodox Diocese of Italy.

The research requires the use of a historical-critical methodology based on juridical, literary, archaeological and documentary sources as well as on an ethnographic investigation in order to analyze the contemporary cases.

*KEY WORDS*

*Gender and Religions; Ecclesiastical Institutions; Romanian Orthodox Church; Orthodox Monasticism*

# *La Chiesa e la Prima guerra mondiale. Appunti di geopolitica ecclesiastica*

ROBERTA SANTORO

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Il pontificato di Benedetto XV* – 3. *La posizione della Chiesa cattolica* – 4. *La missione e la politica della Santa Sede. Riflessioni conclusive*

## 1. *Premessa*

La Prima guerra mondiale – una guerra totale perché non solo militare, ma anche economica, sociale e geopolitica – ha comportato grandi tragedie, la scomparsa degli Imperi e dei grandi Regni, l’impoverimento generale dei ceti deboli della società, cioè di coloro che maggiormente ne hanno portato il peso, e ha disegnato una nuova mappa politica in Europa. Non meno pesanti sono state le conseguenze sociali, politiche e demografiche, notevolmente drammatiche in sé e nelle proiezioni su un futuro, segnato dal vuoto lasciato dagli oltre nove milioni di morti<sup>1</sup>. Questa guerra può essere catalogata a ragione come una grande sconfitta dell’umanità, che attraverso gli sconvolgimenti registrati generò anche la premessa per la Seconda guerra mondiale<sup>2</sup>. Essa, inoltre, può essere anche considerata in qualche modo come una sconfitta della politica portata avanti dalla Santa Sede che non riuscì, nonostante l’appello del Papa e l’impegno della diplomazia vaticana, a fermarla. Tuttavia, si possono annotare

---

<sup>1</sup> Cfr. VITTORIO PIGNOLONI (a cura di), *Cappellani militari e preti soldato in prima linea nella Grande Guerra*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2016 in cui viene evidenziato il contributo dato dal clero italiano, condividendo la vita dei soldati al fronte, negli ospedali, negli enti territoriali, sparso su tutto il territorio nazionale. Proprio Papa Roncalli, in un’udienza (11 giugno 1959), parlando del periodo passato come cappellano negli ospedali durante la guerra, ricorda con nostalgia i cappellani che «nelle varie specialità di cui è loro affidata la cura spirituale, rappresentano infatti una possibilità nuova ed immensa di bene, sulla quale la Chiesa fa grandissimo assegnamento».

<sup>2</sup> Cfr. per tutti BENIAMINO DI MARTINO, *La Grande Guerra 1914-1918. Stato onnipotente e catastrofe della civiltà*, Monolateral, Dallas, 2018 in cui viene documentato come l’accrescimento dei poteri politici è stato all’origine della conflittualità che ha portato al disastro: una «guerra totale», inevitabile conseguenza della costruzione dello «Stato totale».

due fattori per così dire positivi: il primo è che la guerra si inserì e sostenne il processo da poco iniziato di riavvicinamento dei cattolici alla politica nazionale, segnando una svolta di superamento del periodo risorgimentale<sup>3</sup>; il secondo è che tra gli esiti del conflitto si registrò anche un ritorno alla fede e, allo stesso tempo, una progressiva trasformazione dell'atteggiamento cattolico davanti ai temi della pace e della guerra.

## *2. Il pontificato di Benedetto XV*

Il 3 settembre 1914 Giacomo della Chiesa, contro ogni previsione, venne eletto Papa e assunse il nome di Benedetto XV. Tra i suoi primi atti pubblici vi fu la denuncia della follia del conflitto, da lui definita “un’inutile strage”, adoperandosi per cercare di limitare l’estensione della guerra e per promuovere le condizioni di una pace rapida, senza vincitori né vinti<sup>4</sup>. Come è noto, non fu ascoltato anche perché sembrava che tutti fossero presi da una grande euforia a favore di una guerra di cui un’ampia maggioranza degli italiani (per così dire “colti”) non considerava le nefaste conseguenze negative.

Del resto, mai nessuno sembrò preoccuparsi di ciò che pensava il cosiddetto popolino, cioè quella parte consistente della popolazione che aveva seri problemi esistenziali, essendo molto vicina alla povertà (economica, sociale e di ruolo). La posizione del Pontefice fu di neutralità, che nella sua prospettiva doveva essere di tutta la Chiesa cattolica, come confermò nell’allocuzione concistoriale del 22 gennaio 1915, con cui condannava e riprovava «con tutte le forze ogni violazione del diritto ovunque sia stata commessa», respingendo ogni tentativo di «coinvolgere l’autorità pontificia nelle dispute dei belligeranti». Questa posizione, purtroppo, benché espressa dalla più elevata autorità ecclesiale non ebbe la forza di orientare il comportamento dei fedeli (tra i quali non solo molti laici, ma anche preti e religiosi), i quali, nelle rispettive nazioni belligeranti, diedero un sostegno non irrilevante all’intervento bellico, talvolta convinto talvolta flebilmente adesivo alla tendenza del momento. Vi fu, pertanto, una notevole divaricazione tra la linea neutrale del Pontefice e

---

<sup>3</sup> Cfr. tra gli altri BARTOLO GARIGLIO, *I cattolici dal Risorgimento a Benedetto XVI.*, Morcelliana, Brescia, 2013; vedi anche FRANCESCO TRANIELLO, *Religione cattolica e Stato nazionale. Dal Risorgimento al secondo dopoguerra*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>4</sup> Nel 1915, Benedetto XV confidandosi con il suo amico d’infanzia e uomo di collegamento tra la Santa Sede ed il Governo italiano, il barone Carlo Monti, definì quella che stava per coinvolgere l’Italia come «una guerra ingiusta». Cfr. ANTONIO SCOTTÀ (a cura di), *La Conciliazione ufficiosa. Diario del barone Carlo Monti incaricato d’affari del governo italiano presso la Santa Sede (1914-1922)*, vol. I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, 209.

quella prevalentemente interventista dei fedeli, i quali fecero pesare questa posizione attraverso le organizzazioni cattoliche e le varie associazioni, anche utilizzando le responsabilità civili, che alcuni di essi esercitavano. In generale, i cattolici si schierarono a sostegno dei loro Paesi, giustificando la partecipazione al conflitto come una “guerra giusta”, combattuta per difendersi contro un nemico identificato come l’anticristo. Ne derivò la rappresentazione di una Chiesa universale di fatto divisa al suo nuovo scenario interno, poco attenta a sposare unitariamente le ragioni di pace del pontificato.

Sotto un certo aspetto si può affermare che la divisione che emergeva si presentava sotto diverse forme, cioè era divisione tra i fedeli (in generale schierati con le linee politiche del proprio paese di appartenenza), tra fedeli e gerarchia (anche per la “timidezza” con cui l’episcopato sembrava divisione che avrebbe potuto essere difficilmente superata, necessitando un forte slancio evangelico o quanto meno, dati i tempi, un pressoché incondizionato atto di fedeltà alla giurisdizione vaticana. Il conflitto mondiale, quindi, conteneva una situazione drammatica per il carattere universale della Chiesa, poiché le nazioni, che potevano essere definite cattoliche, si trovavano su fronti opposti: questo paradosso definì nuovi scenari, che meritano di essere esaminati<sup>5</sup>.

Non si deve, inoltre, dimenticare che la condizione del Pontefice risultava ancora indebolita dagli effetti del suo *status* derivante dalla c.d. Questione romana, che pur presentandosi come un problema italiano di fatto aveva notevoli ripercussioni a livello internazionale<sup>6</sup>.

Di questo nuovo scenario è parte importante riveste la posizione assunta da Benedetto XV, il quale, ripetutamente, dall’inizio alla fine del conflitto, intervenne per scongiurare la guerra e le sue drammatiche conseguenze.

Un primo intervento, datato nel novembre del 1914, fu realizzato con l’Enciclica *Ad Beatissimi*, con la quale, dichiarando la sua opposizione all’intervento italiano, mise in guardia tutti avvertendo come «il fantasma della guerra domina dappertutto...nessun limite alle rovine, nessun limite alle stragi»; neanche il successivo intervento con *l’Esortazione ai popoli belligeranti e ai loro capi* del 1915, sortì effetto positivo, nella quale tra l’altro si legge «scongiuriamo Voi, che la Divina Provvidenza ha posto al Governo delle Nazioni belligeranti, a porre termine finalmente a questa orrenda carneficina che ormai

---

<sup>5</sup> A tal riguardo, cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Italia e Santa Sede. Dalla grande guerra alla Conciliazione*, Bari, 1966 in cui vengono analizzati alcuni aspetti ed elementi poco conosciuti della politica e della legislazione ecclesiastica italiana, durante un arco temporale che va a partire dal 1915 fino al 1929. Tutto ciò viene affrontato attraverso una ricostruzione ed un’analisi della dimensione ideologica e politica che poi ha portato alla regolamentazione pattizia dei rapporti tra Chiesa e Stato.

<sup>6</sup> Questo profilo internazionale è presente già in MARIO TEDESCHI, *Francia e Inghilterra di fronte alla Questione romana (1859- 1860)*, Giuffrè, Milano, 1978.

da un anno disonora l'Europa»; nel 1917 con la *Nota ai capi degli Stati in guerra* egli intese rendere ancora presente il suo accorato appello quando già il conflitto era nel pieno della sua evoluzione, benché risultasse molto difficile pensare a una sua sospensione. In sostanza, il Pontefice, pur in mancanza di un corredo legislativo di rango internazionale, nel tentativo di alleviare le sofferenze delle popolazioni umanizzando la guerra, sosteneva il diritto alla pace che avrebbe potuto realizzarsi solo attraverso un impegno concreto dei capi di stato, i quali al contrario erano decisamente orientati verso l'affermazione di un diritto alla guerra come strumento per la risoluzione dei conflitti che allora animavano la politica internazionale.

La ripetuta *moral suasion* del Pontefice non diede frutti a dimostrazione del fatto che il suo "potere spirituale intrinseco" in quella circostanza non poteva essere riconosciuto, poiché di fatto non risultava accettata la sua "vigilanza spirituale" sulla pace. Inoltre, la decisa posizione della Santa Sede produsse sul fronte delle relazioni con lo Stato italiano un raffreddamento istituzionale ed un rallentamento del processo per la risoluzione della "Questione romana", che nel decennio precedente sembrava essersi avviata verso una intesa silenziosa, che avrebbe potuto riaprire il tema della partecipazione dei cattolici alla vita politica. Un rallentamento che non si dovette solo all'esistenza di interessi collegati con l'evento bellico, ma anche a una sorta di silenzioso non gradimento della posizione del Vaticano sulla guerra, che condusse al prevalere della tesi della sovranità territoriale limitata nella individuazione di una adeguata risoluzione<sup>7</sup>. Nel frangente bellico, tuttavia, non solo non si abbandonarono i tentativi di riscrivere le relazioni tra Chiesa e Stato, ma riemersero alcune idee su un possibile ritorno del potere temporale del Papa, che fortunatamente non trovarono seguito<sup>8</sup>.

### 3. *La posizione della Chiesa cattolica*

In un discorso al Concistoro del 22 gennaio 1915, il Papa confermò la neutralità della Chiesa cattolica, che riprovava «con tutte le forze ogni violazione del diritto ovunque sia stata commessa», respingendo allo stesso modo

---

<sup>7</sup> Cfr. in generale ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1997, con cui l'A. offre una imprescindibile ricostruzione storico-giuridica del contesto in cui si sviluppò l'idea della trattativa tra Chiesa e Stato; inoltre, cfr. anche ANDREA PIOLA, *La questione romana nella storia e nel diritto. Da Cavour al Trattato del Laterano*, Giuffrè, Milano, 1969.

<sup>8</sup> Cfr. GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *La Santa Sede e le ipotesi di un ritorno del potere temporale durante la Grande Guerra*, in MASSIMO DE LEONARDIS (a cura di), *Fede e diplomazia. Le relazioni internazionali della Santa Sede nell'età contemporanea*, Educatt, Milano 2014, 69 ss.

il tentativo di «coinvolgere l'autorità pontificia nelle dispute dei belligeranti». Questo comportamento contrastava anche con la folle esaltazione popolare, che prendeva sempre più consistenza, in quel preciso momento storico, con la invocazione della guerra. Anche tra i fedeli cattolici sembrò cedere l'iniziale posizione verso una neutralità rispetto alla guerra e ripresero vigore le posizioni estremiste a favore dell'interventismo.

Il mondo cattolico italiano si caratterizzava per la varietà dei giudizi e delle posizioni rispetto al tema della guerra, sin dalla fase iniziale e per tutto il conflitto, contrariamente a quello che una preconcepita storiografia ha rappresentato nell'attribuire al mondo cattolico unità di posizione sotto la guida di un clero ritenuto disfattista, specie quando riflettevano sulle parole del Papa o sulle miserie della gente. La varietà del cattolicesimo si esprimeva nel dibattito che animava le sue diverse componenti, le associazioni, i giornali, le riviste e, comunque, si può certamente sostenere che le parole del Papa, pur creando ampi spazi di ripensamento e riflessione, non ebbero la forza di aggregare i cattolici nel Paese. Infatti, sembrava che, lungi dai precetti del pacifismo evangelico o dal dibattito sulla "guerra giusta", il momento bellico e il sentimento di patriottismo rappresentavano l'occasione di riconciliazione con la politica nazionale, dalla quale erano lontani da decenni a causa delle questioni generate alla Chiesa e al Papa dopo l'unità d'Italia, e il riconoscimento ufficiale da parte dello Stato: i cattolici italiani volevano dimostrare che erano buoni cittadini.

In questo variegato quadro di posizioni, una particolare menzione va fatta per la posizione dei cattolici-contadini, i quali come tutti i contadini si opponevano con maggior decisione all'intervento in guerra, verosimilmente perché non comprendevano il senso di un conflitto geograficamente lontano (specie per i contadini del meridione e delle isole) e, al contrario, avevano ben compreso che la guerra li avrebbe portato lontano dalla loro terra e dal loro lavoro, generando sofferenze, disastri e lutti. Nonostante rappresentassero la maggioranza nel Paese, non ebbero la forza di far prevalere la loro posizione, sia per la struttura sociale del Paese sia per l'ingannevole promessa del governo che alla fine del conflitto sarebbero state elargite terre ai giovani della classe del 1999<sup>9</sup>.

Il tema del legame fra cattolicesimo e patriottismo, specie nelle classi colte del cattolicesimo, sembrava, quindi, correre sull'onda del contesto bellico

---

<sup>9</sup> La recente storiografia ha riscoperto il rapporto (dimenticato) tra guerra e contadini, analizzando specialmente gli avvenimenti di quella che impropriamente si chiama storia locale: ad esempio vedi MARIO GIANFRATE, *Neutralisti, interventisti e contadini nella Prima guerra mondiale a Locorotondo*, Edizioni Dal Sud, Bari, 2008.

nella generale prospettiva di una sorta di “riconquista cattolica” della società italiana all’interno della Nazione, rivendicando il valore cristiano dell’amor di patria e muovendo dal presupposto che la religione cattolica era parte integrante della nazionale e, quindi, l’unica forza morale unitaria che poteva condurre l’Italia sulla via di una nuova grandezza, per realizzare la sua missione universale di civiltà, secondo il disegno della divina provvidenza.

Per vero, la religione acquistò un’altra forma di rilevanza nel contesto bellico, perché fu utilizzata dai poteri statali (Governo e comando delle forze armate) come veicolo di aggregazione e strumento motivazionale per i soldati. Del resto, non vi fu nessun privilegio per i seminaristi e per i sacerdoti (non era ancora stato sottoscritto il Concordato tra Stato e Chiesa del 1929, che disciplinò l’esenzione dal servizio militare per queste figure clericali), i quali furono inviati al fronte e occuparono tutte le posizioni, dalle infermerie in prima linea all’assistenza spirituale, senza dimenticare che, per la prima volta, fu istituita la figura dei cappellani militari. Del resto, anche il “timido” successivo riconoscimento del cappellano nelle forze armate realizzato con la sottoscrizione del Concordato del 1929 inizialmente costituì una mera esenzione personale e non portò a nessuna concessione politica di ampio profilo per la Chiesa, specie in tema di diritto internazionale tant’è che l’Italia nel Patto di Londra pretese l’introduzione di una clausola di esclusione della Santa Sede dalla Conferenza di Pace per timore che in quella sede si mettesse nell’agenda internazionale la delicata Questione Romana.

In sostanza, sembrò che le parole del Papa avessero scarsa eco nella Chiesa italiana in un momento nel quale, tuttavia, essa avvertiva gli esiti di un profondo travaglio sorto nel secolo precedente, condizionato dalla Questione romana e dal conflitto di lealtà degenerato in un lungo periodo di astensione dei cattolici dalla vita pubblica e politica italiana. Per questo, il dibattito sulla opportunità dell’intervento in guerra era dettato da una agenda che conteneva argomenti i quali, ricollegandosi a quel conflitto, toccavano la possibile definizione della guerra come “giusta”, il senso del nazionalismo per i cattolici, i confini della lealtà del cittadino-fedele allo stato-nazione. A tal proposito significativo fu lo spazio che *La Civiltà cattolica* dedicò, muovendo dal presupposto che la dottrina e l’etica cristiana erano compatibili con i doveri del cittadino nei confronti della Patria e dello Stato e distinguendo il nazionalismo “sano” dal “semplice” nazionalismo, inteso come movimento politico statalista e imperialista, sorto in Italia i primi del Novecento. Se il nazionalismo imperialista (basato essenzialmente sulla espansione territoriale e su una concezione materialistica, in quanto «mero strumento dello Stato e la famiglia e i suoi membri come cosa, tutto dello Stato») era inaccettabile, il nazionalismo “sano” era accettato poiché compatibile con la dottrina e l’etica cattolica. Lo

sforzo di legittimare il patriottismo cristiano portò a conciliare «l'amore e il culto della patria e dei parenti con l'amore e il culto stesso di Dio» in modo che i cattolici impegnassero la loro vita «sempre tanto più forti e operosi al vero bene della patria e della nazione, quanto più lontani dalle esagerazioni e dagli equivoci di un nazionalismo e patriottismo di falsa lega».

Inoltre, non si può dimenticare, come è stato osservato, che proprio il disastro bellico consentì a Benedetto XV di prendere consapevolezza «della fine degli equilibri internazionali», vedendo «nel conflitto il tramonto dell'eurocentrismo, il ridisegnarsi geo-politico del continente» nel tentativo di difendere «per l'ultima volta quel sistema multinazionale ormai avviato alla dissoluzione»<sup>10</sup>.

#### 4. *La missione e la politica della Santa Sede. Riflessioni conclusive*

Sta di fatto, comunque, che nel breve (ma intenso) pontificato di Benedetto XV la Chiesa riscoprì la sua natura spirituale e la sua vocazione cattolica, cioè missionaria e internazionale in un contesto geopolitico mutato, e si rese più vicina a tutti coloro che furono vittime delle sofferenze causate dalla guerra a qualunque popolo o nazione appartenessero, valicando in tal modo i confini della nazione italiana. In fondo, questo era proprio un obiettivo dell'intervento del Pontefice, che rispose ai bisogni del dopoguerra in modo efficace e moderno.

Di grande importanza fu la rifondazione dell'azione missionaria della Chiesa, favorita con grande impulso attraverso la lettera apostolica *Maximum illud* del 1919, nella quale si trova la sua idea delle relazioni tra la comunità ecclesiale e la società civile, che doveva essere principalmente orientata alla diffusione del Vangelo, distaccandosi dagli interessi politici dei poteri statali e civili. Profetico fu, in questa prospettiva, il tentativo di aprire a Pechino una Nunziatura apostolica, cioè un delegato pontificio che traeva la sua autorevolezza dal legame con il Pontefice e non con il potere di una organizzazione statale, che troverà corpo solo nel 1929 dopo la sottoscrizione del Concordato, poiché il fine era quello di rinnovare il cattolicesimo in Cina e non di stabilire relazioni diplomatiche con l'Impero.

Inoltre, l'impegno missionario, istituzionalmente sostenuto dalla Congregazione per le Chiese orientali fondata nel 1927, doveva muoversi con grande rispetto per i popoli ai quali la Chiesa si rivolgeva, coerentemente con la ne-

---

<sup>10</sup> GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *op. cit.*, 71-72

cessità di diffondere l'interesse evangelico. L'appello alla pace si estese anche a situazioni politiche estranee ai territori europei della grande guerra, ma ad essa strettamente collegati dal punto di vista storico-politico, come ad esempio gli eccidi dei cristiani in oriente e specialmente quello degli armeni del 1915: anche per questa situazione non vi fu un esito favorevole, nonostante il notevole impegno messo in opera insieme con il segretario di Stato Pietro Gasparri.

L'importanza del pontificato di Benedetto XV consiste, come è stato osservato, proprio nella risposta che seppe dare alla sfida che gli eventi ponevano in quel periodo alla Chiesa, e cioè «collocare la Chiesa nel mondo dopo l'isolamento di Pio X, ricollocarla dopo la guerra europea con il crollo di quattro imperi e la nascita dei nuovi Stati nazionali»<sup>11</sup>. Si trattava di due linee di azione che segnarono la missione e politica della Santa Sede, impegnata nella grande guerra e con una peculiare attenzione alla difficile relazione con il Regno d'Italia, ma non in modo da rendere univoca la operatività pastorale escludendo ogni altra attività.

Dopo la chiusura di Pio IX e il conseguente isolamento, lo stile del pontificato benedettino caratterizzò una politica ecclesiastica nella direzione di ricollocare la Chiesa e la sua missione in un contesto internazionale profondamente mutato in conseguenza dello scontro bellico. La caduta degli imperi e la nascita degli Stati nazionali imponevano una ridefinizione del ruolo della Chiesa, alla quale non poteva più bastare la pratica di una politica relazionale prevalentemente rivolta a un potere gestito verticalmente da re e imperatori. Inoltre la fine della guerra, oltre ad aver dato spazio ai nazionalismi, aveva lasciato intere popolazioni alla fame e in enormi sofferenze di fronte alle quali la tensione evangelica, che muoveva Giacomo Della Chiesa, non poteva restare insensibile.

Il disastro generato dalla guerra, che era sotto gli occhi di tutti, mostrò la durezza di una realtà ben diversa da quella immaginata e propagandata al suo inizio e causò anche un disastro spirituale e morale. Pertanto, il Pontefice rese la Chiesa interprete di un una sorta di risveglio spirituale, che comportò, da un lato, il riavvicinamento dei fedeli ai contenuti religiosi e, dall'altro, l'inizio di una riforma ecclesiale già verso la fine del conflitto bellico che vide la promulgazione del Codice di diritto canonico (che rimarrà in vigore dal 1917 fino alla riforma del 1983), una nuova visione dell'impegno in politica con l'abolizione del *non expedit* e l'icoraggiamento alla costituzione di un partito a base cristiana (nacque poi il Partito Popolare Italiano), lo sviluppo degli stu-

---

<sup>11</sup> GIOVANNI BATTISTA VARNIER, «Una guerra ingiusta». La Santa Sede e l'Italia tra neutralità e intervento (1914-1915), in *Annuario de Historia de la Iglesia*, vol. 23, 2014, 17-39.

di ecclesiastici (tra le altre iniziative decretò l'istituzione della Università Cattolica del Sacro Cuore a Milano), il riavvicinamento con le chiese orientali.

Il Pontefice come risposta al dramma bellico mise in moto un lento processo di rinnovamento che, quasi come contrappasso agli effetti della "modernizzazione" e alla 'scristianizzazione' nella società, spingesse alla ricerca di una purezza dottrinale e alla riscoperta della fedeltà evangelica, temi che ben dopo la fine della Seconda guerra mondiale spingeranno papa Giovanni XXIII alla convocazione in Vaticano del secondo Concilio ecumenico.

Dopo la fine della guerra si aprivano nuovi scenari rispetto ai quali il magistero di pace tenacemente, ma quasi isolatamente, perseguito da papa Benedetto XV si mostrò profetico perché i contenuti erano rigorosamente non rispondenti a una politica ecclesiastica segnata dal confronto della Chiesa con le altre "potenze" del tempo. Non casualmente la sua logica della pace si può dire che è il fondamento sul quale è stato costruito l'insegnamento sul valore della pace dei Papi del Novecento, tra cui Giovanni XXIII, Paolo VI, Giovanni Paolo II, Benedetto XVI, Francesco<sup>12</sup>.

Il pontificato benedettino, centrale in quel delicato periodo del Novecento sia per la capacità di comprendere i problemi e la crisi della società del tempo sia per l'intensità dell'azione diplomatica sia per la profondità dell'azione spirituale, fu segnato dall'impegno per la pace, per le missioni, per l'ecumenismo, perseguendo una strada che ne fece un magistero profetico anche per la modernità delle proposte e delle prospettive<sup>13</sup>. L'impegno per la pace e per le missioni si trasformerà, qualche anno più tardi, con la sottoscrizione dei Patti del Laterano e specialmente del Trattato (con il quale prese forma lo Stato Città del Vaticano), in un dato giuridico e in una prospettiva politica. Infatti, nei Patti lateranensi proprio la neutralità costituisce la caratteristica e il fine tipico dello Stato Città Vaticano e della Santa Sede, come organo esponenziale sia della Chiesa sia dello Stato vaticano. Per altro verso, la propensione per la missione determinò alla costituzione dello IOR che era stato pensato proprio come organo strumentale alla azione missionaria della Chiesa, sebbene questa vocazione iniziale sia stata gradualmente dimentica nel corso degli anni (e specialmente negli ultimi decenni) e sostanzialmente abbandonata a favore di

---

<sup>12</sup> Cfr. GIULIO BEVILACQUA, *In morte di Giovanni XIII*, in *Humanitas*, XVIII, 1963, p.560 in cui «...una Chiesa decisa ad abbandonare tutte le vie trionfali, per camminare sulla via dolorosa, che è la sola via sulla quale il Figlio dell'uomo può incontrarsi con il tragico uomo dei nostri giorni. Questa la Chiesa consegnata da Giovanni XXIII a Paolo VI»

<sup>13</sup> A tal riguardo, vedasi GIORGIO RUMI (a cura di), *Benedetto XV e la pace. 1918*, Morcelliana, Brescia, 1980; inoltre, cfr. ROMEO ASTORRI, *La Santa Sede e gli Stati europei dopo la prima guerra mondiale. Riflessioni su alcuni libri recenti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2 /1993, pp. 441-447.

una funzione assimilabile a quella di una vera e propria istituzione bancaria, con tutte le conseguenze negative che ne derivarono e che sono state drasticamente modificate dalle riforme economiche volute da papa Francesco. Guardando la figura e l'azione di Papa Benedetto XV, alla luce dell'evoluzione della vita della Chiesa e delle sue relazioni con la società e con lo Stato si deve rimarcare l'importanza di un pontificato che segnò il passaggio drammatico verso un futuro di rottura con un passato risorgimentale di chiusura e di conflitto, che per i cattolici costituì una nuova sfida, finalizzata alla pacificazione di un Paese sofferente e diviso, una nuova strada verso la consapevolezza di un protagonismo politico necessario, una nuova sfida verso la modernità per essere Chiesa.

ABSTRACT

La Prima guerra mondiale- una guerra totale perché non solo militare, ma anche economica, sociale e geopolitica- ha comportato grandi tragedie, la scomparsa degli Imperi e dei grandi Regni, l'impovertimento generale dei ceti deboli della società, cioè di coloro che maggiormente ne hanno portato il peso, e ha disegnato una nuova mappa politica in Europa. Non meno pesanti sono state le conseguenze sociali, politiche e demografiche, notevolmente drammatiche in sé e nelle proiezioni su un futuro, segnato dal vuoto lasciato dagli oltre nove milioni di morti. Questa guerra può essere catalogata a ragione come una grande sconfitta dell'umanità, che attraverso gli sconvolgimenti registrati generò anche la premessa per la Seconda guerra mondiale. Essa, inoltre, può essere anche considerata in qualche modo come una sconfitta della politica portata avanti dalla Santa Sede che non riuscì, nonostante l'appello del Papa e l'impegno della diplomazia vaticana, a fermarla. Tuttavia, si possono annotare due fattori per così dire positivi: il primo è che la guerra si inserì e sostenne il processo da poco iniziato di riavvicinamento dei cattolici alla politica nazionale, segnando una svolta di superamento del periodo risorgimentale; il secondo è che tra gli esiti del conflitto si registrò anche un ritorno alla fede e, allo stesso tempo, una progressiva trasformazione dell'atteggiamento cattolico davanti ai temi della pace e della guerra.

PAROLE CHIAVE

*Prima Guerra mondiale; Santa Sede; Benedetto XV; Europa*

ABSTRACT

The First World War – a total war because not only military but also economic, social and geopolitical – has involved great tragedies, the disappearance of the Empires and of the great Kingdoms, the general impoverishment of the weak classes of society, that is of those who most they have borne the burden, and designed a new political map in Europe. No less serious were the social, political and demographic consequences, notably dramatic in themselves and in the projections on a future, marked by the void left by the over nine

million deaths. This war can rightly be categorized as a great defeat of humanity, which through the registered upheavals also generated the premise for World War II. Moreover, it can also be considered in some way as a defeat of the policy pursued by the Holy See which failed, despite the Pope's appeal and the commitment of Vatican diplomacy, to stop it. However, two positive factors can be noted, so to speak: the first is that the war became part of and supported the recently begun process of bringing Catholics closer to national politics, marking a turning point in overcoming the Risorgimento period; the second is that among the outcomes of the conflict there was also a return to faith and, at the same time, a progressive transformation of the Catholic attitude towards the themes of peace and war.

KEY WORDS

*First World war; Holy See; Benedetto XV; Europe*

# *L'uso politico della santità. Riflessioni sulla proposta di beatificazione di Luigi Sturzo*

LUIGI BARBIERI

*SOMMARIO: 1. Le conclusioni della Commissione storica – 2. Dalla Rerum novarum all'antropologia politica – 3. Il chiodo storto della giostra: una storia di ordinaria santità – 4. L'eterogenesi dei fini nelle cause dei santi nella Chiesa del terzo millennio*

## *1. Le conclusioni della Commissione storica*

La fase diocesana del processo di beatificazione a don Sturzo si è conclusa dopo circa ventidue anni di indagini, con l'acquisizione di prove testimoniali e documentali, con la valutazione di perizie, l'esame di relazioni e pareri.

Un corposo materiale probatorio attentamente esaminato dalla Commissione storica, che ha concluso i lavori nel 2017, esprimendo un voto affermativo per la beatificazione, proponendo alla Congregazione competente la testimonianza di vita del sacerdote politico come un modello di santità.

Il dicastero ha dato impulso alle ulteriori fasi del processo, così come previsto dalle norme in materia.

Gli atti preliminari conclusi in sede locale lasciano presagire una definizione positiva dell'*iter* processuale, con l'emanazione da parte del pontefice di una sentenza di beatificazione a carattere non definitivo<sup>1</sup>. L'istruttoria eseguita in sede diocesana<sup>2</sup> probabilmente non accerta miracoli compiuti dal Ser-

---

<sup>1</sup> Sul processo di beatificazione GIUSEPPE DALLA TORRE, «*Sacro*», «*Santo*» e «*politica della santità nella tradizione latina*», in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 3, 2001, p.317; Id., *Santità e diritto. Sondaggi nella storia del diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 1999, p.11 e ss.; Id., *La nascita della congregazione dei santi*, in GIOVANNI MORELLO, AMBROGIO PIZZORNI, PAOLO VIAN (a cura di ), *Diventare santo. Itinerari e riconoscimenti della santità tra libri, documenti e immagini*, LEV, Città del Vaticano, 1998, p. 62; Id., voce *Processo canonico (processo di beatificazione e canonizzazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Utet, Milano, 1987, pp. 932-943; ROBERTO RUSCONI, *Santo Padre, La santità del Papa da S.Pietro a Giovanni Paolo II*, Viella, Roma, 2010, p.30 e ss.; JOSÉ LUIS GUTIERREZ, *I miracoli nell'apparato probatorio delle cause di canonizzazione*, in *Ius Ecclesiae*, 10, 1998, p. 79.

<sup>2</sup> GIOVANNI PALLADINO, *Don Luigi Sturzo. Maestro di vita e di libertà*, Rubbettino, Soveria Mannelli

vo di Dio, né, come è noto, attesta alcun martirio, inteso come sacrificio della vita. Essa propone semplicemente la testimonianza di una vita vissuta con l'esercizio di virtù eroiche, cioè con una eccezionale forza d'animo, pazienza, mitezza, audacia, fervore, vita di relazione, senso dell'umorismo *expedite, prompte et delectabiliter*, secondo l'insegnamento di Papa Lambertini<sup>3</sup>, il giurista canonista bolognese, eletto al soglio pontificio con il nome di Benedetto XIV, al cui nome è legata la raccolta sistematica delle norme sulle cause dei santi, un *corpus iuris* emanato nel XVIII secolo e naturalmente superato dalle disposizioni successive; una radice storica per le cause dei santi che tutt'ora influenza il sistema normativo, caratterizzato dalla specialità delle norme vigenti in relazione alle disposizioni codicili<sup>4</sup>.

L'evento della chiusura della fase diocesana non è stato comunicato dagli organi d'informazione con il dovuto risalto<sup>5</sup>, perché esso non fa *audience*, oppure perché la notizia assurge appena a dignità di pubblicazione sui bollettini diocesani o sulle riviste collegate alle testate di stretta pertinenza cattolica<sup>6</sup>.

---

(CZ), 2017, p.21.

<sup>3</sup> È il caso di Beretta Molla (beatificata da Giovanni Paolo II il 24 aprile 1994) trattato in un saggio di VALENTINA CECILIOT, *Donne sugli altari. Le canonizzazioni di Giovanni Paolo II*, Viella, Roma, 2018, p.116 e ss.

<sup>4</sup> *L'Opus de Servorum Dei beatificazione et Beatorum canonizatione* (1741) costituisce un *corpus iuris* redatto da Prospero Lambertini, arcivescovo bolognese. Sotto il suo pontificato la procedura per la canonizzazione fu aggiornata con una forma di rito speciale, più affine alla procedura penale (*investigatio veri, lumen veritatis*), piuttosto che ai profili istituzionali del diritto processuale civile. Dalla metà del XVIII secolo questa peculiare forma di processo si è conservata sostanzialmente intatta fino alla codificazione piano benedettina del 1917, ove la materia era disciplinata nella seconda parte del Libro IV, *De processibus. De causis beatificationis servorum Dei et canonizationis beatorum*, canoni 1999 – 2141. Il codice vigente al can. 1403 rinvia alle disposizioni speciali emanate dal Papa, salvo il rinvio alle norme codicili e alla legge universale contenute nelle stesse disposizioni speciali. Per esse si richiamano le disposizioni di Giovanni Paolo II, emanate con la Costituzione Apostolica *Divinus Perfectionis Magister*, in AAS, n.75, 1983, pp.349-355 e del pontefice regnante promulgate con il *Motu Proprio Maiorem hac dilectionem* e con l'esortazione apostolica *Gaudete et exsultate*, emanata il 19 marzo 2018, in AAS, 19-3-2018; sul punto ANTONIO SPADARO, *Gaudete et exsultate. Radici, struttura e significato della esortazione apostolica di papa Francesco*, in *La Civiltà Cattolica*, 2, 2018, pp.107-123.

<sup>5</sup> Qualche cenno in «*Famiglia Cristiana*», periodico n. del 29-4-2018 e in «*Avvenire*» edizione del 24-11-2017; in proposito si richiama l'interessante analisi di DANIELA SERENELLA, *Le riviste del secondo dopoguerra, in Cristiani d'Italia*, Utet, Torino, 2011. Devono essere segnalate le manifestazioni promosse da una Casa editrice per presentare il libro di GIOVANNI PALLADINO, *Don Luigi Sturzo*, cit., contenente alcuni estratti della Commissione storica, testimonianze e documenti, raccolti in 22 anni di istruttoria. Si rinvia pertanto allo stesso saggio per ogni dettaglio sulla fase diocesana. Il quotidiano di informazione collegato alla CEI nell'edizione del 25 novembre 2017 riporta la cronaca della cerimonia di chiusura dei plichi che contengono i documenti della Commissione storica; per una di quei paradossi di cui spesso si compiace la storia, l'udienza celebratasi con imponente solennità si è tenuta nella stessa sala del Palazzo del Laterano ove l'11 febbraio 1929 vi fu lo scambio di ratifiche per i Patti Lateranensi. Sul problema della diffusione delle riviste cattoliche.

<sup>6</sup> L'organo di informazione ufficiale della Santa Sede «*L'Osservatore Romano*» nell'edizione del 25 novembre 2017 ha dato notizia della chiusura della fase diocesana con un trafiletto in nota a

Un avvenimento di scarso interesse mediatico, irrilevante per le finalità del *business plan* delle società commerciali proprietarie dei quotidiani nazionali, che non di rado disattendono gli obiettivi culturali cui sono finalizzati.

L'omissione è priva di consistenza intellettuale e morale. Occorre pertanto porvi rimedio, proponendo alcune considerazioni in ordine sparso, che necessariamente si snodano verso conclusioni provvisorie.

L'indagine è condotta con un metodo interdisciplinare ove confluiscono elementi di storia del diritto canonico, combinati con alcuni profili istituzionali di diritto processuale civile, di sociologia, di antropologia giuridica, di filosofia politica, con qualche breve e pur necessario riferimento alle scienze teologiche<sup>7</sup>.

Un approccio multidisciplinare, assunto con una terminologia ad un tempo secolare e religiosa e tuttavia scevra da contaminazioni agiografiche. Il contributo propone un'ulteriore sfaccettatura di un personaggio dalla personalità poliedrica, incomprensibilmente trascurato dai ricercatori delle scienze ecclesiasticistiche.

Giova ribadire a riguardo che il diritto ecclesiastico non è un sapere finito, bensì una disciplina in continua espansione dei confini, per recepire e comprendere i dati empirici che la realtà offre. Il processo di beatificazione di don Sturzo è un evento da non lasciare cadere nell'oblio.

## *2. Dalla Rerum Novarum alla antropologia politica*

La ricostruzione del primo periodo romano dello studente di filosofia alla Gregoriana è imprescindibile per l'analisi del personaggio, per la penetrazione del suo pensiero e per lo studio della sua opera. Gli anni del soggiorno romano non sono meno interessanti di quelli della maturità dello Sturzo impegnato nella vita politica nell'arco temporale databile dal 18 gennaio 1919 al dicembre del 1924<sup>8</sup>.

Il giovane sacerdote siciliano s'immerge nell'agone per un'intima esigenza di contrasto alla povertà dilagante, che aveva avuto modo di sperimentare sin da giovane nella sua Sicilia e in età più matura nelle borgate romane. Nella

---

un articolo a firma di Mons. MICHELE PENNISI, Presidente della Commissione storica diocesana per la beatificazione di don Sturzo.

<sup>7</sup> SALVATORE BERLINGÒ, *Ordine etico e legge civile: complementarità e distinzione*, in *Iustitia*, 3, 1996, pp.198-238; si veda GABRIEL KARL, *L'esercizio del potere nella chiesa attuale secondo le teorie sociologiche*, in *Concilium*, 3, 1998, pp.54-66.

<sup>8</sup> La bibliografia sulla vita di Luigi Sturzo sovrasta la nostra indagine; sull'argomento è fondamentale la monografia di GABRIELE DE ROSA, *Sturzo*, Utet, Torino, 1977.

periferia della capitale, tutt'oggi luogo di disumano degrado, il giovane studente di filosofia fu chiamato, occasionalmente nottetempo a svolgere il ministero pastorale, per somministrare l'unzione degli infermi a una partoriente che si avviava verso una conclusione tragica della gestazione. Lo scenario di indigenza estrema che ledeva la dignità morale e sociale della comunità delle borgate, segnerà in profondità l'intimo del giovane prete, che sceglie la strada della politica per un'azione frontale di contrasto alla povertà, in soccorso dei più deboli e dei diseredati.

Per Sturzo la carità cristiana non può e non deve servirsi solo della beneficenza, poiché essa il più delle volte risulta essere un mezzo inefficace per ridurre le sacche di povertà. La solidarietà cristiana deve concretizzarsi in una spinta propulsiva per la riforma della società in senso democratico, in un contesto nel quale i consociati sono chiamati a partecipare responsabilmente alla vita sociale per la ricerca del bene comune. In tal senso la carità non può essere disgiunta dalla ricerca assidua e costante della giustizia sociale, paradigma imprescindibile per la costruzione della città dell'uomo<sup>9</sup>. Da qui l'idea di tradurre in azione politica il momento culturale acquisito con lo studio della *Rerum Novarum*. Il manifesto della dottrina sociale della Chiesa, emanato, sul finire del secolo decimonono da Papa Gioacchino Pecci, eletto al Soglio con il nome di Leone XIII<sup>10</sup>.

Il giovane docente di filosofia, con acutezza interpretativa, comprese che la lezione leonina non proponeva una terza via tra il capitalismo e i sistemi marxisti. Il Magistero suggeriva con profondità di analisi un metodo per coniugare persona e mercati, capitale di produzione con capitale umano e forza lavoro, l'autonomia individuale con la solidarietà partecipativa. Un capitalismo molecolare che pone ancora una volta al centro del sistema economico l'Uomo. Una rivalutazione del capitalismo buono radicato nel tempo, sperimentato dai monaci francescani nel tardo medio evo (cui si deve la partita doppia nelle poste di bilancio) e da S. Antonino da Firenze sul finire del XVI secolo. Una proposta di economia solidale, avanzata sul piano scientifico dal Toniolo e tradotta in magistero dal vegliardo pontefice. Una lezione contro il capitalismo

---

<sup>9</sup> Sono evidenti le influenze sturziane sul saggio di BENEDETTO XVI, *La carità politica. Discorso agli uomini e alle donne impegnati nelle istituzioni civili*, LEV, Città del Vaticano, 2012, p. 11 ss.; GIORGIO GROppo, *Chiesa e politica nel pensiero di J. Ratzinger*, Cantagalli, Siena, 2018; Cfr. MASSIMO LUCIANI, *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI*, in MARTA CARTABIA, ANDREA SIMONCINI (a cura di), *La legge di Re Salomone*, LEV, Città del Vaticano, 2013, p. 98 ss.

<sup>10</sup> MICHEL NOVACK, *L'etica cattolica e lo spirito del capitalismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, p. 121 ss.; GIOVANNI MANZONE, *Il mercato. Teorie economiche e dottrina sociale della Chiesa*, Queriniana, Brescia, 2001, p. 26 ss.; ALFIO SPAMPINATO, *L'economia senza etica è diseconomia. L'etica dell'economia nel pensiero di don Luigi Sturzo*, in *Il sole 24 ore*, 2005; MAURO MAGATTI, *Libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo techno-nichilista*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 71.

calvinista, inutilmente proteso verso l'arricchimento senza limiti. La lettera enciclica è stata interpretata come un argine contro il dilagare delle teorie marxiste, diffuse anche a causa degli eccessi degenerativi contro la classe operaia e susseguenti alla rivoluzione industriale, che andava sviluppandosi prevalentemente nei paesi nordeuropei. L'insegnamento di Papa Pecci sarà parte integrante del patrimonio culturale e programmatico del PPI in tema di economia<sup>11</sup>.

### *3. Il chiodo storto della giostra<sup>12</sup>: una storia di ordinaria santità*

Uomo e sacerdote di santità sperimentata nelle avversità di un'esistenza longeva, spesa interamente al servizio dell'istituzione sacrale e di quella politica, Luigi Sturzo era dotato di un ingegno versatile e eclettico. Il sacerdote di Caltagirone ha rivisitato su vasta scala con lucidità di analisi le scansioni delle scienze umane, dalla sociologia alla filosofia politica, dalla musica alla drammaturgia, dalla storia, all'economia e, infine, alla politica come ragion pratica, per una lezione di carità, impartita con modalità penetranti per raggiungere direttamente la coscienza dell'interprete.

Sturzo ha sempre affermato di aver conformato la sua esistenza all'esempio dei: «... primi cristiani, che portavano il Vangelo nascosto sotto la tunica e alimentavano alla santa parola la loro fede, mentre come cittadini invadevano i fori ed esponevano davanti ai presidi e ai re le parole dello Spirito Santo...»<sup>13</sup>.

Vangelo e *Rerum Novarum*<sup>14</sup> le coordinate per ritrovare le radici della testimonianza cristiana del sacerdote politico. Il testo sacro e l'Enciclica leonina costituivano le fonti principali dalla quali desumere il principio fondante della dignità della persona umana, che non può essere conculcata per nessuna ragione superiore di ordine politico, come si pretende nei regimi totalizzanti<sup>15</sup>. La

---

<sup>11</sup> GIORGIO VECCHIO, *Luigi Sturzo. Il prete che portò i cattolici alla politica*, Centro Ambrosiano, Milano, 1997, p. 44.

<sup>12</sup> Trattasi di un frammento della poesia di FRANCO ARMINIO, *Cedi la strada agli alberi*, Bompiani, Milano, 2018.

<sup>13</sup> MASSIMO NARO, *Con il vangelo nascosto nel petto. Il cammino spirituale di Luigi Sturzo*, in FRANCESCO FAILLA, GIUSEPPE FEDERICO, UMBERTO PEDI (a cura di), *Don Luigi Sturzo apostolo della carità*, Città Nuova, Roma, p. 36; VINCENZO BERTOLONE, *Con il Vangelo nascosto nel petto*, in *L'Osservatore Romano*, 17 gennaio 2019, p. 5. L'opera e il pensiero di don Sturzo hanno avuto un innegabile influenza anche su Concilio, cfr. MARTA CARTABIA, *Prefazione* a FRANCESCO OCCHETTA, *Ricostruiamo la politica. Orientarsi nel tempo dei populismi*, San Paolo, Milano, 2019, p. 11.

<sup>14</sup> FRANCESCO DANTE, *La Rerum Novarum dopo la Rerum Novarum*, in GABRIELE DE ROSA (a cura di), *I tempi della Rerum Novarum*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2003, p. 79 ss.

<sup>15</sup> In larga misura la giuspubblicistica degli anni '30 del secolo scorso aveva dato convinta adesione

disapplicazione di tale metodo comporta la lesione irreversibile dei principi di etica sociale<sup>16</sup>, così come sperimentata nel ventennio della dittatura fascista del secolo scorso, che vide in don Luigi uno strenuo oppositore al regime.

La «metafisica dell'errore»<sup>17</sup> che si annida nella teorica fascista, ebbe infatti da Sturzo una ferma azione politica di contrasto sin dai primi anni dell'avvento del regime e, in maniera sempre più determinata, dai giorni cupi dell'omicidio Matteotti ai mesi successivi.

Il 1924 è l'anno dell'allontanamento forzato dall'agone politico. Un ordine perentorio di esilio come era stato correttamente interpretato dalla cerchia più ristretta di amici e collaboratori, l'invito irrevocabile pervenuto al Segretario Nazionale del P.P.I. dalle segrete stanze del potere d'oltre Tevere per un lungo soggiorno negli istituti di ricerca e nei laboratori scientifici dei paesi del nord Europa.

La stampa di regime notiziava farisaicamente la imminente partenza del sacerdote politico facendola passare per i preparativi di una vacanza-studio all'estero, un lungo periodo sabbatico richiesto dallo stesso sacerdote: «per una più diretta conoscenza di istituti e di opere che formano oggetto di uno studio che ho in corso, è mio desiderio passare qualche tempo all'estero...»<sup>18</sup>.

La sollecita risposta del Cardinale Segretario di Stato Pietro Gasparri: «Ella informa la Santa Sede del suo progetto di viaggio e di permanenza all'estero... Il Santo Padre... non solo non ha nulla da opporre al suo divisamento, ma volentieri farà il suo possibile perché Ella lo possa eseguire...»<sup>19</sup>.

Egual indifferente cinismo fu mostrato dagli operatori della Curia Romana.

In realtà l'allontanamento di don Sturzo era la cinica esecuzione di un fo-

---

alla teoria della *Reflexrecthe* propugnata dal Gerber. I testi legislativi varati da Alfredo Rocco (che per *incidens* aveva elaborato più di una proposta per la soluzione della *Questione romana* sin dal 1914) presupponevano la teoria dei diritti riflessi: tutti i diritti promanano dallo Stato, prima persona giuridica onnipotente e sovrana; i diritti degli individui erano riconosciuti e tutelati solo in quanto diritti riflessi dallo Stato, FILIPPO PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero, 1999, p. 81; ALESSANDRO BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 89; GIORGIO BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1983, pp.1001-1031.

<sup>16</sup> Illuminanti sul punto le acutissime osservazioni di HANNAH ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2015 (ristampa), p. 6 ss.

<sup>17</sup> ACHILLE ARDIGÒ, LUIGI FRUDA\* (a cura di) *Luigi Sturzo. La sociologia tra persona e storia*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p.107; GABRIELE DE ROSA, *Sturzo*, cit. p. 386;

<sup>18</sup> Si veda la lettera di don Luigi Sturzo a Mons. Pizzardo in LUIGI STURZO, *Lettere non spedite*, a cura di Gabriele De Rosa, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 280.

<sup>19</sup> LUIGI STURZO, *Lettere non spedite*, cit., p. 281.

glio di via, emesso dalla Santa Sede<sup>20</sup> su esplicita richiesta di Mussolini durante le trattative della conciliazione ufficiosa<sup>21</sup>, conclusasi, come è noto, cinque anni dopo<sup>22</sup>. D'altra parte, Sturzo rappresentava un ostacolo per la realizzazione dei disegni di Pio XI per la concretizzazione di uno Stato cristiano<sup>23</sup>. Gli artefici della nuova geopolitica vaticana ritenevano maturi i tempi per far divenire l'Italia uno Stato cattolico nel nuovo scenario europeo, un'opportunità da cogliere per effetto del graduale attenuarsi delle polemiche su Roma Capitale, già di fatto affievolite dopo i trattati di pace che misero fine al primo conflitto mondiale.<sup>24</sup>

Uno Stato cattolico che in Italia, più che altrove, poteva attuarsi con lo spietato braccio armato della dittatura fascista<sup>25</sup>, una applicazione pratica del

---

<sup>20</sup> Sturzo svelerà i retroscena a due anni dalla partenza per l'esilio in una lettera al Cardinale Bourne: «Per desiderio della Santa Sede il 10 luglio 1923 lasciai il posto di segretario politico del partito; pure per desiderio della Santa Sede il 19 maggio del 1924 cessai di far parte della direzione del partito; anche per desiderio della Santa Sede il 25 ottobre 1924, lasciai Roma e venni a Londra...», FRANCESCO PIVA, FRANCESCO MALGERI, *Vita di Luigi Sturzo*, Edizioni Cinque Lune, Roma, 1972, p. 291.

<sup>21</sup> ANTONIO SCOTTA' (a cura di), *Diario del barone Carlo Monti «Incaricato d'affari» del governo italiano presso la Santa Sede (1914-1922)*, vol. I, LEV, Città del Vaticano, 1997, p. 208.

<sup>22</sup> ALBERTO GUASCO, *Cattolici e fascisti. La Santa Sede e la politica italiana all'alba del regime*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 87ss.; PIERO PENNACCHINI, *La Santa Sede e il fascismo in conflitto per l'Azione cattolica*, LEV, Città del Vaticano, 2012, p. 29 ss.; GIOVANNI SALE, *Popolari, chierici e cammerati. Fascismo e Vaticano prima della Conciliazione*, Jaca Book, Milano, 2007, p. 22 ss. EMMA FATTORINI, *Pio XI, Hitler e Mussolini. La solitudine di un papa*, Einaudi, Torino, 2007, p. 27 ss.; EMILIO GENTILE, *Il culto del littorio*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 93; GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Su alcuni aspetti dell'attività diplomatica della Santa Sede in favore della pace nel primo conflitto mondiale*, in *Università degli Studi di Genova. Annali della Facoltà di Scienze Politiche*, 1974, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 895-926; PIETRO SCOPPOLA, *La Chiesa e il fascismo. Documenti e interpretazioni*, Laterza, Roma-Bari, 1971, p. 90 ss.; FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Italia e Santa Sede dalla Grande guerra alla Conciliazione. Aspetti politici e giuridici*, Laterza, Bari 1966, p. 71 ss.

<sup>23</sup> In questo periodo era in elaborazione l'enciclica *Quas primas* (promulgata l'11 dicembre 1925), atto formale con il quale Pio XI istituiva la festa del Cristo Re. Attraverso l'analisi dialettica sulla regalità di Cristo il Magistero esprime *ex professo* (ed in antitesi alle proposte sturziane elaborate nel programma del PPI) un vero sistema di dottrina politica della Chiesa. L'idea del *regale sacerdotium* non fa altro che riproporre il principio di distinzione di Gelasio I. Con l'enciclica piena il principio della regalità di Cristo raggiunge l'apice, traendosi da esse rigide conseguenze sul piano politico non più negoziabili. Con Pio XI il dogma esprime una teoria radicale per recuperare il principio dell'universalismo teocratico espresso nei secoli XI-XIV da Innocenzo III, Innocenzo IV e Bonifacio VIII, cfr. GIUSEPPE MARTINI, *Regale sacerdotium*, in *Nuova rivista storica*, 1-2, 1981, pp. 40-73.

<sup>24</sup> MARIO BELARDINELLI, *Il mondo cattolico italiano di fronte alla prima guerra mondiale*, LEV, Città del Vaticano, 2015, p. 97 ss.; ERIC HANSON, *The Catholic Church in world politics*, Princeton University Press, Princeton, 1987.

<sup>25</sup> Lo scenario politico dell'epoca è caratterizzato da un interscambio di reciproche strumentalizzazioni. È noto che la S. Sede perseguiva l'obiettivo di rendere il totalitarismo cattolico la matrice di una riconquista sociale di appoggio al regime nazionale. Il «nazionalcattolicesimo» ben presto però, come profetizzato da Sturzo, dimostrò la sua inattuabilità, in quanto si trattava di una forma di sincretismo tra due ideologie religiose, la prima susseguente a una religione storica, l'altra caratterizzata da una religiosità secolare, finalizzata a tramutare le istanze politiche in aspirazioni religiose.

*tollerrari posse* – la tolleranza di un illecito sopportabile, per evitare un illecito maggiore – secondo il tagliente aforisma utilizzato più volte da Francesco Ruffini nella sua copiosa saggistica<sup>26</sup>.

Una proposta politica che appariva alla mente illuminata del segretario del movimento politico d'ispirazione cattolica come un misto d'ingenuità diplomatica sul piano internazionale e di disarmante e insufficiente attitudine politica sul versante degli affari interni. Il sacerdote calatino tolse l'incomodo, obbedendo alle direttive della suprema autorità ecclesiastica. Con l'“atomo ritenuto eternamente indistruttibile dell'obbedienza”<sup>27</sup>, con un'obbedienza critica, non passiva (*ob- audire*, ascoltare l'altro), che gli permise di continuare a lottare con amore per dimostrare sul piano scientifico, teorico, oltre che pratico, l'inconciliabilità del messaggio cristiano con ogni forma di totalitarismo.

Limpide le parole che don Sturzo scrive al Papa in una lettera del 7 luglio

---

In argomento, GUIDO FORMIGONI, *L'Italia dei cattolici. Fede e nazione dal Risorgimento a oggi*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 82 ss. Il fascismo era una forma di religione politica, o come si usa dire oggi, una confessione religiosa senza Dio. Nello stesso periodo vede la luce anche il saggio di Carl Schmitt, *Quattro lezioni di teologia politica*, il contributo del filosofo tedesco fu interpretato *ad usum* dai filosofi filofascisti, più ancora da quelli allineati al nazionalsocialismo, tra cui lo stesso Haider. CARL SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker and Humblot, München-Leipzig 1922, traduzione italiana, *Teologia politica*, sulla II edizione del 1934, contenuta in CARL SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di GIANFRANCO MIGLIO, PIERANGELO SCHIERA, Il Mulino, Bologna, 1972. Cfr. inoltre MARIO BORGHESI, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson. La fine dell'era costantiniana*, Marietti, Bologna, 2013, p. 31 ss.

<sup>26</sup> «...stretta tra la rigidità medievale delle sue linee direttive e l'incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento umano abbia in sé raccolte, essa [la Chiesa Romana] ha saputo fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtù della versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura alla romana di virtù, perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza. Dove il protestantesimo ha provveduto ai mutabili indirizzi dei tempi e ai diversi umori degli uomini con la infinità delle sue variazioni, il cattolicesimo ha posto l'infinita varietà dei suoi provvedimenti od anche dei suoi espedienti. La Curia romana ha portato ad una eccellenza insuperabile l'arte di dire e non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutti e di dissimulare *temporum ratione abita*. Che capolavoro di adattabilità pratica è l'istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto. E che portento di diplomazia giuridica quel più moderno accorgimento del *tollerrari posse* che è venuto anch'esso assumendo, poco alla volta, consistenza di vero istituto di diritto canonico e che ha permesso che la Chiesa potesse ad un tempo scomunicare come invasori dei suoi beni i Sovrani del Piemonte e sciogliere i soldati che militarono in quella impresa, fulminare le leggi sul divorzio e togliere gli scrupoli ai giudici cattolici francesi che lo pronunciano, imporre l'istruzione religiosa nelle scuole e approvare le scuole miste acconfessionistiche di Svizzera e di America, lasciare che al di là delle Alpi si tratti in ogni occorrenza con gli eretici e condannare in Roma, come favoreggiatori dell'eresia, i tipografi che stampassero biglietti di invito per le adunanze evangeliche...», FRANCESCO RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, in Id., *Scritti giuridici minori* scelti e ordinati da MARIO FALCO, ARTURO CARLO JEMOLO, EDOARDO RUFFINI, Giuffrè, Milano, 1936, p. 94

<sup>27</sup> Definizione di HANNAH ARENDT, v. in GABRIEL KARL, *L'esercizio del potere nella chiesa attuale*, cit., p. 64.

1923: «ho ricevuto comunicazione del desiderio di V.B. che io lasci senza indugio la Segreteria politica del Partito Popolare Italiano; e nella forma come mi è stato espresso il desiderio e per la testimonianza della pia e veneranda persona che me l'ha comunicato, debbo ritenere che si tratti di un comando. Ed al comando di V.B. io non ho che rispondere: obbedisco, con la serenità di chi compie semplicemente il proprio dovere»<sup>28</sup>.

Le disposizioni successive, contenute in una lettera al Cardinale Gasparri, confermano la cristiana rassegnazione del sacerdote politico: «...il Comm. F. Del Giudice viene a mio nome per manifestarle i miei sensi di profondo omaggio e di viva gratitudine, e per pregare l'Ecc.za vostra di presentare al Santo Padre i sentimenti del mio filiale affetto e della mia sacerdotale reverenza e obbedienza; nella fiducia che sia sempre assistito dal Signore a fare del bene a me e agli altri...»<sup>29</sup>.

“L'essilio, che mi è dato, onor mi tegno” il verso dantesco appena sussurrato da Sturzo tra le lacrime della sorella gemella Nelina nel prendere atto dell'irrevocabilità dell'ordine di espatrio.

#### *4. L'eterogenesi dei fini nelle cause dei santi nella Chiesa del terzo millennio.*

A.C. Jemolo, attento studioso della storia dei rapporti tra Stato e Chiesa, propone una definizione di don Sturzo quanto mai efficace: un sacerdote dotato di particolare carisma umano, un chierico che non venne mai meno agli impegni assunti con l'ordinazione sacerdotale, «... Sacerdoti che possono essere come nel suo caso piissimi, che non penserebbero mai che la veste che indossano sia il frutto di una vocazione sbagliata...»<sup>30</sup>. Segue il riconoscimento di J. Maritain, per il quale il prete-politico: «... n'avait aucune peine à garder intacts, au milieu des agitationis politiques, son ministère sacerdotale et sa vie intérieure. En lui l'activité temporelle et la vie spirituelle étaient autant plus parfaitement qu'elles étaient plus intimement unies, dans l'amour et le service du Christ»<sup>31</sup>.

Inutile, oltre che errato sul piano della ricerca storica, fare dietrologie sulla valenza meta religiosa della proposta di beatificazione, sui motivi veri o pre-

---

<sup>28</sup> LUIGI STURZO, *Lettere non spedite*, cit. p. 281.

<sup>29</sup> LUIGI STURZO, *Lettere non spedite*, cit. p. 283.

<sup>30</sup> ARTURO CARLO JEMOLO, *Stato e Chiesa in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1990, (V. ed.), p. 432.

<sup>31</sup> JACQUES MARITAIN, *Hommage a don Sturzo*, in FERDINANDO DELLA ROCCA, *Appunti di storia concordataria*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 81.

sunti che hanno determinato questo evento in concomitanza con appuntamenti elettorali di rilevanza nazionale e europea. Il pensiero di don Sturzo oggi non è inquadrabile in alcun soggetto politico che calca le scene contemporanee.

L'asse ereditario non è moralmente collocabile né nello schieramento di destra, né di quello di sinistra<sup>32</sup>, avendo il *de cuius* scelto la moderazione come strumento per servire lo Stato, secondo una visione politica laica e aconfessionale.

Una politica aliena da ogni forma di faziosità, così definita di recente da Marta Cartabia: «... l'idea di un "centro" allude più che a una specifica collocazione dei credenti nell'agone politico, a una attitudine graduale, compositiva, incompiuta, conciliativa, temperata e mai estrema. Allude a un luogo – che è allo stesso tempo un cammino – di intersezione, dialogo, mediazione, convergenza, relazione, incontro.»<sup>33</sup>. Grazie al contributo di don Sturzo la Chiesa *postconciliare* ha abbandonato le posizioni radicalmente antiliberali, ancora molto forti sotto il pontificato di Pio XII<sup>34</sup>.

L'attenzione sturziana per i ceti più deboli ha favorito la ricerca del compromesso tra il pensiero della tradizione cattolica e le esigenze politiche e sociali della fase storica che si apriva nel dopoguerra.

Sturzo chiude la sua giornata terrena qualche mese prima del grande evento di rinnovamento della Chiesa cattolica, voluto da Giovanni XXIII con la convocazione del Concilio Ecumenico Vaticano II.

La dottrina è concorde nel ritenere che il pensiero sturziano ha influenzato molte conclusioni dell'assemblea conciliare<sup>35</sup>. Marta Cartabia ha osservato: «Dal Concilio Vaticano II in poi il percorso di chiarificazione riguardo ai rapporti tra Chiesa e Stato si è sviluppato in modo continuo e incrementale, recuperando lo spirito delle origini del cristianesimo, il quale, sulla scia della massima evangelica aveva introdotto una alterità e una complementarità tra ordine spirituale e ordine temporale sconosciuta al mondo pagano»<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> FRANCESCO GIORGINO, *Gli eredi di Sturzo*, Mursia, Milano, 1995, p. 11.

<sup>33</sup> Cfr. MARTA CARTABIA, *Prefazione* a FRANCESCO OCCHETTA, *Ricostruiamo la politica. Orientarsi nel tempo dei populismi*, San Palo, Milano, 2019, p. 11. La genialità del pensiero sturziano consiste proprio nell'aver compreso che in politica non esiste un modello unico.

<sup>34</sup> De Rosa ha evidenziato che durante la c.d. *operazione Sturzo* del '52, il tentativo di eleggere don Sturzo Sindaco di Roma con una lista civica sostenuta dalla D.C. e dai partiti di destra, per impedire l'elezione di un primo cittadino di sinistra nella città leonina, lo stesso Sturzo fece il possibile per far saltare il tavolo delle trattative. Con l'abilità del politico consumato egli riuscì da una parte ad essere obbediente, quale sacerdote, alle direttive del Pontefice e dall'altra, con realismo politico, indicava una soluzione coerente con i propri convincimenti. GABRIELE DE ROSA, *Sturzo*, cit., p.473.

<sup>35</sup> PIETRO SCOPPOLA, *La libertà religiosa*, in *Le deuxième Concile du Vatican (1959-1965)*, in *École Française de Rome*, Rome, pp. 549-575.

<sup>36</sup> MARTA CARTABIA, *Prefazione*, cit. p. 11.

“Alterità” e “complementarità”, gli antidoti all’idea reazionaria del nazional cattolicesimo, rimedi proposti da don Sturzo e scontati con l’emarginazione e con l’esilio durato circa ventiquattro anni.

Luigi Sturzo è stato un intellettuale e un politico fuori dalle righe. Pubblicava con disinvoltura i suoi scritti sul Mondo di Pannunzio, aveva rapporti personali ed epistolari intensi con “l’amichevole avversario di tutta la vita”<sup>37</sup> Benedetto Croce, era interessato a leggere e interpretare Gramsci, l’intellettuale marxista che riteneva la formazione del Partito Popolare come una delle ultime conseguenze della Riforma protestante<sup>38</sup>. Propose che nelle scuole elementari l’Inno all’amore di San Paolo sostituisse quello di Mameli.

L’anziano sacerdote, rientrato dall’esilio solo nel 1946, dopo oltre un ventennio di solitudine, divenne il punto di riferimento di un giovane deputato costituente, Aldo Moro.

L’uomo nuovo dal volto pallido ed emaciato, che partecipava ai lavori della Commissione dei Settantacinque con la saggezza e la prudenza di uno stoico.

Il professorino di diritto penale, allievo di Petrocelli, che riscuoteva l’ammirazione di Palmiro Togliatti per saper esercitare nei banchi dell’Assemblea più di La Pira e di Dossetti – la nobile arte del compromesso politico, prima regola di convivenza per il sistema democratico. Non a caso a distanza di molti anni dalla chiusura dei lavori dell’Assemblea Costituente, il raffinato intellettuale teologo salito al Soglio Pontificio con il nome di Benedetto XVI potrà sostenere: «non l’assenza di ogni compromesso, ma il compromesso stesso è la vera morale dell’attività politica.»<sup>39</sup>

Luigi Sturzo è vissuto uniformandosi ai canoni di una santità umana prima che sacerdotale, con una tensione continua verso un’irraggiungibile perfezione, relegata agostinianamente nella sfera del soprannaturale.

«Sì – scrive don Sturzo al fratello Mario in una lettera del 19 aprile 1933 – vorrei essere santo, ma la via è lunga, e io vedo che non progredisco, e chissà che non vada indietro...»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> ALFRED DI LASCIA, *Filosofia e storia in Luigi Sturzo*, Edizione Cinque Lune, Roma, 1981, p.33. È noto che Croce avversava ogni commistione tra filosofia e religione, relegando « la sfera religiosa nel mondo della poesia, o quanto meno in una trasfigurazione poetica delle più alte aspirazioni della coscienza umana », così ARTURO CARLO JEMOLO, *La tradizione dei santi laici*, in Ernesto Codignola in *50 anni di battaglie educative*, La nuova Italia Editrice, Firenze, 1967, p. 119.

<sup>38</sup> FRANCESCO TRANIELLO, *Città dell’Uomo. Cattolici, partito e Stato nella storia d’Italia*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 291; d’altra parte il Partito Popolare nasce su intuizione di Don Sturzo dopo lo *choc* della grande guerra, che segnò la fine delle *elite* risorgimentali e post risorgimentali, superando il veto papale alla partecipazione dei cattolici alla politica.

<sup>39</sup> BENEDETTO XVI, *La carità politic. Discorsi agli uomini e alle donne impegnati nelle istituzioni civili*, LEV, Città del Vaticano, 2012, p. 29.

<sup>40</sup> GABRIELE DE ROSA (a cura di) *Luigi Sturzo-Mario Sturzo Carteggio, 1932-1934*, III, Edizioni

Una santità che all'interprete scettico o agnostico del terzo millennio può apparire inutile<sup>41</sup>. Non di meno quella di Sturzo è stata una virtù spirituale diversa dalla santità spettacolo di Giorgio La Pira, dall'altra silenziosa, paziente e discreta di Alcide De Gasperi ed infine da quella di Giuseppe Dossetti, che nel pieno della maturità optò per il ritiro dalla politica attiva di deputato e vice segretario nazionale del partito della Democrazia Cristiana e dalla cattedra universitaria per dedicarsi a una vita contemplativa, a Gerico, per un ascetico superamento dell'esperienza terrena. Sturzo non fu richiesto della prova estrema, come è accaduto ad Aldo Moro, vittima che per la sua morte violenta può essere inserito tra i martiri per la libertà e non tra quelli che hanno offerto la propria vita per la difesa della fede<sup>42</sup>.

L'esistenza terrena di don Sturzo può essere presa ad esempio come un martirio incruento,<sup>43</sup> una testimonianza di fede cristiana da poter essere equiparata a quella di un martire. Non una fuga dal mondo, bensì una contiguità con la profanità degli operatori politici del suo tempo, un'intima vicinanza con il potere per cogliere nell'azione concreta il mistero della propensione verso la spiritualità.

È stato acutamente osservato da uno studioso delle scienze ecclesiastiche: «...il cristianesimo... sul paradigma dell'incarnazione non pensa la santità come superamento della umanità, ma piuttosto come sua assunzione di verità e pienezza; non pensa la santità come trascendimento della storia, ma piuttosto come una sua peculiare esperienza...»<sup>44</sup>. In questa osservazione può rinvenirsi il nucleo essenziale del magistero attuale: «... la politica è vocazio-

---

Storia e Letteratura, Roma, 1985, p. 202. Si percepisce da una simile affermazione la linearità del pensiero di Sturzo con il messaggio cristiano: la santità non è tanto un processo psicologico che impegna la volontà dell'agente, piuttosto una conformità alla grazia santificante. È da osservare inoltre che nelle parole di don Luigi riecheggiano, per una singolare coincidenza, quelle contenute in un'omelia di Papa Francesco: «...il cammino della santità è semplice, non tornare indietro ma sempre andare avanti. E con Fortezza», FRANCESCO, *L'umiltà e lo stupore. Omelie da Santa Marta. Settembre 2015-Giugno 2017*, Rizzoli, Milano, 2018, p. 230.

<sup>41</sup> Nella sua terza esortazione apostolica *Gaudete et exultate* il Papa esprime la sua netta condanna sul neo-gnosticismo e sul neo-pelagianesimo contemporanei; dissenso espresso pure dalla Congregazione per la dottrina della fede nella lettera *Placuit Deo*, del 22 febbraio 2018 indirizzata ai vescovi della Chiesa Cattolica.

<sup>42</sup> È il caso di segnalare che la figlia dello statista, Maria Fida, ha chiesto al Papa la sospensione del processo di beatificazione del padre, sui maggiori quotidiani italiani del 6.5.2019.

<sup>43</sup> Per un'analisi critica delle proposte di riforma in materia si veda GERALDINA BONI, *Martirio e diritto canonico. Riflessioni sul caso di don Puglisi*, in *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, 4, 2013, pp. 490-510.

<sup>44</sup> GIUSEPPE DALLA TORRE, *Don Pino Puglisi ucciso in odium fidei: la fede che ma la terra.*, in *Iustitia*, 3, 2013, p. 263 ss..

ne altissima, una tra le forme più preziose della carità...»<sup>45</sup>.

Non è dato sapere con esattezza quando sarà portata a termine la successiva fase della beatificazione, i tempi possono essere tanto biblici, quanto ridotti<sup>46</sup>. Gli sviluppi successivi per la beatificazione di don Sturzo non contribuiranno ad alimentare il fenomeno inflazionistico sulle canonizzazioni decise dalla Chiesa nell'ultimo trentennio. Per la peculiarità della sua testimonianza Sturzo non può essere considerato l'ultimo prodotto della fabbrica dei santi<sup>47</sup> per essere avviato nella filiera del «mercato religioso»<sup>48</sup>. Egli ha informato la propria vita alla santità della normalità, per la quale non è necessaria alcuna forma di misticismo. L'esortazione apostolica *Gaudete et exultate* emanata dall'attuale pontefice sembra essere stata pensata proprio per la santità del sacerdote siciliano, un uomo che ha realizzato la propria missione sulla terra «come un cammino di santità...» (*n.19 dell'esortazione*), per valorizzare «i santi della porta accanto» (*n.7 dello stesso testo*). Non a caso don Sturzo non si ispirava a modelli astratti e ideali, bensì a semplici compagni di strada, tra i quali Contardo Farini, Giuseppe Toniolo, Piergiorgio Frassati<sup>49</sup>, intellettuali politicamente impegnati che hanno avuto un ruolo di testimonianza di libertà più che di proselitismo<sup>50</sup>.

La via seguita da don Sturzo è disseminata semplicemente dalla normalità

---

<sup>45</sup> FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, in A.A.S., 24-11-2013, p.183

<sup>46</sup> Non è possibile redigere delle statistiche neppure provvisorie, basti rammentare che Giovanna D'Arco muore nel 1431 ed è dichiarata santa nel 1920; altri santi vengono proclamati dopo qualche anno dalla morte, ultimo esempio Giovanni Paolo II, in argomento HENRI DESROCHE, *Sociologia della santità canonizzata*, LEV, Città del Vaticano, 1990, p.11 ss.

<sup>47</sup> I sociologi della religione hanno evidenziato un'accelerazione dei processi da parte degli ultimi pontefici. Dall'istituzione della Sacra Congregazione per i riti ad opera di Sisto V con la Costituzione *Immensa Aeterni*, promulgata nel 1588 fino alla morte di Paolo VI (1978) la Chiesa ha proclamato 302 santi e 1373 beati. Nel XX secolo il numero dei canonizzati è di gran lunga superiore, anche perché si procede con le beatificazioni di gruppo : 85 martiri in Cina, 25 martiri in Vietnam, 22 martiri in Uganda, 24 martiri in Corea, oltre agli ultimi 6 religiosi martirizzati in Algeria, cfr. PATRICK MICHEL, *Sanguinis effusione aut heroico virtutum exercitio. Éléments pour une anthropologie politique de la production et des usages conyemporains de la santité canonisée*, in *Critique Internationale*, 2011, p.121.

<sup>48</sup> FRANCESCO, *Gaudete et exultate*, in AAS, 19-3-2018; ANTONIO SPADARO, *Gaudete et exultate. Radici, struttura e significato della esortazione apostolica di papa Francesco* in *La Civiltà Cattolica*, 2, 2018, pp.107-123.

<sup>49</sup> ANTONIO RASPANTI, voce *Santità*, in ANTONIO PARISI, MASSIMO CAPPELLANO, *Lessico sturziano*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2013, pp. 885-891.

<sup>50</sup> Lo stesso Jemolo per altro riconosceva che il ruolo di testimonianza anche dei non credenti (dei laici) può essere accostato al concetto di santità : « i santi laici fioriti sulla fine dell'ottocento : i pionieri della lotta contro l'analfabetismo...i fondatori di ricreatori e doposcuola, i difensori degli interessi del Mezzogiorno, i creatori anche di università popolari...», ARTURO CARLO JEMOLO, *La tradizione dei santi laici*, cit., p. 121.

della speranza<sup>51</sup>, liricamente espressa nei versi di una sua rara poesia<sup>52</sup>:

*...provvida accorre una mano che salva  
dall'ultimo fato la pianta  
e affida quel tenue germoglio,  
sottile alla terra... Egli vive!*

*RIASSUNTO*

Luigi Sturzo è vissuto uniformandosi ai canoni di una santità umana più che sacerdotale. Sessant'anni dopo la morte del politico calatino è terminata la fase diocesana per il processo di beatificazione. La Chiesa propone la sua testimonianza di vita come una forma di martirio incruento, per dimostrare che la politica è una delle forme più alte di santità.

PAROLE CHIAVE

*Santità; processo di beatificazione; martirio; politica; carità*

*ABSTRACT*

Luigi Sturzo lived in conformity with the canons of human holiness rather than those of sacerdotal holiness. Sixty years after his death, the diocesan phase for the beatification process ended. The Church proposes his witness of life as a form of bloodless martyrdom to demonstrate that politics is one of the highest forms of holiness.

KEY WORDS

*Holiness; beatification process; martyrdom; politics; charity.*

---

<sup>51</sup> Gli ultimi istanti di vita sono un'ultima prova della cristiana rassegnazione del sacerdote politico. L'8 agosto del 1959, nelle prime ore del mattino, Sturzo era intento al Sacrificio eucaristico nella Cappella del Convento romano delle canossiane, ove era ospite stabile; improvvisamente si accasciò sull'altare, colpito da ictus cerebrale. L'onnipresente e fedele segretaria, Suor Candida, chiamò immediatamente il medico personale, il quale, diagnosticata la gravità della patologia per i sintomi evidenti, sussurrò tra le orecchie del moribondo: « don Luigi, il Signore è vicino...», « Sia lodato Gesù Cristo, ... »: le ultime parole profferite, con un filo di voce e con lieve movimento delle tumide labbra, dal Servo di Dio Luigi Sturzo. All'indomani della chiusura della giornata terrena di don Luigi, Papa Giovanni rilasciò una breve dichiarazione, segno evidente di pacificazione con il potere situato *al di là del Tevere*, una riflessione semplice e nello stesso tempo profonda, tipica del genio giovanneo: «la Chiesa non ha nulla da rimproverargli, deve solo ringraziarlo per il suo ministero sacerdotale, per aver combattuto con amore... Non lui deve scusarsi ma altri dovrebbero farlo nei suoi confronti», LORIS FRANCESCO CAPOVILLA, *Luigi Sturzo e Giovanni XXIII*, in FRANCESCO FAILLA, GIUSEPPE FEDERICO, UMBERTO PEDI (a cura di), *Don Luigi Sturzo apostolo della carità*, cit. p. 131.

<sup>52</sup> LUIGI STURZO, *Ode a un piccolo cactus*, poesia composta il 19-12-1930 e dedicata a Barbara Barclay Carter, dattilografa e traduttrice. Il testo completo è consultabile, previa autorizzazione, in [archivio@sturzo.it](mailto:archivio@sturzo.it). Nella sua espressione poetica don Sturzo immagina che l'appassimento della piccola pianta, dono della Carter in ricordo del viaggio di nozze in Italia, possa essere paragonato alla sua vita in esilio e in un momento di malinconia frammista a nostalgia: «*e più non reggi.....*»

# *Rapporti tra etica e politica\**

MAURO BOVE

*SOMMARIO: 1. Premessa -2. Il problema del fine dell'agire -3. Il problema dell'uomo che agisce -4. Il fine giustifica i mezzi: un problema insolubile? -5. La situazione italiana -6. Che fare? -7. Conclusioni*

## *1. Premessa*

Non credo sia mio compito proporre scelte etiche o fornire risposte in riferimento ai problemi che agitano la nostra epoca e in particolare il nostro Paese: scelte e risposte concrete presuppongono opzioni anche discutibili, che attengono all'idea che si ha dell'uomo, del mondo e, se si vuole, del concetto stesso di progresso.

Certo, alla fine del mio dire darò una mia personale valutazione della situazione attuale ed anche, se è lecito, visto il pessimismo che la anima, azzarderò una proposta costruttiva.

Ciò che, soprattutto, vorrei qui sviluppare è un discorso di metodo e di rimessa a fuoco dei concetti di base utili all'analisi del tema relativo ai rapporti tra etica e politica. Insomma, per riprendere uno spunto di Bobbio, io credo che, prima di poter pretendere di trovare delle risposte, sia necessario formulare le domande da cui partire: si tratta di inquadrare chiaramente le coordinate di un percorso, seguendo il quale si possa, eventualmente, alla fine del cammino trovare quelle risposte o quantomeno qualche risposta, viste le incertezze che comunque, come vedremo, su questo terreno inevitabilmente restano.

In premessa è necessario fissare due presupposti e poi chiedersi il senso di un interrogativo sui rapporti tra etica e politica.

Ovviamente ha senso porsi il problema innanzitutto se si presuppone una sfera dell'agire umano che si chiama "politica", quindi se si presuppone una società organizzata, ossia governata, nell'ambito della quale si distingue tra governanti e governati, tra coloro che, riprendendo una terminologia di We-

---

\* Il saggio propone i contenuti della conferenza tenuta il 10 febbraio 2019, nell'ambito delle iniziative promosse dall'Assessorato alla cultura del comune di Massa.

*ber*, esercitano il potere sugli altri uomini e indirizzano la storia e coloro che a quel potere sono soggetti.

Direi che possiamo dare questo presupposto come un dato di fatto dell'esperienza umana e ciò a prescindere dalla sua giustificazione, ossia dall'analisi del motivo che, a prescindere dalle diverse forme di governo, ha determinato la nascita di quella organizzazione.

Invero, si potrebbe ritenere che ciò sia avvenuto perché è stato utile agli uomini: questa è la teoria del contratto sociale a partire da *Hobbes*; ma in tempi assai più risalenti anche Platone riteneva che alla base dell'organizzazione della città vi fosse un'utilità per l'uomo, che, non essendo autosufficiente, ha bisogno degli altri uomini per vivere<sup>1</sup>. Oppure, risalendo ad Aristotele, si potrebbe ritenere che è nella natura dell'uomo l'organizzazione del suo vivere associato.

Non ha importanza qui approfondire la questione. È certo che nella storia l'uomo ha ritenuto che l'anarchia non sia lo stato migliore per sé e, così, si è organizzato per mezzo di società strutturate e governate, a prescindere dalla ragione che lo ha spinto ad una tale scelta. In queste società, che chiamiamo ordinamenti giuridici, si ha un apparato di governo, che esercita la forza, il potere, ed un insieme di persone che sono soggette all'esercizio del potere (peraltro vedremo che anche i governanti sono soggetti alle leggi del governo, che disciplinano la presa del potere e, ferma restando la scelta dei fini, le modalità e i limiti del suo esercizio).

Peraltro il nostro discorso presuppone anche un insieme di valori e regole morali che in sintesi chiamiamo "etica". Si potrebbe dire che questo insieme non esiste o per meglio dire non preesiste all'agire del potere politico, per cui esistono solo le regole che un certo potere politico impone con la forza. Ma nel sentire comune mi pare, invece, diffusa l'idea che vi siano alcuni precetti morali che vivono nello spirito del mondo ed in particolare, nella nostra parte di mondo, mi pare inevitabile il richiamo alle regole morali del cristianesimo.

Quindi, credo che si possano dare per presupposti le realtà esperienziali a cui rinviano la parola "politica" e la parola "etica".

A ciò, prima di porre le domande su cui riflettere, per dare un senso alla riflessione, si aggiunga anche il richiamo ad un'altra opinione assai diffusa, sulla verità della quale e comunque sul suo limite si dovrà riflettere. Spesso si isola l'agire politico da ogni altro tipo di agire umano.

In ogni campo o professione siamo convinti del fatto che vi siano delle

---

<sup>1</sup> In fondo anche i naturalisti affermano che gli organismi si associano per ragioni di utilità, rinunciando a controllare direttamente i propri destini individuali (GEE, *La specie imprevista. Frattendimenti sull'evoluzione umana*).

regole morali a cui il singolo deve assoggettarsi. Per cui i suoi comportamenti sono moralmente leciti o illeciti a seconda che essi si conformino o meno a quelle regole. Oggi, parlando delle professioni, si pensi, non solo alle regole comportamentali esplicitate nella legge, ma anche alle regole contenute in codici etici (si pensi nelle Università i codici etici rivolti a studenti e professori) ovvero in codici deontologici (ad esempi quello degli avvocati).

Passando, invece, all'agire politico, è opinione assai diffusa e risalente, direi almeno dal Machiavelli (fino ai giorni nostri: si citi solo *J.P. Sartre*), che la morale comune o di altre professioni non possa operare, in particolare non possa operare la morale che si pone come parametro di valutazione nel mondo cristiano. Insomma, spesso emerge l'idea che in politica contano solo i risultati e che l'agire politico si valuta secondo il suo successo o insuccesso e non secondo il buono e il giusto.

È vero che è pur emersa un'opinione esattamente contraria, quella di Erasmo sulla quale poi torneremo, che esigeva anche nell'agire politico il pieno rispetto dell'etica cristiana, ma è anche vero che questa opinione è rimasta soccombente nel tempo.

Se si accettasse l'idea di Erasmo, in fondo sarebbe inutile interrogarsi sui rapporti tra etica e politica, perché, non potendo l'agire politico discostarsi dalla morale cristiana, evidentemente non si avrebbe alcun dualismo, alcuna tensione tra i due ambiti. Insomma, l'agire politico non sarebbe presieduto da norme diverse rispetto a qualsiasi altro tipo di agire. L'agire del politico sarebbe da valutare come ogni altro tipo di agire: sempre e solo come buono o cattivo alla luce dei valori cristiani.

Abbandonata, nella sua assolutezza, questa prospettiva, resta l'altra. Ed allora il senso della riflessione emerge in tutta la sua esigenza, perché si tratta di capire il limite del famoso e diffuso principio per cui "il fine giustifica i mezzi".

Fatte queste brevi premesse, si pongano le domande a cui dovremo rispondere. Ossia:

- 1) qual è il rapporto tra l'agire, l'esercizio del potere, ed il suo fine?
- 2) come valutare l'agire per la presa del potere e le qualità di colui che agisce?
- 3) come valutare il principio per cui il fine giustifica i mezzi?

## *2. Il problema del fine dell'agire*

L'agire di ogni uomo, valutato alla luce di un insieme di regole morali, può essere buono o cattivo in sé, a prescindere dal fine dell'azione. A fronte

dell'agire politico, invece, emerge il problema del suo fine: l'azione politica è sempre strumentale, come mezzo alla realizzazione di uno scopo.

Questo elemento strutturale finalistico, che modernamente potremmo chiamare "bene comune", è sempre stato affermato come essenziale all'agire politico fin dai tempi antichi.

Platone affermava che il buon governo realizza la felicità dell'intero popolo e non solo di una classe, mantenendo unita la città, specificando che la città meglio governata è quella che più si avvicina al corpo umano, rispetto al quale se viene schiacciato un dito tutto il corpo ne soffre.

Lo seguiva Aristotele, che, presupponendo l'idea per cui l'etica è l'individuazione del bene e ribadendo come la politica sia in funzione della realizzazione del bene, confermava quale contenuto del bene la felicità dell'uomo, specificando anche che la felicità dell'uomo consiste nella realizzazione di ciò per cui l'uomo è fatto, il compimento di sé<sup>2</sup>.

Questa idea della giustificazione dell'agire politico secondo un fine giunge fino a noi. Così in Croce, il quale ribadisce come l'agire politico abbia di mira la realizzazione del bene. Così in *Weber* si dice che l'agire politico deve avere un significato, una causa da servire, uno scopo, altrimenti esso perde il suo sostegno interiore: a fronte di un agire politico senza una causa egli diceva, con espressione forte e tragica, «la maledizione della nullità delle creature grava anche sui successi politici esteriormente più solidi». Così in Bobbio, che anzi richiama come persino in Machiavelli la politica esigesse la sua nobilitazione per il fine di realizzare grandi cose o la salute della patria.

Il dato acquisito porta ad una conseguente certezza, ma apre anche uno spazio problematico inquietante. Della certezza parleremo dopo. Venendo alle inquietudini, il problema è dare contenuto a quel concetto di "bene comune". Insomma, se l'agire politico deve essere al servizio di una causa, deve realizzare un fine, come scegliere la causa? Come individuare il fine giusto?

Io non posso rispondere. Posso solo accennare alle fonti di quella scelta e dare, molto sommamente, in negativo un'indicazione su ciò che certamente è un fine inaccettabile. Almeno a mio parere.

La scelta dipende dall'idea che si voglia assumere dell'uomo, della storia, del progresso, se si vuole della creazione stessa.

---

<sup>2</sup> Ovviamente sono concetti dal contenuto assai discutibile. E ancor più discutibile, se si vuole, è il passaggio di ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, quando distingue tra un «giusto» per natura ed un «giusto» per convenzione, essendo quello immutabile e questo dipendente dalle scelte del legislatore. Così si dovrebbero distinguere due compiti della politica. Il primo: comprendere i valori di natura da realizzare con le leggi. Il secondo: scegliere i valori convenzionali secondo il bene pubblico e realizzarli. Ma, francamente, a me pare che in entrambi i contesti conti la scelta dell'uomo: anche il c.d. giusto per natura è in fondo ciò che l'uomo dice essere tale.

Ovviamente l'approccio al problema cambia se si parte da un presupposto religioso o se ne prescinde, dovendosi affermare nella prima eventualità che il compito dell'uomo, come singolo e come membro di una comunità organizzata, stia nel partecipare all'incessante creazione di Dio, nella realizzazione del progetto divino nella storia del mondo.

Cambia se si parte o meno dall'idea che l'uomo abbia dei desideri in natura da cui far magari scaturire diritti naturali, con la conseguenza che nel primo caso l'agire politico dovrebbe capire quella natura, individuare quei diritti e realizzarli, compiendo così la felicità dell'uomo.

E, ancora, l'approccio cambia se si ritenga o meno che l'uomo abbia un fine verso il quale progredire. In fondo, leggendo del mito di Abramo<sup>3</sup>, è vero che l'uomo si eleva da una vita vissuta seguendo i ritmi naturali delle stagioni, ossia, in termini moderni potremmo dire che si eleva da una vita fatta essenzialmente del godimento dei beni della terra, pur scontando gli inevitabili dolori umani, solo scoprendo un dialogo con un "Tu" (Dio), ma è anche vero che questa idea finalistica, questo concetto di progresso potremmo formularlo anche su basi puramente laiche e umanistiche.

Invero, se il concetto di "evoluzione" religiosamente implica un disegno predefinito, volendo prescindere da Dio restano pur sempre l'opera della natura e l'opera dell'uomo. Quella seleziona (e in ciò perde innumerevoli linee evolutive possibili), mentre l'uomo sceglie i suoi fini, ossia culturalmente assume un suo concetto di "miglioramento". In altri termini, laicamente il "progresso" non si compie, ma si fa.

Insomma, la concezione dell'uomo come aspirazione ad un fine, ad una meta da raggiungere nell'incedere della storia, può condizionare la scelta del fine dell'agire politico anche prescindendo dall'esistenza di Dio. Dio può essere fonte della bontà dell'uomo, che nella storia mira a compiersi per tornare al Padre, nella sua aspirazione alla bellezza ed alla giustizia. Oppure Dio può essere in qualche misura l'argine alla cattiveria dell'uomo. Ma non si può escludere che questa aspirazione naturale o educazione dell'uomo al vero, al giusto e al bello siano fondate su una visione puramente ed esclusivamente umanistica.

Ovviamente il problema resta aperto. Insomma, se l'agire politico non può essere scollegato da un fine, da una causa da realizzare, altro è stabilire quale sia questa causa: la scelta, diceva *Weber*, dipende dalla fede, aggiungendo, come già visto sopra, che, se l'uomo politico può mettersi al servizio di scopi diversi (nazionali, umanitari, sociali, etici, culturali religiosi), tuttavia sempre è necessario che egli abbia una fede.

---

<sup>3</sup> Che risale, più o meno, a 2000 anni prima di Cristo, prescindendo dal chiedersi se si parla di una figura storicamente esistita.

Questa è l'affermazione minima che andava fissata e che direi essere indiscutibile, la quale, se può essere feconda di qualche ulteriore conseguenza quando si analizza l'etica dell'uomo che agisce come politico, non può, al contrario, darci indicazioni sul merito della scelta del fine.

Almeno non in astratto e come verità assoluta<sup>4</sup>.

Altro è che in singole epoche storiche la comunità organizzata degli uomini assuma chiaramente alcuni fini come presupposto dell'agire politico. Ciò accade essenzialmente nei sistemi, come il nostro, che fondano la loro convivenza su una carta fondamentale (la c.d. *Grundnorm*). Si pensi, solo per accenno, all'art. 2 cost., alla luce del quale 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*», da cui poi derivano una serie di specificazioni, sia in questa parte della Costituzione sui c.d. Principi fondamentali, sia anche in articoli successivi. Tutte disposizioni, queste, che forniscono una sorta di programma ai governanti, il cui potere di scelta politica deve appunto inserirsi in quella cornice, che dà loro limiti e fini.

Il discorso, quindi, finisce qui, salvo permettermi di fornire un'indicazione più generale ed astratta, la quale credo abbia un valore assoluto, che travalica il valore di scelte storiche contingenti. Mi riferisco al caso estremo dell'agire politico che disconosca il valore comune di essere umano a tutti gli uomini, a prescindere dal colore della pelle, dalle convinzioni o dalle religioni. È inaccettabile come scelta di fine quello di tutelare una razza o addirittura quello di aspirare a creare una razza perfetta (nazismo). In realtà dobbiamo al cristianesimo il merito di aver riconosciuto ad ogni uomo e ad ogni donna la stessa dignità umana. Ma, a prescindere dal fondamento religioso, questo valore oggi mi sembra comunque un assoluto. Almeno nella cultura del mondo occidentale.

### 3. *Il problema dell'uomo che agisce*

L'uomo politico, prima di esercitare il potere, agisce per conquistarlo. Il problema della conquista del potere dipende, almeno oggi e in situazioni di

---

<sup>4</sup> Osserva ALESSANDRO PINZANI, *Etica e politica: una relazione tesa*, in *Lessico di etica pubblica*, 2, 2014, p. 8, che può essere addirittura pericoloso il concetto di bene comune, perché, nella sua arbitraria individuazione, si rischia di delegittimare ogni opinione contraria. Consapevole della difficoltà, non penso, tuttavia, che l'agire politico possa prescindere da quel concetto, con tutte le cautele dovute. Sono invece convinto, e in questo credo che Pinzani abbia ragione, che quel bene comune non possa essere ridotto alla crescita del PIL di un Paese. Pur bandendo ogni irragionevole istanza pauperistica, ridurre il bene comune ad un fattore puramente economico rappresenta una vera riduzione dell'umano.

normalità istituzionale, dalle sue regole. Se è vero che, come rilevava *Weber*, il potere si giustifica per tradizione o per il carisma di un condottiero ovvero in virtù di regole che ne disciplinano l'acquisizione, direi che al giorno d'oggi rilevano innanzitutto queste regole e poi, di fatto, il carisma del leader.

Il problema è trovare un equilibrio, pur accettando l'inevitabile bisogno del carisma di un capo. Insomma, il problema è, ripescando concetti e terminologie che ci vengono dalla filosofia greca, distinguere tra l'agire di un re o se si vuole di un principe e l'agire di un tiranno. E qui emerge il dibattito antico sulle qualità del governante.

Diceva *Weber* che l'uomo politico, ossia colui che aspira ad avere il potere sugli uomini e sulla direzione della storia deve avere tre qualità: passione, responsabilità e lungimiranza.

La passione è la dedizione ad una causa. Qui emerge la fecondità del principio fissato nel paragrafo precedente, per cui l'assenza di una causa, di un fine esterno a colui che agisce, priva la politica di un fondamento etico.

Già Platone diceva che colui che detiene il potere lo deve esercitare, non per un suo interesse, bensì nell'interesse di coloro che vi sono sottoposti. L'uomo giusto governa per il bene dei sudditi, mentre l'uomo ingiusto governa per il suo bene. Ed aggiungeva che l'uomo buono e giusto non ambisce a governare, non è amante del potere: egli sceglie di governare per necessità, affinché non governi chi è moralmente inferiore.

Ancora più chiaramente *Weber* affermava che il peccato mortale del politico emerge quando la sua aspirazione al potere diventa priva di causa e si fonda solo sulla autoesaltazione personale. La mancanza di una causa porta l'uomo politico ad aspirare alla luccicante apparenza del potere invece che al potere effettivo, aggiungendo: *«proprio perché il potere costituisce il mezzo inevitabile di ogni politica e l'aspirazione al potere una delle sue forze propulsive, non vi è deformazione più pericolosa della forza politica che il vantarsi del potere come un parvenu, del vanitoso compiacimento nel sentimento del potere e soprattutto di ogni culto del potere in se stesso. Il mero "politico della potenza" (...) può esercitare una forte influenza, ma in effetti opera nel vuoto e nell'assurdo. (...) questo principio<sup>5</sup> (...) è il prodotto di una indifferenza assai misera e superficiale di fronte al senso dell'agire umano, la quale non ha alcun tipo di rapporto con la coscienza del tragico a cui è intrecciato in verità ogni agire, e in particolare l'agire politico».*

Insomma, la mancanza di un fine di bene comune a fondamento dell'agire politico, porta alla nudità e drammaticità dell'immagine del leader e del suo

---

<sup>5</sup> Ossia la politica di potenza.

rapporto con gli altri uomini, che sempre *Weber* tracciava, quando egli diceva che la selezione del capo si fonda sulla sua volontà e sulla sua capacità di discorso demagogico, ossia di eccitazione dell'emotività delle masse. Immagine da cui egli traeva l'idea che nella realtà si finisce per creare (o quantomeno si rischia di creare) una sorta di proletarizzazione spirituale dei seguaci, un'adesione e fedeltà al capo, a prescindere da ogni giustificazione che vada oltre la fede nel capo e nelle sue capacità di ripagare, in caso di successo, quella fedeltà con vantaggi personali.

Se quindi l'agire politico ha bisogno dell'adesione ad una causa intesa, non come realizzazione di vantaggi personali, bensì come realizzazione di un bene comune, a prescindere dal contenuto che si voglia dare a questo concetto, si aggiunge ancora che al buon politico necessitano, come si accennava, responsabilità e lungimiranza, la qual cosa poi significa capacità di cogliere il reale e, quindi, di realizzare il fine del suo agire<sup>6</sup>.

Anche questo spunto è fondamentale e fecondo di frutti. Invero, se il buon politico, presupposto un fine, deve avere la capacità di realizzarlo e se ciò dipende (anche<sup>7</sup>) dall'adesione al reale, se ne deve ricavare pure che il buon politico deve avere sapienza e deve rifuggire dalla menzogna.

Del resto, queste caratteristiche del buon governante erano state già messe in chiara luce dalla filosofia greca. Riprendendo il filo già sopra accennato, Platone aggiungeva che il buon governante, oltre a non essere avido di guadagni, come frutto del suo governo, ama il vero, ha avversione per la menzogna e la vanteria e che il suo buon governo esige sapienza: attenzione, egli specificava, una sapienza non legata ad una singola arte, bensì quale capacità di vedere il tutto, qualità, questa, che va coltivata con la sua educazione spirituale.

Sapienza, saggezza ed esperienza di cui parlava anche Arisotele, il quale chiariva come il buon governante agisce per il bene dopo che ha conosciuto sia cosa è il bene sia quali sono le vie per realizzarlo. Insomma, il buon politico, già nella filosofia greca, è colui che, lungi da ogni improvvisazione, sa e sa fare: conosce il bene e sa come realizzarlo. L'azione politica moralmente buona si fonda su due basi: la presenza consapevole di un fine e la conoscen-

---

<sup>6</sup> MAX WEBER è estremamente netto nel rilevare che, se i due peccati gravi della politica stanno nell'assenza di una causa e nella mancanza di responsabilità, la «vanità, vale a dire il bisogno di porre se stessi in primo piano nel modo più visibile possibile, induce l'uomo politico nella fortissima tentazione di commettere uno di questi peccati, se non tutti e due insieme. E ciò tanto più in quanto il demagogo è costretto a contare sull'«effetto»; egli si trova perciò continuamente in pericolo tanto di diventare un mero attore quanto di prendere con leggerezza la responsabilità per le conseguenze del suo agire e di preoccuparsi solamente della «impressione» che suscita».

<sup>7</sup> Non possiamo ingenuamente sottovalutare il peso delle casualità. Anche se l'uomo cerca di ridurre il peso, perché l'ammetterlo crea angoscia, è inevitabile che il caso giochi un ruolo, a volte pesante, nella storia di un individuo e nella storia dell'intera umanità.

za della via per realizzare il fine. Invero, «*non basta avere come fine il bene comune, si deve anche possedere (e mantenere con continuo aggiornamento) una buona conoscenza dei problemi di cui ci si deve occupare e una buona competenza per la loro soluzione*»<sup>8</sup>

Una degenerazione del potere si ha quando il fine del suo esercizio sta solo nel suo mantenimento: il potere, allora, diventa un fine in se stesso, perde il suo essere solo strumento, si corrompe e diventa moralmente illegittimo. Insomma, se il raggiungimento e il mantenimento del potere diventano l'unico fine dell'azione politica, la politica «*si riduce a guerra fra bande e distrugge la cosa pubblica*»<sup>9</sup>.

Anche questo può essere assunto come principio certo nella riflessione sui rapporti tra etica e politica. Riprendendo uno spunto già indicato in Bobbio, nessuna delle teorie elaborate in questo campo «*considera la conquista e la conservazione del potere, come bene in se stesso. Nessuna ritiene che lo scopo dell'azione politica sia il potere per il potere. Per lo stesso Machiavelli l'azione politica "immorale" (immorale rispetto alla politica del "pater noster") è giustificata soltanto se ha per fine "le grandi cose" o la "salute della patria". Perseguire il potere per il potere vorrebbe dire trasformare un mezzo, che come tale deve essere giudicato alla stregua del fine, in un fine in se stesso*»<sup>10</sup>.

#### 4. Il fine giustifica i mezzi: un problema insolubile?

Osserva Norberto Bobbio che il problema dei rapporti tra etica e politica assume un suo specifico percorso di riflessione dopo l'avvento di Cristo<sup>11</sup>, diventando essenzialmente il problema della tensione tra l'ordine universale per l'agire umano rivelato da Dio e un ordinamento terreno avente lo scopo dell'ordine tra gli uomini di una comunità. In questo percorso tradizionalmente si fa risalire il principio per cui "il fine giustifica i mezzi" all'apertura del XVIII capitolo ne "Il principe" di Machiavelli, ove si legge: «*Quanto sia laudabile in un principe il mantenere la fede e vivere con integrità e non con*

<sup>8</sup> GIOVANNI BACHELET, *Etica e politica*, in [www.giovannibachelet.it](http://www.giovannibachelet.it)

<sup>9</sup> *Ivi*.

<sup>10</sup> Anche ALESSANDRO PINZANI, *op. cit.*, p. 2 ss., rileva come in Machiavelli il male si giustifica, non per la conquista e l'esercizio del potere in sé, bensì per l'aspirazione alla realizzazione di un bene pubblico.

<sup>11</sup> Ancorché la riflessione, come abbiamo visto anche in queste pagine, risalga ad un'epoca ben anteriore, ma con coordinate di ricerca diverse. Invero nella filosofia greca ci si poneva essenzialmente il problema della distinzione tra buon governo, quello del re che opera per la felicità degli uomini, e mal governo, quello del tiranno, che opera per la sua felicità.

*astuzia ciascuno lo intende: tamen si vede per esperienza ne' nostri tempi quelli principi avere fatto gran cose, che della fede hanno tenuto poco conto e che hanno saputo con l'astuzia aggirare e' cervelli delli uomini: e alla fine hanno superato quelli che si sono fondati in su la realtà».*

Insomma, l'agire del politico si valuta solo per il suo successo o insuccesso rispetto al fine. L'agire strumentale al servizio di quel fine non è né buono né cattivo, bensì al di sopra del giudizio morale, se si vuole amorale.

Si contrapponeva nettamente a questa visione, e praticamente nello stesso periodo, la lezione di Erasmo, che ne L'educazione del principe cristiano (1515) affermava come il Principe debba aspirare ad essere buono e giusto, non ad ottenere certi risultati. Egli, quindi, dovrebbe essere magnanimo, temperante e onesto. Così, quando Erasmo mette in bocca al suo Principe la domanda su quale fosse la sua croce, la risposta è: *«il seguire ciò che è onesto, il non far del male a nessuno, non depredare nessuno, non lasciarsi corrompere dai doni».*

La contrapposizione, almeno nei termini che al momento appaiono, è netta ed è ripresa da Weber quando descrive l'agire secondo un'etica dei principi e l'agire secondo un'etica della responsabilità.

Se si assume questa distinzione in termini radicali, presupponendo che il richiamo ai principi implichi il rinvio alla morale cristiana, ne deriva che il politico cristiano agisce da giusto e poi rimette il risultato nelle mani di Dio. Egli non si interroga su quali possano essere le conseguenze del suo agire, sul se il suo agire possa realizzare veramente il suo fine. Egli agisce secondo quanto ritiene giusto e poi delle conseguenze, successo o insuccesso, se ne lava le mani, non è sua responsabilità, ma sarà l'insuccesso eventualmente colpa della stupidità umana o del caso o di Dio o di altro. Invero, chi segue l'etica dei principi non può mai ammettere che si possano utilizzare mezzi cattivi per realizzare fini buoni.

E, sempre mantenendo la radicalità della distinzione, agire secondo un'etica della responsabilità significa, invece, sentirsi in dovere di realizzare il fine, a prescindere dai comportamenti a ciò necessari. Come nel mondo giuridico lo stato di necessità giustifica comportamenti umani che pur, altrimenti, sarebbero illeciti, così la necessità di realizzare il fine dell'azione politica giustifica ogni comportamento, che pur sarebbe illecito sul piano morale. Se la professione della politica è caratterizzata dal fine della *salus rei publicae* e se per la realizzazione di questo fine è necessario deviare dai precetti morali, il politico, nella sua responsabilità, è giustificato per quella deviazione, perché, se non deviasse, egli non giungerebbe ad alcun risultato oppure realizzerebbe un risultato diverso e non voluto.

Insomma, per riprendere le parole di Bobbio nel tracciare la differenza in

termini radicali: «Chi agisce secondo i principi non si preoccupa del risultato delle proprie azioni. Fa quel che deve, e avvenga quel che può. Chi si preoccupa esclusivamente del risultato, non va tanto per il sottile rispetto alla conformità ai principi: fa quel che è necessario affinché avvenga quello che vuole». Purché quello che vuole coincida con un'utilità collettiva e non individuale di colui che agisce<sup>12</sup>, quella utilità giustifica la deviazione dai precetti morali.

Abbiamo di fronte un problema enorme e direi insolubile o comunque di difficilissima soluzione: siamo di fronte al problema del male e della sua giustificazione. Nell'ambito di questa riflessione sui rapporti tra etica e politica Weber si riaggancia alla riflessione più generale sul significato del male ed osserva come non si possa, semplicisticamente, dire che dal male può derivare solo il male e dal bene solo il bene.

Già la storia delle religioni nega questa semplificazione. Nella teodicea (parte della teologia che studia il rapporto tra Dio e il male), non mi pare che, ad esempio e rimanendo nella tradizione giudaico-cristiana, si possa trovare una spiegazione nel libro di Giobbe, si possa trovare una risposta alla domanda: come può un Dio buono e onnipotente tollerare il male nel mondo? Domanda che percorre, con risposte incerte, tutto il pensiero occidentale fino alla magistrale riproposizione di essa nel dialogo tra due dei fratelli Karamazov o ancora nella sua perenne riemersione dopo l'olocausto.

Giobbe non trova risposta dal Dio che gli appare e gli parla, scegliendo solo di affidarsi al Suo amore e alla Sua logica, imprescrutabile alla mente umana. Voltaire non trova risposta a fronte della tragedia del terremoto di Lisbona del XVIII secolo. Primo Levi vede la morte di Dio in *Auschwitz*. Abbandonata l'idea che il male sia la retribuzione del male, idea negata da Dio stesso nel libro di Giobbe<sup>13</sup>, su un piano cosmico o comunque religioso, il male resta senza giustificazione<sup>14</sup>. Né la risposta alla domanda di giustificazione si ha con l'avvento di Cristo, perché la croce lascia solo un messaggio di com-passione, senza spiegare alcunché.

Ma, tornando alla riflessione sull'agire politico, il male, se anche lo si può o lo si deve accettare come inevitabile, ha bisogno di una giustificazione. L'agire dell'uomo non può rimanere senza giustificazione, come l'agire di Dio, che, pur, in ipotesi, buono e onnipotente, sembra permettere il male. Insomma,

<sup>12</sup> Se così fosse avremmo quello che nella filosofia greca era chiamato il tiranno.

<sup>13</sup> Ancorché, si deve dire, costantemente ricorrente nella storia dell'uomo. Si ripensi all'omelia del prete ne *La peste* di ALBERT CAMUS.

<sup>14</sup> Si ricordino le domande senza risposta di DAVID HUME: Dio è disposto a prevenire il male, ma non è in grado? Allora è impotente. È in grado, ma non vuole? Allora è malevolo. È in grado ed è disposto? Da dove viene allora il male?

se il male esiste e convive col bene ed anzi a volte esso può essere necessario, è anche vero che esso, se è provocato dall'agire dell'uomo, deve essere giustificato e deve avere un limite.

Se così non fosse, non vi sarebbe alcun rapporto tra etica e politica. Invece il rapporto c'è, o almeno vogliamo e abbiamo bisogno che vi sia, ed emerge soprattutto quando si cercano quella giustificazione e quel limite.

Ci troviamo, così, di fronte al grave problema dell'equilibrio, della misura della necessità del male. Dato per buono un certo fine, possiamo dire che la sua realizzazione giustifica qualsiasi azione? Possiamo dire che l'uomo politico apprezzabile è quello che è fedele solo al successo, inteso come realizzazione del fine? Oppure anche l'uomo politico che agisce secondo un'etica della responsabilità deve pur fare i conti con i principi, con le regole morali, almeno in una certa misura?

Lo stesso *Weber*, che pur sembrava porre nettamente la distinzione sopra tracciata, in realtà auspicava una sintesi tra le due prospettive nel concreto agire politico, insomma una misura alla recessività dei principi a fronte della responsabilità per il risultato. Ed anche Bobbio, nel riprendere il pensiero di *Weber*, ha affermato che in questo autore etica e responsabilità non erano del tutto disgiunte l'una dall'altra: «*La prima, presa in sé, condotta alle estreme conseguenze, è propria del fanatico, figura moralmente ripugnante. La seconda, totalmente scissa dalla considerazione dei principi da cui nascono le grandi azioni, e tutta tesa soltanto al successo, caratterizza la figura moralmente non meno riprovevole del cinico*».

Ma, come abbiamo visto che la scelta dei fini può essere discutibile, così anche la scelta dei mezzi può essere discutibile.

Insomma, si può ammettere (è giustificabile) il discostarsi della politica dai precetti morali a due condizioni: che quel discostarsi sia necessario alla realizzazione del fine e che comunque esso abbia un limite. Dal primo punto di vista, bisogna escludere l'uso di mezzi inefficaci per la realizzazione del fine e così inutili. Tra quelli efficaci, se ve ne è uno rispettoso dei precetti morali, si deve certamente scegliere questo, perché un allontanarsi dalle regole morali non sarebbe giustificato da uno stato di necessità. Se, al contrario, il fine non è raggiungibile se non usando mezzi non rispondenti alla morale, allora emerge la domanda: fino a che punto è giustificabile questo discostarsi?

Può essere assai discutibile stabilire questo punto, la misura entro la quale è accettabile la vulnerazione dei precetti morali e la soglia oltre la quale non è più accettabile. Insomma, stabilire il grado di accettabilità dei mezzi, quando questi si pongono contro leggi morali.

Facciamo solo qualche esempio per comprendere il livello di complessità e di discutibilità delle possibili risposte.

Si pensi alle politiche migratorie. Se è certa l'esistenza di un dovere morale di solidarietà umana, tra i fini dell'agire politico è altrettanto certa la legittimità dell'obiettivo di garantire l'ordine pubblico, mentre direi che non lo è per niente l'obiettivo di garantire una determinata identità religiosa o culturale. Invero, da questo secondo punto di vista, nel nostro sistema, improntato a certi chiari principi contenuti nella Costituzione, non sarebbe concepibile una limitazione, quantitativamente o qualitativamente, della venuta di migranti in base alle loro opinioni o fedi religiose.

Quindi, concentrandosi sul fine della tenuta dell'ordine pubblico, l'eventuale tensione tra questo fine ed il principio di solidarietà potrebbe essere risolto chiaramente solo se si sposasse in modo radicale uno dei due criteri sopra descritti. Seguire una politica dei principi significherebbe farsi guidare solo dal dovere morale di solidarietà e così scegliere una politica di accoglienza senza alcuna regola. Farsi guidare solo dal dovere di realizzare la protezione dell'ordine pubblico significherebbe, al contrario, operare senza alcuna considerazione del dovere morale di solidarietà verso ogni uomo.

Chi agisse solo secondo la logica del risultato giustificherebbe ogni tipo di restrizione, al solo servizio di esso. Chi agisse secondo la logica del principio di solidarietà negherebbe la giustificazione di ogni tipo di restrizione.

Il politico che, invece, cerca l'equilibrio, la misura tra gli opposti deve porsi il problema del come bilanciare il principio morale con l'esigenza di ordine pubblico. Non sta a me dare una risposta. Mi bastava porre il problema ed anche far notare che un buon governo evita di scegliere una delle due prospettive estreme, anche se così semplificherebbe le cose. Insomma, la difficoltà nel trovare la risposta di equilibrio non deve spingere alla semplificazione: se questa fosse dettata solo da quella difficoltà l'agire politico sarebbe immorale, perché si allontanerebbe dal vero.

Facciamo ora alcuni esempi che riguardano il principio morale del non uccidere. Nessuno dubita di esso sul piano etico. Eppure potrebbe essere discutibile la sua tenuta a fronte della pretesa dell'azione politica di raggiungere alcuni fini.

Possono esserci fini politici che giustificano l'uccidere?

Sono convinto che la risposta istintiva che sorge da ognuno sia in senso negativo. Eppure nella storia dell'uomo ed anche ai giorni nostri gli esempi nei quali l'uccisione del proprio simile è stata ed è giustificata per fini politici non sono né pochi né irrilevanti. Magari alterando il concetto di "simile".

Si pensi alle guerre per ragioni religiose. Alle crociate nel medioevo, alle guerre scaturite dopo la riforma protestante o alla guerra santa che viene da alcuni ambienti oggi dell'Islam.

Su questo piano, oggi non credo che qualcuno sia più disposto a ritenere che

valga il principio per cui il fine giustifica i mezzi, almeno non nel mondo occidentale. Anche se, poi, la politica degli Stati contraddice i propri valori fondanti quando pretende di usare la guerra come un mezzo di esportazione dei propri principi di libertà, assunti come imprescindibili per ogni comunità. Soprattutto quando emerge come questa ansia di liberazione dei popoli riguardi solo alcuni Stati ritenuti nemici e non altri, dove pure i principi di libertà e tolleranza come intesi in occidente non esistono (si pensi solo all'Arabia Saudita).

Ma si pensi anche all'uccisione legale praticata all'interno di un ordinamento giuridico.

Credo che nessuno oggi possa giustificare questa pratica anche se posta al servizio di un fine, almeno in apparenza, buono. Si pensi ai Paesi di socialismo reale nel XX secolo, ove, al fine di realizzare l'eguaglianza ed una società senza classi, un mondo in cui ad ognuno potesse essere dato secondo i propri bisogni, si scontava la tragica e disumana esperienza del *gulag*.

Ma l'uccisione viene a volte giustificata anche a fini di ordine pubblico. Secondo una fedeltà alla realizzazione della sicurezza pubblica vi sono Stati ove si ha la pena di morte. La persona messa a morte non si definisce come assassinata, ma come giustiziata, per distinguere l'uccisione ingiusta da quella giusta (legale). Ma possiamo dire che il fine giustifica i mezzi? Mi sento di rispondere certamente in modo negativo.

Resta, poi, un ultimo esempio di applicazione del principio per mezzo dell'uccisione di altri esseri umani: il caso della resistenza all'occupante straniero. Qui emergono due diversi problemi.

Il primo attiene propriamente alla giustificazione del fine, ossia: se è lecito combattere per liberare il proprio Paese dall'invasore straniero, cosa si può intendere per straniero? Certo, era lecita la resistenza avverso l'occupazione tedesca durante la seconda guerra mondiale. Ma che dire se i termini "occupazione" o "straniero" vengono spesi in una battaglia di indipendenza, quindi di aspirazione al distacco da una nazione-madre? È evidente quanto qui la risposta possa risultare assai più dubbia.

Il secondo problema riguarda la misura dei mezzi legittimi: pur ammettendo la liceità del fine, fino a quale punto si può spingere l'azione? Che dire a fronte di azioni che possono determinare, assumendone consapevolmente il rischio, la morte di innocenti? Rileva il numero delle vittime innocenti oppure anche la morte di un solo innocente è inammissibile, squalificando così il mezzo?

Questi sì che sono ambiti nei quali nessuno ha una risposta certa, ambiti nei quali si può veramente dire che, fatta la storia, ossia accaduti i fatti da giudicare, poi il vincitore ha il potere di scrivere quella storia, quindi di indirizzarne la narrazione ed inevitabilmente il giudizio su di essa.

Infine emerge ripetutamente nella storia l'esempio della tortura quale strumento per realizzare il fine dell'ordine pubblico o comunque di un ordine ritenuto giusto. Francamente a me pare un mezzo assolutamente inaccettabile, a prescindere dalla gravità della situazione a cui si voglia far fronte.

Eppure, se vi sono state epoche nelle quali la tortura veniva riconosciuta come un mezzo di prova legale, oggi una simile barbarie, pur rifiutata generalmente, almeno nel mondo occidentale, viene praticata, soprattutto al fine di combattere il terrorismo, magari cercando sedi lontane dai riflettori della stampa. Ciò, forse, non tanto perché la maggioranza dell'opinione pubblica sarebbe indignata da simili notizie, quanto piuttosto per evitare di affrontare sensi di colpa collettivi.

### *5. La situazione italiana*

In Europa e direi nel mondo occidentale in genere abbiamo vissuto e continuiamo a vivere una lunga stagione fortemente caratterizzata eticamente soprattutto in riferimento alla valorizzazione dei diritti umani. Questa stagione, passando dall'illuminismo ma anche da grandi travagli, guerre, sommovimenti politici, sofferenza, ha avuto un suo punto di arrivo in importanti Carte internazionali. Si pensi solo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, o alla Dichiarazione europea dei diritti umani (CEDU) del 1950.

Queste Carte internazionali, nonché diverse Carte costituzionali statali (tra cui la nostra) sono il frutto di un lungo cammino che a mio parere possiamo chiamare di civilizzazione, cammino che, partito dalla tradizione cristiana, indubbiamente la prima a riconoscere il valore di ogni persona, a prescindere dal colore della pelle, dal sesso o dalle opinioni, ha messo al centro anche della vita politica, ossia degli scopi dell'agire politico, il rispetto della persona e dei suoi diritti, che oggi noi consideriamo quasi naturali, ossia inalienabili<sup>15</sup>.

Eppure, dopo il lungo periodo di pace seguito alla seconda guerra mondiale (al cui servizio vi è stata certamente anche la costruzione della UE, ancorché questa, a mio parere, ma forse a parere di tanti, sia sul viale del tramonto, almeno nella forma che noi conosciamo), i Governi del mondo occidentale hanno cominciato a perdere la capacità di interpretare e risolvere i problemi, quantomeno tanti problemi, delle persone. È come se, pur assunto come valo-

---

<sup>15</sup> Del resto, il già citato art. 2 Cost. dice che la Repubblica «riconosce» i diritti inviolabili dell'uomo, con ciò appunto presupponendo quei diritti, non essendo la Carta la fonte dell'attribuzione di essi, ma solo la fonte di protezione.

re imprescindibile e ormai scontato quello del rispetto e della valorizzazione della persona umana e dei suoi bisogni, si fosse persa l'idea di un contesto più generale nell'ambito del quale porre quel valore. È come se il valore sacrosanto della persona umana sia scaduto a mero individualismo, perdendo l'esigenza pur sempre della persona di realizzarsi in qualcosa che vada oltre l'individuo, con ciò perdendo, piuttosto che acquistando, possibilità di felicità e persino di libertà. È come se si fosse perso il senso d'identità o quantomeno di appartenenza ad una comunità.

Insomma, è come se si fosse persa la percezione della storia come incessante progredire del senso e del bisogno "religioso", intendendo qui per "religione" non la pratica degli adepti a singole confessioni religiose, bensì un sistema mentale, una concezione del reale che, tramite la fede (in essa), diventa fondamento dell'agire morale (*Goethe*). Con ciò, fra l'altro, lasciando ampio spazio a quello che, come sopra abbiamo visto, *Weber* chiamava potere carismatico del capo, quel potere che si fonda sulla fede del popolo, non in una causa, bensì nelle qualità appunto di un leader, dalla cui ascesa ci si aspettano solo ritorni economici e di prestigio personale.

In un'epoca nella quale abbiamo, fortunatamente, raggiunto la più vasta protezione dei diritti individuali<sup>16</sup>, sembra che il cuore degli uomini abbia perso il senso del proprio compimento più profondo, sopravvivendo solo l'ansia del consumo. E così anche i governanti, persa la direzione dell'esercizio del potere, hanno un atteggiamento consumistico di fronte ad esso, aspirando ad ottenerlo e poi ad esercitarlo di per se stesso.

Ciò genera solitudine, le più profonde periferie esistenziali nell'individuo, sconnesso da ogni senso di appartenenza, e consegna le comunità ad un potere cieco.

In questo contesto la situazione italiana è tra le meno rassicuranti: il nostro Paese sta morendo di politica per l'assenza della politica. E questo non è un ossimoro, ma la dura e cruda realtà.

Nonostante tutte le incertezze che abbiamo visto restare nella riflessione teorica sui rapporti tra etica e politica, non è dubbio che l'agire politico esiga l'arte della gestione della cosa pubblica in attuazione di un progetto. Così, prima dell'azione, si deve porre un'idea di quella cosa pubblica, una visione che, dando un orizzonte, fonda delle scelte, degli obiettivi, in base ai quali individuare i percorsi strumentali adatti al fine.

Ed è qui che manca la politica, perché è difficile comprendere quali siano queste scelte, queste idee di fondo nella politica italiana. L'unica cosa concre-

---

<sup>16</sup> Anche se, pure da questo punto di vista, non possiamo certo affermare che viviamo nel migliore dei mondi possibili: si pensi solo alla grave crisi del lavoro, soprattutto in Italia.

ta che vediamo accadere è l'espansione smisurata delle leggi e degli apparati politico-burocratici.

Ed è qui che stiamo morendo di politica. Queste gigantesche macchine di consenso elettorale creano disfunzioni, costi e oppressione. Il numero delle norme di cui viviamo e la loro complicazione e incomprensibilità sta letteralmente soffocando ogni comparto della nostra vita, al punto che ormai le azioni amministrative ed i rapporti tra i privati ed il "pubblico" sono imbrigliati in una ragnatela normativa tale da impedire o rendere assai difficoltoso ogni movimento, schiacciati da un Leviatano sempre più esigente.

Inoltre, nella mancanza di un progetto di fondo, emergono le inquietanti figure del politico dilettante e del tecnico prestato alla politica.

Quanto a questa seconda figura, dovremmo ricordare l'acuta ed antica osservazione di Platone, per cui il politico deve avere sapienza, ma non in una singola arte, perché l'esperto in una singola arte conosce appunto questa, ma non l'arte del governare, non avendo quella necessaria visione d'insieme del reale e così quella indispensabile capacità di indirizzare il governo verso la realizzazione di un fine, che non si risolva semplicemente nella gestione, quasi aziendale, dell'esistente.

Quanto al dilettantismo, come non ricordare l'auspicio di Aristotele sulla necessità di scegliere per il buon governo persone sagge, ossia dotate della conoscenza del bene e delle vie per realizzarlo. Concetti da cui non è poi distante l'idea di *Weber* secondo la quale il politico deve avere responsabilità e lungimiranza, insomma consapevolezza del suo fine e conoscenza della realtà, per poter scegliere le corrette vie da percorrere per realizzare il fine.

Dove è nel politico l'amore del vero, che, prima di essere aspirazione alla conoscenza del reale fuori di sé, presuppone innanzitutto di essere uomini veri in sé? Dove è l'avversione alla vanteria e alla menzogna?

Sempre riprendendo le parole di *Weber*, l'assenza di una vera causa porta i nostri politici alla vanità del potere, ad aspirare e mantenere la luccicante apparenza del potere, piuttosto che al potere effettivo. Se questo è in realtà esercitato, in termini spesso di continuità, a prescindere dal cambio dei Governi, da oscuri apparati che non compaiono davanti al popolo, i politici eletti si baloccano nell'apparenza del potere, in quello che possiamo definire circo mediatico.

In questo circo, gestito da sacerdoti professionisti dello spettacolo (i giornalisti), gli attori recitano secondo le loro rispettive parti in commedia. E in questa recita hanno anche un loro linguaggio condito dalle parole del momento. Si pensi ad alcune di esse: merito, meritocrazia, valutazione, semplificazione, flessibilità, alleggerimento fiscale, riforme, modernizzazione, trasparenza, populismi. Insomma un lessico, a loro familiare, a cui corrispondono

concetti fumosi e del tutto vuoti, soprattutto perché poi da essi non derivano comportamenti corrispondenti.

Così si dimentica il reale, ci si allontana dai bisogni, i desideri concreti delle persone e della comunità.

Lo spettacolo serve solo a quello che sempre *Weber* chiamava discorso demagogico, ossia ad eccitare l'emotività delle masse, al fine della conquista del potere ovvero del suo mantenimento.

Il vero esercizio del potere, poi, si ha dietro le quinte di questo teatro e spesso è nelle mani di persone diverse dagli attori che vediamo sul palcoscenico di esso.

Oltretutto in Italia l'ansia dell'apparenza delle cose, senza attenzione per le cose reali, ha portato ad una peculiare scorrettezza istituzionale, alterando i rapporti tra Governo e Parlamento. Se, nell'incapacità di fare le cose reali (governare) è necessario produrre leggi (apparenza delle cose)<sup>17</sup>, i politici cercano le vie più brevi per fare sempre più leggi, salvo poi cambiarle dopo pochi mesi o aggiungerne delle altre. Ciò ha causato, fra l'altro, l'abuso dei decreti legge, peraltro con contenuti eterogenei, e dei voti di fiducia. Il Parlamento, a parte il voto di fiducia che fonda la nascita del Governo, è ampiamente svuotato dei suoi poteri. Il Governo, invece di far funzionare le cose, di fatto legifera. Migliaia e migliaia di leggi, peraltro spesso di pessima fattura tecnica, che coprono solo l'incapacità di affrontare i problemi. Tutto ciò con la connivenza dei vari Presidenti della Repubblica, che mai hanno in questi anni fermato al momento della emanazione (comma 5 dell' art. 87 cost.) un decreto legge, anche se in esso era prevista come norma transitoria l'entrata in vigore solo con la legge di conversione, con ciò tradendo i requisiti di urgenza che sono necessari della normazione per decreto legge<sup>18</sup>.

## 6. *Che fare?*

Se il quadro tracciato non induce all'ottimismo, non credo, però, che ci si possa limitare alla sua osservazione, lamentandosene semplicemente. In una situazione tanto difficile non credo che si possa, con occhio rivolto puramente all'esterno, sollevare quel grido che Pasquale Villari sollevò all'indomani della sconfitta di Custoza (1866): di chi è la colpa?

---

<sup>17</sup> Parliamo di leggi per semplificare. Ma in realtà il nostro è un apparato che produce migliaia e migliaia di norme a vari livelli, anche inferiori alla legge.

<sup>18</sup> L'art. 77 Cost. dice che il Governo può adottare decreti legge solo in casi straordinari di necessità e urgenza.

Con questa domanda si potrebbe sgranare il rosario delle lamentele.

La colpa è dei molti politici che rubano o che comunque gestiscono la cosa pubblica a vari livelli guardando, non al bene comune, ma al proprio interesse personale o comunque di parte.

La colpa è dei tanti giornali che, piuttosto che raccontare ciò che accade ed essere avanguardia dell'opinione pubblica, tendono a creare realtà di convenienza, facendo sistema con gli apparati di potere.

La colpa è degli intellettuali che tradiscono quella che dovrebbe essere la loro vocazione di suggeritori di mondi possibili e felici per diventare servi mutevoli di principi sempre più occasionali.

La colpa è dei burocrati che, invece di rendere agile l'azione amministrativa, creano complicazioni continue che inceppano gli ingranaggi delle macchine pubbliche, suggerendo ai legislatori normative sempre peggiorative.

La colpa è dell'apparato di governo che, lontano dalle esigenze del popolo, sforna leggi senz'anima che finiscono solo per ingessare ogni possibilità di impresa e creatività individuale.

La colpa è nel sistema educativo che dimentica l'esigenza di formare persone consapevoli e dotate di spirito critico per addestrare operatori, non sempre competenti, nelle più svariate branche delle professioni e dei mestieri.

La colpa è della televisione e della devastante pubblicità, che per aumentare i profitti della macchina del consumo sviscerisce e quasi uccide la parte più profonda dell'umano.

La colpa è di internet, che fa dimenticare la realtà consentendo di crearne una virtuale e parallela, che fa perdere la concretezza di un volto per cogliere l'ambiguità di un'immagine, creando solitudine nel mentre ci si immerge in una apparente moltitudine.

La colpa è dei ministri del culto che ripetono parole pallide e vuote, facendo mancare a chi li ascolta il conforto di una vera presenza, attraente, palpante e piena di infinito.

La colpa è della congiuntura internazionale, ingenerosa nelle opportunità che ci vengono tolte.

La colpa è di Dio che non ci vede e che in fondo ci acceca sottraendoci la sua vista.

Questo è un atteggiamento sbagliato, perché è privo di responsabilità.

Io non so se ci si può accontentare dell'idea secondo la quale la crisi della politica nascerebbe dalla c.d. globalizzazione, perché, come ebbe a dire *William Kay Wallace* già nel 1922, le potenze economiche mondiali si sarebbero sostituite ai politici nel governo delle cose. Io credo piuttosto che, se non è la politica a fare l'uomo, bensì l'uomo a fare la politica, nella crisi di questa emerga in realtà la crisi dell'umano.

Se l'uomo, il singolo individuo, non ritrova il bisogno di senso della propria vita individuale, non è possibile che poi, quando si pone come cittadino, aspiri a farsi rappresentare da politici che diano a loro volta un senso all'agire politico. Se non è l'uomo a ritrovare il bisogno di elevarsi dal mero quotidiano, da una mera soddisfazione di bisogni materiali per inserire il suo agire quotidiano in un fine complessivo della propria vita (un compito), non è possibile che poi i suoi rappresentanti politici abbiano a loro volta un fine più ampio del loro agire politico, al di là della mera gestione quotidiana dello Stato come una sorta di condominio da mandare a avanti.

Insomma, ritorna la questione della fede, nel senso sopra visto di *Weber*: se l'uomo ha perso ogni fede (non importa in cosa, purché si tratti di qualcosa che vada al di là della sua individualità: può essere una fede religiosa o laica), non è pensabile che l'agire politico sia animato da una qualche fede<sup>19</sup>. Prima di capire il che fare bisogna comprendere il cosa essere: l'uomo deve fare questo percorso e poi anche la politica potrà replicarlo.

Tanti sono i fattori che hanno generato una simile crisi. Ma tutti, direi, si riducono ad una sola osservazione di sintesi: la crisi dell'umano nasce con la morte di ogni concetto o esperienza che porti al di fuori di sé, al di fuori del suo stretto confine ed orizzonte. La morte di Dio. La morte delle cc.dd. ideologie, nonostante che le grandi Carte internazionali abbiano garantito sicurezza, diritti individuali, tolleranza. La morte del "padre" e così del concetto di dovere. La morte del concetto di patria. La crisi profonda della famiglia come associazione minima per la protezione dei figli, del patrimonio e della proiezione del sé oltre la propria vita.

Non sto proponendo di resuscitare questi concetti come unica e possibile prospettiva dell'io. Non è mia intenzione dare risposte concrete, ma solo suscitare l'attenzione sul problema. E il problema è che urge risvegliare la domanda di senso, urge andare al fondo del desiderio umano imprescindibile, che sta certo anche nel godere di una vita sicura, lunga e confortevole, ma soprattutto nel trovare una direzione al vivere, un compito, una meta, un risveglio del cuore dell'uomo.

Ognuno dovrà trovare la sua risposta ed in una società risvegliata e dialogante forse la comunità potrà ritrovare anche una direzione comune. Ma intanto che si riparta dall'io.

---

<sup>19</sup> A mio sommo avviso, l'errore di MAX STIRNER (*L'unico e la sua proprietà*) è stato quello di non comprendere quanto l'uomo abbia bisogno di una fede (da lui chiamata «idea fissa»), non bastandogli la sua unica dimensione individuale (non so come possa soddisfare la sua affermazione per cui «Il mio compito è di soddisfarmi, di bastare a me stesso»!), purché essa non sia imposta, ma scelta liberamente. Altro è il fanatismo, «malattia» dalla quale, però, le nostre società aperte e tolleranti credo siano immuni.

I gesti pratici, concreti e quotidiani, potrebbero rispondere ad un'etica della responsabilità, vedendo nel nostro agire quotidiano, di ognuno di noi, anche un senso politico, ossia un significato che può essere utile, non solo al singolo, ma anche alla comunità. Sono convinto che l'unica opportunità concreta stia nella riscoperta di una militanza civile facendo propria la riflessione, che poi è anche un'esortazione, di *Dostoevskij* per cui ognuno di noi è responsabile di tutto. Non propongo una teoria della politica, ma una teoria della persona, relativa al suo agire nella vita quotidiana, che diventa fatto politicamente rilevante che irradia luce. Con un unico metodo: quello dell'amore, che non è negazione dei propri bisogni e delle aspirazioni individuali, bensì è concetto e dimensione che va intesa come impegno anche a prendersi cura.

Non si tratta di sentimentalismo, ma del vivere e trattare ogni circostanza secondo il suo fine naturale e nel rapportarsi con ognuno senza strumentalizzazioni. Il medico ha come suo unico scopo la salute altrui. L'artigiano la buona fattura della sua opera. L'avvocato la giustizia per il suo cliente. L'insegnante l'assunzione della responsabilità dei destini dei suoi discepoli. Ognuno secondo la propria vocazione agisca per il bene, ossia si assuma la cura delle persone che ha intorno e del proprio luogo di lavoro, assumendo la consapevolezza del lavoro come, non solo fonte di reddito, ma anche e soprattutto di dignità personale e, quindi, di ruolo nella società.

Questo richiamo che nasce nel mondo antico ed arriva a noi anche per mezzo del cristianesimo è tanto semplice quanto del tutto non attuato. Oggi più che mai. Una società confortevole, più ricca e sicura, crea solitudini e angosce, crea infelicità e senso di vuoto.

Il compito di ognuno è riempire quel vuoto e aiutare i suoi fratelli uomini a fare lo stesso. Non è un messaggio buonista, ma si tratta di mettere a fuoco un'esigenza tanto forte quanto inconsapevole, la cui ignoranza rischia di far soccombere l'occidente a fronte dell'espansione di culture, religiose e politiche, assai più identitarie e intolleranti, che premono ai nostri confini.

Si deve ripartire, ripeto, dal resuscitare la domanda di senso. Si deve ride-stare l'umano, i suoi desideri più profondi, che non stanno nell'appagamento di piaceri transitori, bensì nel desiderio di compimento, che proietti l'io in qualcosa che va oltre la sua finitudine. Non si tratta di retrocedere l'umano a società moralistiche e ottuse, ma di riaprirgli un orizzonte di vera felicità.

Ogni singolo individuo può ripartire da se stesso, dal modo in cui sta nelle sue circostanze. Ogni comunità organizzata può ripartire dal riconoscimento del vero, dalla riduzione della menzogna pubblica. I c.d. intellettuali (i filosofi di cui parlava Platone), smettendola di essere al servizio del potere del momento, potrebbero assumere il loro dovere morale di essere avanguardia, di essere ispiratori di fini, di mete, di direzioni. Insomma, potrebbero essere edu-

catori, assumendosi più degli altri il compito di ispirazione di verità e bellezza, perché l'insegnamento non può essere solo il trasferimento di conoscenze, ma deve puntare alla messa a punto di un metodo per la conoscenza di sé e del reale che ci circonda.

Qui non si tratta di disconoscere le aspirazioni del singolo alla sua realizzazione, magari alla realizzazione dei suoi desideri, piaceri, libertà. Si tratta, piuttosto, di andare a fondo dell'umano: nessuno può essere felice col solo soddisfare i propri piaceri e le proprie libertà.

Qui si gioca l'idea di uomo che si ha. L'uomo è solo istinto di conservazione e supremazia per affermare ed espandere il sé? Oppure è anche cuore, aspirazione al bello e al giusto, aspirazione ad un senso che vada oltre il sé?

L'intelligenza dell'uomo lo fa essere consapevole della propria finitudine e lo fa aspirare a qualcosa che vada oltre. È nella ricerca di questo "oltre" che sta la domanda di senso.

Una domanda di senso che dovrebbe assurgere a domanda collettiva di una comunità: dalla risposta ad essa dovrebbe dipendere l'agire politico.

## 7. Conclusioni

Sintetizzando le poche certezze e i tanti punti che restano aperti possiamo dire quanto segue.

È certo che la presa del potere ed il suo esercizio al solo fine di fare gli interessi propri e dei propri seguaci è un agire immorale<sup>20</sup>.

È certo che la fedeltà alla propria responsabilità a fronte della realizzazione del risultato del bene comune può determinare delle deviazioni dalla morale, se queste sono giustificate. Per cui non si può ammettere sempre e comunque ogni deviazione, ma questa deve essere giustificata nella sua necessità al fine di raggiungere il risultato.

Restano dubbie le scelte di merito.

È dubbia la giustificazione del fine: come distinguere tra fini buoni e fini cattivi?

È dubbia la misura della deviazione dalla morale nella scelta dell'azione strumentale alla realizzazione del fine.

---

<sup>20</sup> Per fare un esempio che emerge dall'esperienza italiana, il fenomeno delle tangenti è assolutamente ingiustificabile (al di là della ovvia illiceità dal punto di vista del codice penale), perché in esso emerge l'uso della politica appunto a fini personali e non a fini pubblici. Ciò a prescindere dalla destinazione dei pagamenti, non potendosi distinguere a seconda che si abbiano destinatari individuali oppure partiti politici.

RIASSUNTO

Il contributo indaga il rapporto tra etica e politica in chiave filosofica e teologica, concentrandosi, innanzitutto, sul problema del fine dell'agire e della sua relazione con l'esercizio del potere. È inoltre affrontato, anche con riguardo alla situazione politica italiana, la questione della scelta dei mezzi ritenuti necessari per il perseguimento delle finalità politiche.

PAROLE CHIAVE

*Etica; azione politica; Italia*

ABSTRACT

The contribution investigates the relationship between ethics and politics in a philosophical and theological key, concentrating, first of all, on the problem of the purpose of acting and its relationship with the exercise of power. The question of the choice of the means deemed necessary for the pursuit of political aims is also addressed, also with regard to the Italian political situation.

KEY WORDS

*Ethics; Politics; Italy*

# *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*

MARIA D'ARIENZO

SOMMARIO: 1. *Libertà religiosa e gabbia informatica: gli algoritmi e la giustizia nei diritti religiosi* – 2. *La nuova dimensione giuridica di “tempo” nell'era del web: elogio della brevità?* – 3. *La libertà di coscienza e la nuova dimensione di “spazio” cibernetico* – 4. *Riflessioni conclusive. I nuovi paradigmi ermeneutici della libertà di coscienza tra verità, errore e falsità delle informazioni*

## *1. Libertà religiosa e gabbia informatica: gli algoritmi e la giustizia nei diritti religiosi*

Innanzitutto vorrei ringraziare gli organizzatori per avermi invitato a questo incontro di studio su un tema di particolare interesse e quanto mai attuale, relativo alle nuove prospettive attraverso cui indagare la tutela dei profili di libertà e, in senso lato, i rapporti tra diritto, potere e autodeterminazione della coscienza<sup>1</sup>.

Sebbene il titolo dell'incontro appaia essere centrato sull'ambito di discrezionalità del giudice e sulla libertà di interpretazione del dato giuridico delle parti processuali in genere, in realtà la questione solleva problematiche più ampie in relazione alla libertà dell'agire giuridico e ai possibili mutamenti dei paradigmi epistemologici che tradizionalmente hanno distinto le scienze umane e le scienze empiriche, tra cui quelle tecnologiche possono essere ricomprese, nell'analisi della realtà regolamentata normativamente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo riproduce, con l'aggiunta delle note bibliografiche, la relazione intitolata: *Libertà religiosa e gabbia informatica*, tenuta al Convegno dal titolo: «Verso il «Giudice Robot»? Nuovi orizzonti della tecnologia informatica e applicazione dell'intelligenza artificiale alla giustizia», organizzato dal Centro di iniziativa giuridica «Giovambattista Vico» (CEDIG), presso l'Auditorium Donnaromita di Napoli, il 18 maggio 2019.

<sup>2</sup> In merito al superamento dei paradigmi epistemologici tra scienze naturali e scienze umane e sociali sul presupposto dell'unità conoscitiva, cfr. MARIO TEDESCHI, *Appunti sul metodo nella problematica del diritto ecclesiastico*, in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*,

L'ambito di libertà e la regolamentazione dei suoi limiti costituisce indubbiamente il fulcro della lente dell'ecclesiasticista nello studio dei fenomeni giuridici e di conseguenza anche in merito alle implicazioni della cosiddetta intelligenza artificiale sulla libertà in materia religiosa.

Ciò spiega almeno in parte la scelta del titolo della relazione<sup>3</sup> costruita sulla coppia oppositiva tra «libertà religiosa» e «gabbia informatica», dove la scelta del termine «gabbia», quale accezione negativa di rete, appare immediatamente indicativa di una specifica prospettiva centrata non tanto sulle potenzialità della comunicazione informatica, quanto sulle possibili lesioni che da questa possono derivare sulla sfera di libertà della persona. Scelta che confesso è stata ampiamente e tormentatamente meditata e discussa con gli organizzatori, in quanto sembrava poter essere più confacente alla pluralità di dimensioni del rapporto «internet e libertà in ambito religioso»<sup>4</sup>, soprattutto rispetto alle modalità del processo telematico, per i profili attinenti alla tutela giurisdizionale dei diritti.

Le strettoie imposte dagli algoritmi, soprattutto quelli predittivi, così come le limitazioni predeterminate dagli schemi informatici per il processo telematico sembrano infatti non interessare direttamente o in senso stretto la giustizia in ambito religioso. Senz'altro i diritti religiosi appaiono quanto mai lontani, proprio per la concezione antropologica su cui si strutturano, dalla possibile applicabilità di una decisione presa sulla base di un algoritmo.

Se pensiamo al diritto canonico, ad esempio, l'unico tra i diritti religiosi dotato di un Codice strutturato sul modello delle codificazioni statuali<sup>5</sup>, la ipotizzabilità di uno schema predittivo elaborato con intelligenza artificiale sembra essere esclusa dalla natura elastica delle norme espresse dai canoni e dal principio di equità a cui è informato l'intero ordinamento canonico<sup>6</sup>.

---

II, Vita e Pensiero, Milano, 1984; ID. (a cura di), *Storia e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1982; ID. (a cura di), *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 1988; ID., *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 41 ss. (1 ed. Giuffrè, Milano, 1987).

<sup>3</sup> Vedi nota n. 1

<sup>4</sup> Cfr. sul punto le riflessioni di MARIO TEDESCHI relative ai rapporti tra l'ordinamento canonico e gli ordinamenti confessionali e statuali in MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 8-9.

<sup>5</sup> Sulla peculiarità della codificazione canonica, si vedano da ultimo i contributi pubblicati in JESÚS MIÑAMBRES (a cura di), *Diritto Canonico e culture giuridiche nel centenario del Codex iuris canonici del 1917. Atti del XVI Congresso Internazionale della Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, Roma, 4-7 ottobre 2017, Edusc, Roma, 2019.

<sup>6</sup> Cfr. OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, s.v. *Equità III) Equità canonica*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, 1989, p. 4; EAD., *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 74-75; PAOLO GROSSI, *Aequitas canonica*, in *Quaderni fiorentini*, 27, 1998, pp. 388-389; ID., *Aequitas canonica: tra Codice e storia*, in *Jus-online*, 1, 2015, consultabile all'indirizzo: <https://jusvitaepensiero.mediabiblos.it/news/allegati/Paolo%20Grossi%20%20Jus%20Onlin%20>

Ordinamento di natura finalistica e non strumentale, ossia teso non tanto alla mera regolamentazione dei rapporti intersoggettivi, quanto all'attuazione del principio di responsabilizzazione di ognuno rispetto alla propria scelta di appartenenza alla comunità salvifica confessionale<sup>7</sup>.

Di conseguenza, l'amministrazione della giustizia non si esaurisce nel processo<sup>8</sup>, e lo stesso procedimento giudiziale non è imperniato sul criterio della certezza giuridica, bensì su quello della certezza morale<sup>9</sup>. Da qui la mancanza del concetto di giudicato canonico nelle cause riguardanti lo stato delle persone<sup>10</sup>.

È pur vero che ultimamente la tecnologia è utilizzata anche nei tribunali ecclesiastici, ma unicamente per le comunicazioni e trasmissioni di atti e certificati. Certamente non appare ipotizzabile un suo uso più ampio che si trasformi in una vera e propria sostituzione della ponderazione del giudizio nel caso concreto, affidata alla potestà giurisdizionale canonica.

Anche sul versante relativo alla tutela della identità religiosa nell'ordinamento statale, i profili direttamente ecclesiasticistici appaiono rilevare solo specificamente in merito al giudizio di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio canonico ad effetti civili dinanzi alla Corte d'Appello competente. Ma anche in questo caso, la discrezionalità del giudizio sui requisiti da verificare ai fini della delibabilità non appaiono inficiati dall'uso del procedimento telematico. Non certamente peraltro il sindacato di non contrarietà della sentenza canonica ai principi di ordine pubblico, su cui si evidenzia sempre più un'interpretazione tanto ampia da parte della giurispru-

---

12015.pdf; OLIVIER ÉCHAPPÉ, *À propos de l'équité en droit canonique*, in *L'année canonique*, 41, 1999, pp. 181-192; EDUARDO BAURA, s.v. *Equidad canónica*, in *Diccionario General de Derecho canónico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, III, pp. 651-654; BEATRICE SERRA, *Sull'equità canonica quale oggetto di una pretesa giuridicamente esigibile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 36, 2017.

<sup>7</sup> Sia concesso il rinvio a MARIA D'ARIENZO, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, Luigi Pellegrini, Cosenza, 2012, *passim*.

<sup>8</sup> Si veda, per tutti, MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Dritto processuale canonico*, VI ed., Edieucla, Roma, 2012; ID., *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne, Roma, 2016.

<sup>9</sup> Cfr. sul punto ORIO GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, in «*Ius Populi Dei*». *Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Pontificia università Gregoriana, Roma, 1972, pp. 605-620; ZENON GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae*, IX, 1997, p. 418 ss.; PÉTER ERDŐ, *La certezza morale nella pronuncia del giudice. Problemi attuali*, in *Periodica*, 87, 1998, pp. 81-104; JOAQUÍN LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 109, 1 1998, pp. 758-802; MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Convincimento, certezza e motivazione: l'esperienza canonica*, in *Criminalia*, 2012, pp. 163-179.

<sup>10</sup> SALVATORE BERLINGÒ, *Giudicato. V) Diritto canonico*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, 1989; ANDREA BETTETINI, *Verità, giustizia, certezza. Sulla cosa giudicata nel diritto della Chiesa*, Cedam, Padova, 2002.

denza da creare concretamente un *vulnus* nel sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica regolamentati dagli accordi concordatari<sup>11</sup>.

In altri termini, quando si tratta di profili ecclesiasticistici, emergono con nettezza le implicazioni di natura politica, e specificamente di politica ecclesiastica, che sovrintendono alle decisioni giurisdizionali le quali evidenziano la natura strumentale del diritto e la sua non completa riconducibilità ad algoritmi informatici.

Ebbene, nonostante le perplessità iniziali derivanti da tutto ciò che è stato detto sino ad ora, ho accettato con piacere la sfida, o se vogliamo forse anche la provocazione – il confine tra i due concetti spesso è molto labile – in quanto il tema appare prestarsi ad una serie di riflessioni non solo in merito alla libertà del giudice e dei difensori delle parti, ma attinenti alle stesse nuove dimensioni di “tempo” e anche di “spazio” che influiscono inevitabilmente per riverberare sui principi che sovrintendono all’amministrazione della giustizia nei rapporti anche interordinamentali intercorrenti tra diritti religiosi e diritti laici.

## *2. La nuova dimensione giuridica di “tempo” nell’era del web: elogio della brevità?*

L’introduzione del processo telematico, almeno nel campo civilistico, o comunque l’uso di procedure di natura informatica nei procedimenti giudiziali rispondono indubbiamente al principio di maggiore efficienza della giustizia poiché incidono sulla maggiore celerità procedurale e dunque sulla riduzione dei tempi.

Del resto, com’è noto, nell’ordinamento italiano costituisce orientamento consolidato della Suprema Corte quello volto a sanzionare la violazione del principio di chiarezza e sinteticità con l’inammissibilità del ricorso per Cassazione.

A differenza di quanto previsto nel giudizio amministrativo, in cui il rispet-

---

<sup>11</sup> Sia concesso il rinvio a MARIA D’ARIENZO, *Libertà, fedeltà e responsabilità dei coniugi. Il matrimonio canonico nel pluralismo matrimoniale*, in PAOLO PALUMBO (a cura di), *Le sfide delle famiglie tra diritto e misericordia. Confronti ad un anno dalla riforma del processo di nullità matrimoniale nello spirito dell’Amoris Laetitia*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 17-29, in particolare p. 26 ss. Cfr., inoltre, *ex multis*, GIUSEPPE CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell’Accordo «che apporta modificazioni al Concordato lateranense»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statochiese.it)*, 28, 2014; PASQUALE ANNICCHINO, GABRIELE FATTORI, *Matrimonio canonico e giurisdizione civile. Evoluzione, involuzione e tribunalizzazione del sistema matrimoniale concordatario in Italia*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2014, pp. 115-191; MARCO CANONICO, *Le limitazioni giurisprudenziali al riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2015, pp. 135-162; ANNA SAMMASSIMO, *Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statochiese.it)*, 31, 2015.

to del dovere di sinteticità è ancorato a determinati parametri quantitativi<sup>12</sup>, nel ricorso per Cassazione l'eccessiva prolissità conduce alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione quando questa può pregiudicare l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscure l'esposizione dei fatti di causa e le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione dell'art. 366, comma 1, nn. 3 e 4 del Codice di procedura civile<sup>13</sup>.

Anche nella proposizione di un ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione avverso il diniego di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale da parte delle Corti di appello, di conseguenza, il difensore dovrà porre particolare attenzione alla sinteticità dell'atto.

In considerazione della circostanza che nel giudizio canonico di nullità matrimoniale non è rinvenibile alcun analogo limite, ne consegue che, ad esempio, per il difensore potrebbe non risultare sempre agevole predisporre una difesa efficace, proprio in virtù della complessità della vicenda giudiziaria dedotta innanzi ai competenti tribunali ecclesiastici. Orbene, al di là dei casi limite – che ci auguriamo siano tali – legati alla maggiore o minore capacità professionale degli avvocati, in realtà è l'equazione “*brevità del processo ed efficienza della giustizia*”<sup>14</sup> che sembra essere il portato più evidente della “*velocità*” che proprio la modalità delle informazioni e comunicazioni impressa da *internet* ha svolto e svolge nella percezione delle relazioni intersoggettive, non solo nella sfera privata, ma anche pubblica.

L'influenza di tale equazione “*brevità-efficacia*” e dunque “*efficienza*” appare riflettersi anche in ambito canonistico. Basti pensare alla riforma introdotta dal M. P. *Mitis iudex* da Papa Francesco nel 2015 che ha introdotto il *processus brevior* proprio nelle cause matrimoniali<sup>15</sup>. Un processo più breve, con una procedu-

---

<sup>12</sup> SEGRETARIATO GENERALE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *Decreto* 22 dicembre 2016, *Disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo*, in *G.U.* 3-1-2017-*Serie generale*, n. 2. Sull'evoluzione del principio di sinteticità e chiarezza nel processo amministrativo e negli atti del processo civile, cfr. FABRIZIO DE VITA, *Efficienza del processo civile e formazione degli atti*, Jovene, Napoli, 2018, specialmente p. 107 ss.

<sup>13</sup> Cfr. CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, *Sentenza* n. 20589 del 30-09-2014, in cui si stabilisce il concetto di «*dovere di sinteticità espositiva*» nella redazione degli atti processuali, mutuandolo dai «*principi del giusto processo*», ex art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sul punto cfr. FABRIZIO DE VITA, *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>14</sup> Sulla traduzione del principio di «*ragionevole durata*» del processo in «*durata necessariamente breve*» nonché, più specificamente, sul rapporto tra esigenza di sintesi e principio di autosufficienza degli atti processuali, si veda GIAN PAOLO CALIFANO, *Sull'autosufficienza del ricorso in Cassazione*, in *Foro italiano*, 1, 2018, p. 3394 ss.

<sup>15</sup> *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Mitis Iudex Dominus Iesus quibus canones Codicis Iuris Canonici de causis ad matrimonii nullitatem declarandam reformantur*, 15 agosto 2015 consultabile all'indirizzo: [https://w2.vatican.va/content/francesco/la/motu\\_proprio/documents/papa-francesco-motu\\_proprio\\_20150815\\_mitis-iudex-dominus-iesus.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/la/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu_proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html). Per un'analisi puntuale delle problematiche

ra pertanto molto più snella rispetto a quella ordinaria, che può essere introdotta nel caso di nullità evidente del vincolo matrimoniale. La nullità manifesta è stata successivamente esplicitata in un elenco esemplificativo, e dunque non tassativo di casi, quali indicatori, ma anche in un certo senso limiti, posti all'ampiezza di discrezionalità del giudizio del giudice e delle parti<sup>16</sup>.

Tra i diversi esempi adottati nelle *Regole di procedura* come casi di nullità notoria ed evidente, merita una specifica attenzione, nella prospettiva di rilevanza giuridica che assume il fattore "tempo", la "brevità" della convivenza coniugale, soprattutto in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione italiana tendenti a considerare, al contrario, l'esistenza di una convivenza prolungata per più di tre anni causa ostativa al riconoscimento di effetti civili alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale in quanto contrastanti con i principi di ordine pubblico<sup>17</sup>. In altri termini, la "brevità" del rapporto coniugale assume una diversa, sebbene specifica rilevanza nei diversi ordinamenti: mentre nel diritto canonico la "brevità" della convivenza è considerata presunzione o indizio sintomatico di nullità, nel diritto civile italiano il rapporto determinato dalla convivenza per più di tre anni prevale sul matrimonio-atto, essendo ritenuta «sintomatica dell'accettazione consapevole del vincolo in tutti i suoi risvolti morali e materiali»<sup>18</sup>.

### 3. La libertà di coscienza e la nuova dimensione di "spazio" cibernetico

Ebbene, se questi possono essere gli spunti di riflessione attinenti alla di-

---

giuridiche connesse alla procedura delle cause di nullità del matrimonio introdotta dal M. P. *Mitis Iudex*, cfr. GERALDINA BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 9-10-11, marzo 2016; MARCO CANONICO, *Il riformato processo matrimoniale canonico*, in *Diritto e Religioni*, 21, 2-2016, pp. 17-52.

<sup>16</sup> *Regole procedurali per il trattamento delle cause di nullità* annesse al *Motu Proprio Mitis Iudex*, elaborate per discernere la verità sull'esistenza o meno del legame matrimoniale in situazione di fallimento. Per approfondimenti, cfr. da ultimo i contributi pubblicati in *Le «Regole Procedurali» per le cause di nullità matrimoniale - Linee guida per un percorso pastorale nel solco della giustizia*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019. Sulla natura giuridica degli articoli introdotti dalle *Regole procedurali* in sostituzione dei canoni del Codice di diritto canonico del 1983, cfr. JOAQUÍN LLOBELL, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal M.P. «Mitis Iudex»*, in *Ius Ecclesiae*, 1, 2016, p.14 ss.

<sup>17</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, *sentenza n. 19809 del 18 luglio 2008*, con nota di S. BARTONE, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'ordine pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08. Un pericolo alla scelta confessionale. Un risvolto di incostituzionalità*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2009, p. 693 ss. e p. 696 ss.; PAOLO DI MARZIO, *Il matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi con effetti civili*, Cedam, Padova, 2008, p. 168 ss.

<sup>18</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I CIVILE, *sentenza 27 gennaio 2015, n. 1494*.

menzione temporale, relativamente alla riduzione dei tempi tecnici della pronunzia giudiziale persino nei diritti religiosi, anche la dimensione spaziale appare interessata dal rapporto tra la libertà religiosa e la tecnologia informatica<sup>19</sup>.

Tralasciando gli aspetti relativi, per restare in ambito cattolico, all'*account twitter* di Papa Benedetto XVI e di Papa Francesco<sup>20</sup> o al fenomeno delle *Applications* per le confessioni *on line*<sup>21</sup>, i quali in verità attengono più specificamente al campo della comunicazione che alla semiotica giurisprudenziale, di particolare interesse appare in tale prospettiva l'universo islamico – nel quale, come è noto, la dimensione religiosa e quella giuridica costituiscono una endiadi inscindibile – e specificamente il diritto islamico nel suo sviluppo in contesto non islamico.

La trasformazione della legge religiosa dell'Islam può essere riscontrata in quel recente fenomeno definito “*e-da'wa*”, ovvero predicazione o interpretazione della legge *sharaitica* tramite la rete, che rappresenta un lavoro di revisione ermeneutica delle regole *sharaitiche* da parte di predicatori e giuristi che operano da connessioni remote.

Nel diritto religioso islamico è diffusa la produzione di pareri giuridici (*fatwa*) o *responsa*<sup>22</sup>, provenienti da un'autorità giudiziaria-religiosa islamica (*mufti*)<sup>23</sup>,

---

<sup>19</sup> Sul rapporto tra religione e internet, cfr. CHRISTOPHER HELLAND, *Online-religion/Religion-online and Virtual Communitas*, in JEFFREY HADDEN, DOUGLAS COWAN (edd.), *Religion on the Internet. Research, Prospects and Promises*, Jai Press, New York, 2000, pp. 205-224; ANASTASIA KARAFLOGKA, *Religious Discourse and Cyberspace*, in *Religion*, 32, 2002, pp. 279-291; FABRIZIO VECOLI, *La religione ai tempi del web*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

<sup>20</sup> Il primo *tweet* sull'*account* papale @Pontifex è stato pubblicato il 12 dicembre 2012 da Benedetto XV. Sospeso durante il periodo di sede vacante, è stato riattivato il 17 marzo 2013 con messaggio di Papa Francesco. Il 20 gennaio 2015 è stato inaugurato inoltre anche un profilo Instagram, @ Papa Franciscus. Il coordinamento dei due *account* è affidata alla Segreteria per la Comunicazione della Santa Sede, in collaborazione con la Segreteria di Stato. I *Tweet* in latino di Papa Francesco pubblicati nel 2017 sono stati raccolti nel volume *Breviloquia Francisci Papae anno MMXVII, composita curia Officii litterarum Latinarum apud Secretarium Status*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017.

<sup>21</sup> ANTONINO SPADARO, *Dio nella «rete»*. *Forme del religioso in internet*, in *La Civiltà cattolica*, 2001, pp. 15-27; VINCENZO COMODO, GIAN FRANCO POLI, *Cliccate e vi sarà @perto*. *Spunti per la missione della Chiesa in internet*, Effatà Editrice, Torino, 2002; PIERMARCO ARALDI, BARBARA SCIFO (a cura di), *Internet e l'esperienza religiosa in rete*, Vita e Pensiero, Milano, 2002; CLAUDIA CIOTOLA, *Confessione anche on line? Spunti di riflessione sul sacramento della penitenza*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2010, pp. 13-30.

<sup>22</sup> In merito alla giurisprudenza musulmana (*'amal*), cfr. LUIS MILLIOT, FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001 [I ed. Sirey, Paris, 1987], p. 149 ss., in particolare p. 150.

<sup>23</sup> Sulla figura del *mufti*, cfr. ORSETTA GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabomusulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9 ss. Sul rapporto tra giuristi islamici e comunità, cfr. WAEL B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, Il Mulino, Bologna, 2013 [ed. or. *An introduction to Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009], pp. 55-88.

esperto in *sharī'a* e *fiqh*, emessi sia su richiesta di individui sia per propria iniziativa, al fine di fornire una soluzione in chiave interpretativa ad una specifica questione giuridico-pratica. Oggi tali consulenze giuridico-religiose vengono sempre più emesse non già a seguito di un contatto diretto, ma attraverso scambi di *e-mail*, o anche in maniera impersonale attraverso giornali *on-line* o *blog*<sup>24</sup>.

La pluralità delle informazioni in uno spazio impersonale quale quello della rete, senza il controllo della comunità religiosa di riferimento e il contatto diretto, personale e territorializzato, rischia tuttavia di esporre al concreto pericolo di sostituzione del criterio dell'autorevolezza, su cui tradizionalmente è fondata l'interpretazione delle fonti dei dottori della legge, con quello della presenza e capillarità mediatica, finendo per imporre come vere anche opinioni deboli e addirittura manipolatorie. In epoche risalenti, l'autorevolezza e la conseguente affidabilità dei giureconsulti era fornita dal fatto che costoro erano soggetti inseriti nel tessuto sociale, conosciuti per le loro competenze in questioni *sharaitiche*, facilmente avvicinabili e, conseguentemente, risultava agevolmente ponderabile la loro capacità di risolvere il dubbio sul caso pratico rifacendosi alle fonti giuridico-religiose<sup>25</sup>.

Nell'era del *web* tale garanzia è venuta inevitabilmente meno, in quanto l'assenza di contatti diretti ed un mancato riscontro sulla reale identità del soggetto interlocutore<sup>26</sup>, in uno con l'impossibilità di verificare le sue effettive conoscenze dell'argomento trattato, destano non poche preoccupazioni non solo nella comunità degli utenti di settore, ma anche nel resto del mondo. In effetti, la smaterializzazione e la parcellizzazione delle identità dei codici *imei* dei Personal Computers, che trasmettono da connessioni non sempre rintracciabili mediante *providers* remoti, unitamente all'anonimato dei soggetti che spesso si sono precostituiti delle identità e delle competenze fasulle (*fake*), possono comportare dei fattori di rischio per la veicolazione, nella migliore

---

<sup>24</sup> SAMINAZ ZAMAN, s.v. *Internet*, in EDWARD E. CURTIS (ed.), *Encyclopedia of Muslim-American History*, Facts on file, New York, 2010, pp. 270-277. Il *mufti* più famoso che per primo ha intuito il grande potenziale comunicativo offerto dalla rete ed ha usufruito della tele-predicazione, è stato certamente Yusuf al-Qaradawi. Cfr., in merito, BETTINA GRAF, JACOB SKOVGAARD-PETERSEN, *Global Mufti. The Phenomenon of Yusuf al-Qaradawi*, Hurst and Company, London, 2009. Sul fenomeno delle comunità virtuali che scambiano informazioni *on-line* su questioni di compatibilità islamica e che fanno riferimento ad alcune guide spirituali presenti solo virtualmente, cfr. ABDUL QAYYUM, ZAID MAHMOOD, *Role of Social Media in the Light of Islamic Teaching*, in *Al-Qalam*, 12, 2015, pp. 27-36.

<sup>25</sup> Sull'ermeneutica dei principi della *sharī'a* e sull'autorevolezza delle interpretazioni nella *da'wa* contemporanea, cfr. DOMENICO COPERTINO, *Antropologia politica dell'Islam*, Edizioni di Pagina, Bari, 2017, p. 97 ss. e p. 122 ss

<sup>26</sup> Cfr. ARNOLD ROSENDAAL, *Digital Personae and Profiles in Law Protecting Individuals' Rights in Online Contexts*, Wolf Legal Publisher, Oisterwijk, 2013.

delle ipotesi, di messaggi non veritieri<sup>27</sup> e, nella peggiore, di proclami pericolosi e di sentimenti fondamentalisti di matrice religiosa<sup>28</sup>. Si pensi al fenomeno della radicalizzazione e dello *jaidismo*<sup>29</sup>.

La *shari'a* che corre sul *web* può avere effetti positivi, quali quelli di una maggiore conoscenza e approfondimento delle diverse tradizioni religiose, come anche ricadute assolutamente negative. Gli effetti negativi sono facilmente riscontrabili lungo due direttive principali.

La prima, quella della radicalizzazione e dell'indottrinamento via *web*, al fine di attrarre alla causa terroristica utenti che si sono accostati ai canali informativi per motivazioni teologiche, ma che finiscono preda di un distorto uso politico e fuorviante della religione, con tutte le conseguenze drammatiche che il fenomeno del terrorismo sedicente islamico sta comportando<sup>30</sup>. La seconda, meno allarmante ma non meno problematica, riguarda la veicolazione di opinioni minori o nel campo islamico di *hadith* deboli fatti passare per verità assolute e incontestate ad un pubblico che, spesso in buona fede, riporta a sua volta per verità assolute e incontestate le dichiarazioni ricevute, diffondendole tra i propri conoscenti o alla comunità di utenti ed alimentando come pensiero unico dominante un'opinione che, viceversa, risulta assolutamente minoritaria o alquanto dubbia in termini di autenticità<sup>31</sup>.

In altri termini, nel panorama della moderna predicazione e giurisdizione islamica fatta attraverso i *media*, essere presenti su *Twitter* o su altri *social networks*,

---

<sup>27</sup> ANTONELLA VICINI, WALTER QUATTROCIOCCI, *Liberi di crederci. Informazione, Internet e post-verità*, Codice edizioni, Torino, 2018.

<sup>28</sup> Sugli strumenti di *soft law* elaborati a livello europeo per filtrare contenuti nocivi nella comunicazione digitale, cfr. PASQUALE COSTANZO, *La regolazione della rete tra libertà di navigazione ed uso sicuro delle tecnologie tele comunicative («Safer Internet»)*, in *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Dei diritti e dell'eguaglianza. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009, p. 696 ss.

<sup>29</sup> CAROLINA LAMBERTI, *Gli strumenti di contrasto al terrorismo e al cyber-terrorismo nel contesto europeo*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2, 2014, pp. 138-161. Con particolare riguardo all'esperienza statunitense, cfr. PASQUALE ANNICCHINO, *Sicurezza nazionale e diritto di libertà religiosa. Alcune considerazioni alla luce della recente esperienza statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 5, 2017.

<sup>30</sup> GARY BUNT, *Islam in the digital age: E-jihad, Online Fatwas and Cyber Islamic Environments*, Pluto Press, London, 2003. Sui meccanismi di monitoraggio finalizzati alla profilazione dell'utente in rete, cfr. ALESSANDRA TOMA, *Online Behavioural Advertising versus Privacy*, in *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, 1, 2012, p. 56 ss. Più specificamente in relazione all'influenza dell'informazione *on-line* sui convincimenti religiosi, cfr. DARIO MORELLI, *Perché non possiamo non dirci tracciati: analisi ecclesiasticistica della pubblicità comportamentale on-line*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 37, 2012, specialmente p. 4 ss.; LUCA PEDULLÀ, *Accesso a internet, libertà religiosa informatica e buon costume*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 35, 2012, p. 4.

<sup>31</sup> Cfr. DOMENICO COPERTINO, *Antropologia politica dell'Islam*, cit., p. 97 ss. e p. 122 ss.

provoca spesso un grande seguito, indipendentemente dalla rettitudine o conformità all'ortodossia islamica delle dichiarazioni dei giureconsulti o predicatori.

#### 4. Riflessioni conclusive. I nuovi paradigmi ermeneutici della libertà di coscienza tra verità, errore e falsità delle informazioni

È ovvio che lo spartiacque tra un'informazione veicolata in maniera corretta dal punto di vista religioso rispetto a messaggi demagogici, distorti e ideologicamente orientati è determinato, in chiave fisiologica, dalla qualificazione e dalla professionalità di chi è preposto alla gestione delle informazioni provalate ovvero, in chiave patologica, dalla capacità della piattaforma elettronica di controllare, ed all'occorrenza oscurare, eventuali contenuti illeciti o fuorvianti.

Quest'ultimo aspetto repressivo tuttavia, ed è opportuno evidenziarlo, è affidato in genere ad un *software* piuttosto che ad un controllo analitico umano. Ciò presupporrebbe a sua volta nel revisore delle conoscenze effettive e tecnicistiche dei diritti religiosi, e nel contesto attuale soprattutto dell'Islam, non sempre programmabili e dunque richiedibili ad una intelligenza artificiale.

Invero, i software di *big data* sono idonei a emarginare o decriptare da singole conversazioni telefoniche, telematiche o satellitari parole chiave quali «bomba, strage» ecc., come ad esempio il sistema «*Echelon*», ma non riescono ancora a sostituirsi alla componente umana nella gestione dei dati acquisiti e nella veicolazione critica tra ciò che è messaggio religioso e ciò che è uso strumentale della religione<sup>32</sup>.

In conclusione, le prospettive di indagine sulla libertà della coscienza e della sua autodeterminazione nella rete cibernetica pongono nuovi interrogativi al giurista, specificamente in relazione ai rapporti tra diritto e religioni.

Se storicamente, infatti, la libertà di opinione in materia religiosa si è affermata affrancandosi dal crinale imperniato sulla distinzione tra *verità* ed *errore* nell'interpretazione delle fonti da parte delle diverse identità di fede<sup>33</sup>,

---

<sup>32</sup> Negli ultimi anni si stanno sviluppando, nondimeno, sistemi di intelligenza artificiale evoluti in grado di apprendere e rielaborare autonomamente, senza *input* umani, i *data mining* testuali contestualizzandoli all'interno del flusso di informazioni tra persone e gruppi. Un esempio è dato dai progetti *Inviso* o *Insikit*. Per maggiori approfondimenti, cfr. PEDRO DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016; PAOLO BENANTI, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Marietti, Bologna, 2018; ID., *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Luca Sossella Editore, Roma, 2018; MARGARET BODEN, *L'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019.

<sup>33</sup> Sulla *hermeneutica fidei*, cfr. MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, cit., p. 131 ss. Sulla storia del concetto di eresia, in quanto errore dottrinario, rispetto all'ortodossia, quale corretta

attualmente la tutela della libertà di autodeterminazione della coscienza appare sempre più imperniata sul discrimine tra *verità* e *falsità* delle informazioni, o verità consapevolmente ingannevoli e fasulle.

Discrimine affidato tuttavia non alla regolamentazione del diritto pubblico, sovranazionale o almeno nazionale<sup>34</sup>, ma ad un potere privato, quello dei proprietari e gestori delle piattaforme digitali e di *social networks*. Per intenderci, al potere di Zuckerberg, l'amministratore delegato di *Facebook*.

In altri termini, prendendo in prestito il linguaggio peculiarmente religioso, vorrei concludere questi miei spunti di riflessione con una domanda sottilmente, ma volutamente, provocatoria:

«Vuoi vedere che alla fine proprio Zuckerberg ci salverà?»

---

interpretazione della verità di fede, cfr. per un approccio generale HEINRICH SCHLIER, s.v. ἄρεσις, in GERHARD KITTEL (a cura di), *Grande Lessico del Nuovo Testamento*, I, Paideia, Milano, 1968; FRANCO MOTTA, *La voce dell'errore. Eresia e controversia di fede nell'età del conflitto religioso europeo*, in *Storicamente*, 1, 2005, n. 8, reperibile online all'indirizzo: <http://storicamente.org/1Motta>; STEFANO CAVALLOTTO, s.v. *Eterodossia, Eresia*, in FILIPPO LOVISON (a cura di), *Lemmario Dizionario storico Tematico*, I. *La Chiesa in Italia dalle origini all'unità di Italia*, Associazione dei Professori di Storia della Chiesa, Roma, 2015, consultabile all'indirizzo: [storiadellachiesa.it](http://storiadellachiesa.it); ROBERT M. ROYALTY, *The Origin of Heresy: A History of Discourse in Second Temple Judaism and Early Christianity*, New York, Routledge, 2013. Sull'evoluzione del concetto di eresia, cfr. ALAIN LE BOULLUEC, *La notion d'hérésie dans la littérature grecque, II<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècles*, I. *De Justin à Irénée*; II. *Clément d'Alexandrie et Origène*, Etudes Augustiniennes, Paris, 1985. In merito alle controversie in ambito riformato sulla tolleranza degli eretici e la trasformazione del concetto di eresia, cfr. SÉBASTIEN CASTELLION, *Sulla non punibilità degli eretici* [trad. dall'ed. latina *De haereticis a civili magistratu non puniendis*, pubblicata in edizione critica, in latino e francese, da BRUNO BECKER e MARIUS VALKHOFF, Droz, 1971] e *Consiglio alla Francia desolata* [trad. it. dall'ed. francese *Conseil à la France désolée*, conservata alla Bibliothèque Nationale de France] in MARIA D'ARIENZO, *La libertà di coscienza nel pensiero di Sébastien Castellion*, Giappichelli, Torino, 2008, rispettivamente: Appendice A, pp. 3-221, specialmente p. 150 ss.; Appendice B, pp. 224-259, specialmente p. 246 ss.

<sup>34</sup> Sulle politiche europee e italiane in materia di regolamentazione del *cyberspazio* e protezione dei dati personali, cfr. CLAUDIA CENCETTI, *Cyberscurity: Unione europea e Italia. Prospettive a confronto*, Quaderni Istituto Affari Internazionali (IAI), Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2014. Negli ultimi anni l'Unione europea ha implementato regolamenti e direttive finalizzate alla regolamentazione dello spazio digitale, soprattutto con riguardo al trattamento dei dati personali e alla loro libera circolazione. Il 27 aprile 2016 è entrato in vigore il Regolamento Europeo, *General Data Protection Act* (GDPA), che ha abrogato la direttiva 95/46/CE. Sulla liceità del trattamento dei dati sensibili, le *Linee guida* dell'Autorità Garante della *privacy* hanno sottolineato la necessità di un consenso scritto. Cfr. sul punto le considerazioni di FULVIA ABBONDANTE, *Diritti fondamentali e fattore religioso in Internet: un Giano bifronte fra nuove opportunità e inedite insidie*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2017, pp. 738-755, specificamente sul punto, pp. 746-749. Sulla tutela della *privacy* tra diritto e tecnica, cfr. inoltre FRANCESCO ROMEO, *Il limite dei diritti e la forza del diritto. I. La privacy mancata a vent'anni dalla legge 675/96*, in *Diritto, economia e tecnologie della privacy*, 2016; ID., *Il limite dei diritti e la forza del diritto. II. Le metaregole della tecnica: Legal Protection by Design*, in *Diritto, economia e tecnologie della privacy*, 2016; ID., *Privacy digitale e governo della tecnica*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*. Rivista quadrimestrale on-line: [www.i-lex.it](http://www.i-lex.it), 2017. Sulla libertà di informazione in *internet*, cfr. GIANLUCA GARDINI, *Le regole dell'informazione. L'era della post-verità*, quarta edizione con la collaborazione di MARINA CAPORALE e GIULIA MASSARI, Giappichelli, Torino, 2017.

RIASSUNTO

Le recenti innovazioni tecnologiche nel campo dell'informatica e l'impiego di strumenti di intelligenza artificiale o di algoritmi predittivi, sempre più adoperati in ambito secolare (si pensi al processo civile telematico), non sembrano interessare direttamente i sistemi giudiziari di matrice religiosa. Ciò non toglie, tuttavia, che anche i diritti religiosi siano andati incontro alle esigenze di celerità e concentrazione, che sembrano ulteriormente alimentate dai più recenti progressi tecnologici nel campo dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si pensi alla recente riforma del processo matrimoniale canonico attuata con il *Motu Proprio Mitis Iudex* del 2015, con cui si è dato vita ad un processo più breve in presenza di alcuni indizi di nullità.

Al di fuori dell'ambito strettamente processuale, però, la digitalizzazione e il progresso tecnologico incidono notevolmente sull'esercizio del diritto di libertà religiosa. Oltre all'utilizzo di mezzi informatici e di apposite *Apps*, di particolare interesse è la trasformazione che concerne il mondo islamico, soprattutto in contesto non islamico, riguardato dal fenomeno delle fatwa *on line* e dalla proliferazione di centri virtuali di predicazione, talvolta vicini agli ambienti del radicalismo e del terrorismo. Ciò peraltro conduce al rischio che *hadith* minori siano veicolati sul *web* quali verità assolute e incontestabili, senza che l'autorità confessionale disponga di mezzi idonei a contrastare la diffusione di tali posizioni.

Il contributo intende dunque evidenziare che allo stato attuale, in attesa di un necessario intervento del legislatore, la tutela sostanziale del diritto di libertà religiosa sembra essere garantita soltanto dalla capacità della singola piattaforma (Facebook, Youtube) di controllare e reprimere usi illeciti e fuorvianti del mezzo tecnologico attraverso la predisposizione di adeguati *Regolamenti di utilizzo*.

PAROLE CHIAVE

*Diritti religiosi; algoritmi; libertà di coscienza; brevità; predicazione nello spazio digitale*

ABSTRACT

Recent technological innovations in the field of information technology and the use of artificial intelligence tools or predictive algorithms, increasingly used in secular contexts (think of the civil telematic process), do not seem to directly affect the systems judiciary of a religious nature. However religious rights have also met the need for speed and concentration, which seem to be further fueled by the latest technological advances in the field of information technology and telecommunications. Consider the recent reform of the canonical marriage process carried out with the *Motu Proprio Mitis Iudex* of 2015, which gave rise to a shorter process in the presence of some indications of nullity.

Outside the strictly procedural framework, digitization and technological progress greatly affect the exercise of the right to religious freedom. In addition to the use of information technology and specific Apps, the transformation concerning the Islamic world is of particular interest, especially in non-Islamic contexts. Think to the phenomenon of online *fatwa* and to the proliferation of virtual preaching centers, sometimes close to the environments of radicalism and terrorism. However, this leads to the risk that minor *hadith* are conveyed on the web as absolute and incontestable truths, without the confessional authority having adequate means to counter these positions.

The paper intends underline that, at present, pending the necessary intervention of the legislator, the substantial protection of the right to religious freedom seems to be guaranteed only by the ability of the single platform (Facebook, Youtube) to control and repress illicit and misleading uses of the technological medium through the preparation of appropriate *Regulations*.

KEY WORDS

*Systems judiciary of a religious nature; algorithms; freedom of conscience; shortness-preaching in the digital space*

# *La prostituzione nel diritto dello Stato e della Chiesa\**

PAOLO DI MARZIO

*SOMMARIO: 1. L'attività di prostituzione nel diritto dello Stato – 2. L'attività di prostituzione nel diritto della Chiesa*

## *1. L'attività di prostituzione nel diritto dello Stato*

La parola “prostituzione” deriva dal verbo latino *prostitùere*, da *pro*, ossia davanti, e *statuere*, ossia porre; quindi: porre innanzi. Questa etimologia rappresenta la frequente condizione in cui la persona che si prostituisce è esposta (da altri) al possibile acquirente delle prestazioni sessuali.

Nel *diritto dello Stato* l'attività della prostituzione, cioè la vendita di prestazioni sessuali, non è di per sé vietata, sebbene sia considerata attività contraria al *buon costume*.

Sono invece vietate con sanzioni penali (art. 3, L. n. 75/1958) le attività di favoreggiamento, induzione e sfruttamento della prostituzione svolta da altri.

In relazione al profilo civilistico, il versamento del compenso a chi si prostituisce non è inteso come l'adempimento di una obbligazione civile perfetta bensì, al più, come l'adempimento di un'obbligazione naturale (art. 2034 cod. civ.), ne consegue che non è consentito a chi si sia prostituito agire innanzi al giudice dello Stato per conseguire il compenso. Tuttavia, se il compenso è stato elargito, poiché lo scambio di prestazioni sessuali verso un corrispettivo costituisce offesa al buon costume anche da parte del cliente, il denaro può essere trattenuto dalla persona che si è prostituita, senza che possa esserne conseguita la restituzione (art. 2035 cod. civ.).

La giurisprudenza della Cassazione si è dovuta occupare di una serie di casi pratici, ed ha dovuto decidere, ad esempio,

---

\* Il presente scritto sintetizza i contenuti della relazione svolta al Convegno, organizzato dalla Scuola di alta formazione e studi specializzati per professionisti ed intitolato «*La prostituzione tra aspetti giuridici e canonici*», tenutosi a Roma, presso l'Università San Tommaso D'Aquino «Angelicum», il 16.11.2018.

1) se i figli di una madre che si prostituisce debbano essere considerati in stato di abbandono e possano perciò essere dichiarati adottabili. La Suprema Corte ha statuito: che *“ai fini della dichiarazione dello stato di adottabilità, l’esercizio della prostituzione da parte della madre è elemento di per sé non decisivo, in quanto anche una prostituta può essere capace di educare convenientemente i figli, quando sappia circondare del dovuto riserbo e distacco la sua attività, sì da impedire non soltanto che essi vengano a contatto con il torbido ambiente della prostituzione, ma anche che restino moralmente deformati o dalla assuefazione a considerarla alla stregua di ogni altra attività lecita o dalla consapevolezza della cruda riprovazione morale che, a causa della stessa, ricade sulla madre”*, Cass. sez. I, sent. 13.7.1982, n. 4107;

2) se il licenziamento del lavoratore possa trovare una giusta causa nell’attività di prostituzione svolta dal dipendente, ed ha confermato la sentenza di appello, che aveva escluso la natura discriminatoria del licenziamento di un dipendente di un ente locale, poiché il recesso era stato intimato per sanzionare non il suo orientamento sessuale ma l’asserito discredito apportato all’ente datore di lavoro dall’attività di prostituzione, posta in essere dal lavoratore ed ampiamente pubblicizzata su siti internet, Cass. sez. L, sent. 22.6.2016, n. 12898;

3) se il compenso di chi si prostituisce debba essere soggetto a tassazione. La Cassazione ha in proposito statuito che *“in tema d’IRPEF, i proventi dell’attività di prostituzione svolta autonomamente sono assoggettabili ad imposta e sono riconducibili alla categoria dei redditi di lavoro autonomo, in caso di esercizio abituale, o a quella dei redditi diversi, in caso di esercizio occasionale, atteso che si tratta di prestazioni di servizi retribuite e, pertanto, di attività economica, peraltro, di per sé priva di profili di illiceità, a differenza del suo sfruttamento o favoreggiamento, i cui introiti, derivando da un reato, prima ancora che imponibili, sono confiscabili”*, Cass. sez. V, sent. 27.7.2016, n. 15596.

## 2. L’attività di prostituzione nel diritto della Chiesa

Nel diritto della Chiesa la prostituzione non risulta punita da norme recenti.

Il Catechismo dedica alla materia (capitolo terzo, sezione seconda, capitolo secondo), il punto 2355, che recita: *“La prostituzione offende la dignità della persona che si prostituisce, ridotta al piacere venereo che procura. Colui che paga pecca gravemente contro se stesso viola la castità, alla quale lo impegna il Battesimo e macchia il suo corpo, tempio dello Spirito Santo”*. Già

al punto 2353, peraltro, il Catechismo condanna come peccato grave (se non persino causa di scandalo, quando siano coinvolte persone giovani), la “*fornicazione*”, definita come “*l’unione carnale tra un uomo e una donna libera, al di fuori del matrimonio*” (punto 2355).

Nella Bibbia è Dio stesso che, rivolgendosi a Mosé ed impartendo le regole morali per il popolo d’Israele, ammonisce “*Non profanare tua figlia, prostituendola, perché non si prostituisca la terra e non si riempia di oscenità*” (Levitico, 20: 29). Sempre nell’Antico Testamento si rinviene pure il divieto all’esercizio della prostituzione sacra (Deuteronomio, 23: 18)<sup>1</sup>. Inoltre, nel libro dei Proverbi (6: 26; 7: 10 ss.; 23: 27 ss.), si biasima la prostituzione, che può assicurare solo un effimero guadagno, e si invita a non cedere alle arti della seduzione della donna non da bene<sup>2</sup>. Nel Vecchio Testamento sono narrate pure le storie di Tamar (Genesi, 38)<sup>3</sup>, che in realtà non era una prostituta, e di Rahab (Giosuè, 2-6)<sup>4</sup>, che aiutò i soldati d’Israele a conquistare Gerico, e fu compensata con una piena riabilitazione ed un matrimonio di prestigio, tanto da essere citata da San Paolo nella lettera agli Ebrei fra coloro che si salvarono per la fede. L’intero libro del profeta minore Osea, poi, tratta della prostituzione, specie in senso metaforico, creando una correlazione tra la vicenda umana del profeta e la storia del suo popolo, Israele, che è infedele a Dio e perciò si prostituisce con altri dei. Il profeta è indotto da Dio a prendere in moglie una prostituta, Gomer, che gli darà tre figli,

---

<sup>1</sup> Deuteronomio 23: 18, «*Non vi sarà alcuna donna dedita alla prostituzione sacra tra le figlie di Israele, né vi sarà alcun uomo dedito alla prostituzione sacra tra i figli d’Israele*».

<sup>2</sup> Bella l’espressione di Proverbi 6: 22, 23 «*Andando dietro a lei lo scioccherello, è condotto come un bue al macello*».

<sup>3</sup> Tamar era la sposa di Er, figlio di Giuda, a sua volta figlio di Giacobbe. Il marito morì senza che fosse nato alcun figlio da loro. Secondo la legge del Levitico, il maggiore tra i fratelli del marito scomparso doveva congiungersi alla vedova, e generare un figlio che sarebbe stato considerato discendente dal fratello scomparso. Il compito toccava ad Onan, che però non intendeva adeguarsi, e pertanto disperdeva il seme. In sostanza praticava il c.d. coitus interruptus. Giuda avrebbe dovuto allora dare come marito a Tamar il suo terzo figlio, Sela, ma non lo fece. Tamar, allora, si pose lungo la strada da cui era solito passare Giuda, con il volto coperto, come erano aduse fare le prostitute di allora. Passò Giuda e si congiunse a lei, pattuendo in compenso una capra. Non avendola con sé, l’uomo lasciò alla donna propri elementi di riconoscimento, il suo sigillo, il bastone e il cordone. Tamar rimase incinta e Giuda non esitò a condannare la nuora al rogo. La donna, però, gli fece pervenire gli oggetti personali che lui le aveva lasciato, con il messaggio che appartenevano al padre dei gemelli che poi sarebbero nati. Giuda comprese di aver peccato. I gemelli si chiamavano Zerach e Perez. Quest’ultimo fu progenitore di Gesù.

<sup>4</sup> Rahab era una «locandiera» della città di Gerico. Giosuè, morto Mosé, comandava il popolo di Israele giunto nella Terra Promessa, ed intendeva impadronirsi di Gerico. Inviò perciò nella città cananea due spie. Riconosciuti gli uomini come israeliti, il re di Gerico ordinò a Rahab di consegnarli. La donna, però, disse loro di sapere che il loro Dio, unico e vero – a differenza delle divinità cananee – aveva destinato quella terra al popolo d’Israele. Li nascose, perciò, e riuscì ad assicurare loro la fuga, chiedendo in cambio di intercedere per lei quando Gerico sarebbe stata conquistata. Così avvenne, e Rahab fu sposata da Salmon, divenne così trisavola di Davide e progenitrice di Gesù.

i quali porteranno i nomi di Izreel (nome di un campo di battaglia), Non amata e Non popolo mio. Ma Osea decide di far propria la strada di redenzione indicata da Dio, ed indica come salvarsi a Gomer, e pure ad Israele. Dopo la redenzione i suoi figli si chiameranno Amata e Popolo mio.

Nel Nuovo Testamento si rinviene innanzitutto la citazione di due donne che la tradizione induce ad indicare come “prostitute”: Tamar e Rahab, le quali appartengono addirittura alla genealogia di Gesù presentata dall’evangelista Matteo (Mt. 1: 1-17).

Inoltre Cristo, incontrando in casa di un fariseo una donna che la tradizione vuole dedita a peccati sessuali<sup>5</sup>, la quale gli cosparge i piedi di profumo e li asciuga con i suoi capelli, non la allontana e, apprezzando il suo pentimento, la loda perché aveva “molto amato”, e perdona i suoi peccati (Lc 7: 36, 50). L’atteggiamento di Cristo, che non nega a nessuno la redenzione, è chiaro pure in una espressione riportata dall’evangelista Matteo, quando, concludendo la parabola della vigna, afferma “*i pubblicani e le prostitute vi passeranno avanti nel regno di Dio ... infatti è venuto a voi Giovanni nella via della giustizia e non gli avete creduto; i pubblicani invece e le meretrici gli hanno creduto*” (Matteo 21: 31, 32).

Per la dottrina cattolica, quindi, alla condanna per l’attività della prostituzione, si unisce la misericordia per il peccatore, ed il premio per chi si converte.

#### RIASSUNTO

Il contributo tratta i profili civilistici e penalistici dei reati legati all’attività di prostituzione nella giurisprudenza della Cassazione italiana, nonché nel diritto della Chiesa cattolica

#### PAROLE CHIAVE

*Vendita di prestazioni sessuali; giurisprudenza della Cassazione; peccato di fornicazione*

#### ABSTRACT

The contribution outlines the civil and criminal law profiles of the crimes related to prostitution in the jurisprudence of the Italian Cassation, as well as in the law of the Catholic Church

#### KEY WORDS

*Sale of sexual service; jurisprudence of the Italian Cassation; sin of fornication*

---

<sup>5</sup> Secondo la tradizione, non fatta propria in questo senso dall’insegnamento della Chiesa cattolica, si trattava di Maria Maddalena.

# *Le religioni e i fondamentalismi. Un approccio epistemologico*

LUIGI DI SANTO

*SOMMARIO: 1. Religioni vs fondamentalismi – 2. Il politico e l'economico: le due teologie – 3. Totalità e Teologie – 4. Totalità e difettività: la mancanza che è apertura – 5. La terza teologia: il primato degli Ultimi*

## *1. Religioni vs fondamentalismi*

Di fronte al terrorismo di matrice islamica accade di frequente ancora oggi che si confonda il fondamentalismo con la religione spesso ‘dimenticando’ di specificare il ruolo degli interessi politici ed economici, che le manifestazioni di violenza terroristica contengono. Papa Francesco non perde occasione per ‘gettare ponti’ verso le altre religioni e per ribadire l’importanza del “diritto alla *libertà religiosa*”, col fine di erigere una barriera dinanzi al fondamentalismo religioso nel segno della cooperazione alla formazione di una cultura dell’incontro, del dialogo e della collaborazione, in atteggiamento di reciproca fiducia per costruire un’unità che comprenda la diversità non come minaccia ma come potenziale dimensione di crescita comunitaria. Nel 1986, Giovanni Paolo II, in uno straordinario incontro interreligioso, propose ‘lo spirito di Assisi’ che profetizzava l’alleanza tra le religioni, ben sapendo che la pace nel mondo non è possibile senza pace tra le religioni, sulla base del riconoscimento dei diritti umani e del dialogo, spezzando la spirale della violenza, segno evidente del ‘fallimento’ della religione. Afferma Papa Francesco che «un atteggiamento di apertura nella verità e nell’amore deve caratterizzare il dialogo con i credenti delle religioni non cristiane, nonostante i vari ostacoli e le difficoltà. Questo dialogo interreligioso è una condizione necessaria per la pace nel mondo ed è pertanto un dovere per i cristiani, come per le altre comunità religiose. Chi si rifugia nel fondamentalismo è una persona che ha paura di mettersi in cammino per cercare la verità»<sup>1</sup>. Il nesso dunque tra religione e fondamentalismo va argomentato con attenzione.

---

<sup>1</sup> PAPA FRANCESCO, *Evangelii Gaudium. Esortazione apostolica*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2013, p.164. In merito, cfr. RAIMON PANIKKAR, *Pace e disarmo culturale*, Rizzoli, Milano, 2003.

## 2. *Il politico e l'economico: le due teologie*

Sulla base del convincimento dell'apporto di libertà evidenziato nel ruolo delle religioni, la nostra riflessione verte sulla reale radice del fondamentalismo a partire dal livello epistemologico nei suoi risvolti politici e giuridici. Ai nostri giorni il dibattito intorno alla crisi economico-finanziaria globale indirizza massicciamente il portato culturale che determina le condizioni vitali degli esseri sociali e dei loro contesti comunitari. L'economico, intrinsecamente, non si manifesta semplicemente nella composizione e scomposizione degli apparati mercantili e finanziari, ma si è dotato di un'efficacia a più strati al punto tale da esplicitare una azione conformante delle relazioni interpersonali e sociali. Ma lo scenario presentato non si delinea dal nulla. Considerato il potere nella sua dimensione pratica e organizzativa, in principio va esaminata la dimensione della teologia politica che si sofferma sulla riconsiderazione epistemica e gnoseologica del rapporto sociale e politico. Più di ogni altro, come è noto, Carl Schmitt ha pensato la teologia politica sulla base di una rappresentazione della teologia cristiana, imperniata sulla trascendenza divina, idonea a fondare la costruzione della sovranità nella sua dimensione moderna<sup>2</sup>. In questo contesto concettuale, il pensatore tedesco esplora le strutture storico-sociali della secolarizzazione, formulando le linee epistemologiche della genesi dei concetti politici moderni, come oggi li conosciamo. Alla prima teologia, quella politica, segue la teologia economica. In questa traduzione la teologia si cura degli apparati economici e amministrativi del mondo, intesi come spazio dei rapporti di scambio nella ristrutturazione della socialità di cui sono intrise le istituzioni politiche e giuridiche occidentali. La differenza organica tra le due teologie si delinea, nel caso di quella politica, attraverso la 'presenza' di un Dio trascendente e personale in grado di strutturare, mediante ordini di potere, il mondo degli uomini, nel caso di quella economica, attraverso l'"assenza" di Dio, indifferente dinanzi alla realtà umana. La crisi del correlato teologico-politico entra nella sua pienezza. Il potere sovrano appare svuotato dalla condizione vincente dell'*oikonomia* che si traduce negli apparati vitalistici della bio-politica che testimonia il trionfo dell'economia su ogni aspetto della vita sociale. L'"assenza" di Dio è traducibile nella 'mano invisibile', motore immobile del mercato di Adam Smith, che ancor più fa intendere chiaramente il trionfo dell'economia oggi letta attraverso il paradigma gestionale dell'*oikonomia* teologica. I due paradigmi necessitano, come vedremo, di un assetto totalizzante, non concedono spazi e non ammettono intrusioni.

---

<sup>2</sup> CARL SCHMITT, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 29-75.

Nel tempo attuale sono facilmente individuabili i profili giuridici e politici che riempiono il teologico-economico ma solo intravisti nella funzionalità di uno statuto ancillare, dove si configura lo spettro dello «scienziato creatore che pretende di realizzare una nuova religione al tempo della tecnica»<sup>3</sup>.

### 3. *Totalità e Teologie*

Gli assetti politici e giuridici uniti nella medesima identità epistemologica indicate dalle due teologie sono da ritrovare nella nascita della scienza moderna. Con essa infatti nascerà, in Europa, un dato modello epistemologico. La nuova scienza è atomistica e conosce decostruendo senza porsi domande circa 'l'essenziale', avviandosi verso la determinazione di un modello *tecnico-strumentale*. Allo stesso modo, le sembianze della statualità moderna, a partire dalla lezione epistemologica di Hobbes<sup>4</sup>, si emancipano dal divino, pensando gli individui-atomi salvabili all'ombra del Leviatano, depositario di una salvezza fisica e calcolistica invece di una salvezza metafisica indicata dalla fede. Uno Stato totale generato da un modello epistemologico dove non è possibile incontrare l'altro nella relazione, dove sarà l'individuo ad avere un rapporto diretto e organico con la statualità, in una prospettiva di assoluta disintermediazione<sup>5</sup>. In un contesto così delineato, ciò che viene esaltato è il mito della realizzazione di una 'totalità ben compresa'. La filosofia di Husserl esemplifica bene il tentativo gnoseologico attraverso il rifiutare «tutto ciò che è naturale sul piano dell'esperienza»<sup>6</sup> e al contempo ricercare la purezza del conoscere, attraverso la quale formulare il procedimento logico-mentale di duplicazione del mondo. I totalitarismi del Novecento, con la coincidenza tra Stato e società, sono stati la manifestazione politica del mito del sapere totale. Con la crisi di questo modello epistemologico anche il modello totalitario si avvierà verso il suo declino. L'idea di una ragione totale che potesse fare a meno della persona come disegno dell'imprevedibile, del residuale, nel cuore del Novecento, non avrebbe avuto più alcuno spazio dinanzi alla catastrofe della guerra e dell'orrore dello sterminio. Nella corsa sfrenata alla secolarizzazione, prima politica e poi economica, l'approdo mentalistico non poteva che

---

<sup>3</sup> ANDREA AVERSAO, *Il diritto all'antiquatezza. Il giusnaturalismo nell'ermeneutica filosofica di G. Anders*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2017, p.131.

<sup>4</sup> Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, pp-52-55.

<sup>5</sup> Cfr. GIANNI BOTTALICO, VINCENZO SATTA, *Corpi intermedi. Una scommessa democratica*, Ancora, Milano, 2015, pp. 3-5.

<sup>6</sup> Cfr. EDMUND HUSSERL, *Fenomenologia e teoria della conoscenza*, Bompiani, Milano, 2004, p. 175.

portare alla ‘morte di Dio’. Ma, forse «le infinite possibilità tecno-scientifiche acquisite non hanno fugato le paure per l’imprevedibilità della vita, non sono riuscite a risolvere gli enigmi dell’esistenza umana»<sup>7</sup>. Eppure nella dimensione della tecnoscienza, che «tende a diventare una forma di vita a sé stante, dotata di un proprio universo simbolico e valorativo, di una delimitazione ben precisa dell’ambito conoscitivo della ragione umana»<sup>8</sup> prende sempre più spazio il valore della ‘parzialità’ intesa in chiave epistemologica, in particolare modo nella sue accezioni di intrapersonalità e intraculturalità in direzione dell’uomo in concreto in contrapposizione ad ogni ‘universale chiuso’<sup>9</sup>. Un mondo ‘incompleto’ che rivela un significato molto più generale e complesso, soprattutto per quanto riguarda, più che mai, il compito del giurista nel suo essere sempre più portatore di modalità di azione sociale, che tende a privilegiare l’atto della persona come atto sociale, che vive nella comunità<sup>10</sup>. La complessità del rapporto con l’*altro* sta, invece, a ben vedere, all’opposto, nella capacità di mettere in discussione i propri modelli di riferimento. La totalità è ‘forata’ e presenta parzialità logiche al punto tale da aprire la ‘crisi dei fondamenti’. La purezza della fattualità che non sopporta contraddizioni e fallimenti lascia il posto a una diversa strada metodologica che si prepara a convivere con la realtà dell’umano, sempre in lotta con la propria fragile incompletezza.

#### 4. *Totalità e difettività: la mancanza che è apertura*

Il ritorno dell’uomo, della riscoperta di una singolarità fragile e incompleta sono il marchio sostanziale del nuovo scenario socio-politico. Per Capograssi, ciò significa il fallimento dell’esperienza etica e in tal senso si dispiega fondamentalmente l’inadeguatezza dell’individuo, l’incapacità della pienezza dell’individuo verso l’alterità<sup>11</sup>. Si tratta di mettere al centro l’uomo con la sua inermità radicale, ma rendendolo protagonista nell’essere alternativa alla tota-

---

<sup>7</sup> CECILIA COSTA, *Fede e Ragione*, in GIOVANNI DORIA, MARIA CHIARA MALAGUTI (a cura di), *Ragioni della scienza, ragioni della carità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 245.

<sup>8</sup> FRANCESCO VIOLA, *Identità culturali e religiose. Connessioni e distinzioni* in VINCENZO FERRARI (a cura di) *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli Milano, 2008, p. 259.

<sup>9</sup> GENNARO GIUSEPPE CURCIO, *Etica del dialogo. Diritti umani, giustizia e pace per una società intraculturale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 3-8.

<sup>10</sup> Cfr. ANTONIO PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una Filosofia della Giurisprudenza*, Giapichelli, Torino, 2009, pp. 21-33.

<sup>11</sup> GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica* in FRANCESCO MERCADANTE (a cura di), *Giuseppe Capograssi. La Vita Etica*, Bompiani, Milano, 2008, pp. 128-139.

lità epistemologica. Il ritorno dell'uomo libero e capace di scegliere coincide col ritorno alla fede cristiana col suo portato filosofico e personalista. L'ipotesi trinitaria che afferma che "uno può anche essere tre" apre ad un nuovo modello epistemologico che trova nell'idea di persona un nucleo originale e antico. "Dio è uno in tre persone". È *dia-logos* di figure pensate in relazione. E ognuna senza l'altra, pur non perdendo la propria essenza, si costituisce nella difettività, se pensata singolarmente. Sono parti costitutive dell'essenza divina. Un modello cristiano con la sua genia ebraica che coinvolge anche un modello islamico, insieme nella valorizzazione dell'individuo a livello spirituale. La genealogia dell'idea di persona va ricercata nell'incontro tra queste culture religiose che la liberano dall'artificialità del modello razionalista greco. La mancanza che costituisce e attrae. L'incontro diventa, in un tale contesto, una necessità nell'essere in relazione aperta. E qui S. Agostino indica la strada da percorrere, in quanto legge in termini umani la questione trinitaria, attraverso la quale vedrà la somiglianza dell'uomo con Dio in una 'trinitarietà' intrinseca nell'essere umano stesso<sup>12</sup>. «Essa nella sua azione non solo manifesta la sua condizione, ma al tempo stesso la realizza; è causa del suo atto ed è causa di trasformazione del mondo. La relazione che l'atto produce non nega la sostanzialità della persona»<sup>13</sup>. Se i fondamentalismi sono generati, al di là degli aspetti economicistici, dallo scontro e dall'incomprensione fra le culture e le religioni, la persona che 'converte' assume l'esigenza di proporre un codice di senso per la comprensione dei vissuti in comune. I luoghi parziali si costituiscono nella pluralità e nella responsabilità. Il secolo scorso da un lato ha sedimentato la totalità, dall'altro ha liberato la differenza. È il patrimonio della modernità che si staglia di fronte alla nuova era postmoderna. «Spetta al pensiero cristiano offrire il suo contributo affinché la modernità non disperda il nucleo di verità riposto in alcune sue conquiste di civiltà»<sup>14</sup>. Oggi, al centro di questo pensiero, forse il tempo è maturo per ridare significato alla 'persona' umana nel suo ricercare ciò che unisce gli uomini ma anche nel preservarne le differenze. Pensare la differenza significa, per la persona, invocare la sua dignità come bene plurale non totalizzabile sul piano economico o sociale. La dignità è bene 'liberato' che sfugge alle dinamiche della logica vincente del numero. «Dio ha un nome e chiama per nome. Egli è persona e cerca la

---

<sup>12</sup> AGOSTINO, *La Trinità*, con Saggio introduttivo e note al testo latino di GIOVANNI CATAPANO, Bompiani Milano, 2012.

<sup>13</sup> VITO SERRITELLA, *Un nuovo Umanesimo fedele all'uomo e a Dio. Saggi sulla persona*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2015, p. 67.

<sup>14</sup> ANTONIO PUNZI, *La convenienza del bene. Mercato informazione e persuasione nella Caritas in Veritate*, in SERENA GRAZIADIO (a cura di), *Etica Lavoro Mercato: la Caritas in Veritate*, Aracne, Roma, 2011, p. 47.

persona: ha un Volto e cerca il nostro volto»<sup>15</sup>. Che cos'è, dunque, la dignità? È l'aperura del sacro al mondo degli uomini. Ogni uomo concreto ha il suo il suo diritto a possedere la dignità al rispetto e alla speranza. È il cordone ombelicale del sacro che ancora ad ogni essere umano la sua intangibile pretesa di dignità. Essa è «la riaffermazione dell'opzione fondamentale per l'uomo [che] non ha perciò una semplice valenza etico-morale ma progettuale, perché chiama in causa la stessa convivenza umana nella quale l'uomo può arricchirsi o annullarsi»<sup>16</sup>. Più che mai, negli ultimi decenni, una riflessione sulla dignità umana presa sul serio può avviare, anche in termini giuridici e istituzionali, il percorso di un ritorno alla riscoperta della radice del diritto ai diritti, che per dirla con Rosmini, trova nella sacralità della persona la sua fonte d'ispirazione<sup>17</sup>. Le Carte dei diritti in Europa e nel mondo, da angolazioni diverse, solcano questa strada lungo la quale potrà incrociarsi la domanda essenziale che vive nascosta nel bisogno manifesto di rimettere in discussione ogni tipo di 'universale' chiuso, che, come è accaduto molte volte nella storia recente, confonde la città dell'individuo senza volto con la città della persona nel segno dell'umanesimo integrale<sup>18</sup>.

##### 5. *La terza teologia: il primato degli Ultimi*

Come affermava Tolstoj, «tutto il credo consiste in questo, come fu detto da Cristo e da tutti i sommi maestri del mondo: nel fatto che per avere coscienza del principio divino in se stessi e riconoscerlo in tutte le persone, bisogna amare tutti e non fare a nessun uomo ciò che non vuoi che sia fatto a te»<sup>19</sup>. Da decenni, in tal senso la Chiesa si fa profezia di una proposta dei diritti umani, universale ma aperta. Un cristianesimo che si rivela profetico e determinante per il presente della politica che non può ridursi all'amministrare l'*oikos*, la casa, rinunciando alla missione globale, privandosi di un patrimonio ideale sedimentato nei secoli. Eppure così come un tempo si parlava della neutralità della scienza intesa come purezza, oggi la politica attuale è quasi del tutto condizionata dalla economia in direzione della seconda teologia, quella economica. La neutralità al tempo presente è da riscontrare nella fine delle com-

---

<sup>15</sup> JOSEPH RATZINGER, *Il tempo e la storia*, Edizioni Piemme, Milano, 2017, p.26.

<sup>16</sup> Cfr., PAPA FRANCESCO, *Discorso al Parlamento Europeo*, Strasburgo, 25 Novembre 2014.

<sup>17</sup> ANTONIO ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1967, p. 183.

<sup>18</sup> Cfr. JACQUES MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Morcelliana, Brescia, 1998, p. 63.

<sup>19</sup> LEV N. TOLSTOJ, *Sulla pazzia del nostro tempo e del mezzo per rinsavire*, Il pozzo di Giacobbe, Trapani, 2017, p. 14.

petenze che è un altro modo per dire fine del confronto<sup>20</sup>. La potenza della Rete apparentemente sembra favorire il pluralismo e lo scambio di idee. In realtà i moduli di trasmissione presentificano le coordinate spaziali e temporali in uso ossia modificano il tipo di lettura, di riflessione, di verifica, mettendo in moto un processo di disinformazione inconscio che tende a neutralizzare il confronto e la differenza<sup>21</sup>. E non è un caso che le nuove forze politiche si appellano «alla tecnica pensata come neutrale [che] tende a limitare il dibattito sulle questioni procedurali, mentre rimangono irriducibili le distanze sul piano ideale»<sup>22</sup>. Ciò non solo mette in un angolo la superata tradizione teologico-politica schmittiana, ma muta radicalmente il senso della seconda teologia in quanto la neutralità viene acquisita col superamento delle vecchie categorie del Novecento. Dove ritrovare il residuale, la difettività oggi? I termini dell'accoglienza e dell'ospitalità come nuova categoria politica da considerare linfa vitale della *oikonomia* cristiana, nell'attuale desiderio di chiusura oggi presente a livello globale. In tal senso «l'ospitalità deve essere dunque pensata alla stregua di una condotta giusta perché caritatevole: una condizione esistenziale originaria che, proveniente necessariamente da altrove, inerisce intimamente al soggetto, ma non gli appartiene, destituendone ogni pretesa di completezza e di dominio sul mondo»<sup>23</sup>. Si sottolinea dunque il legame tra questa visione della '*oikonomia*' e il progetto di salvezza della Chiesa impegnata nella missione di affermare la politica intesa come forma più alta di carità<sup>24</sup>. Questa *oikonomia* della salvezza conferirebbe oggi alla Chiesa una dignità che si traduce in una opera feconda per la quale «la politica non deve sottomettersi all'economia e questa non deve sottomettersi ai dettami e al paradigma efficientista della tecnocrazia. Oggi, pensando al bene comune, abbiamo bisogno in modo ineludibile che la politica e l'economia, in dialogo, si pongano decisamente al servizio della vita, specialmente della vita umana»<sup>25</sup>. La proposta di una terza Teologia discute dunque della condizione di possibilità di fondazione dei diritti umani a partire dalla dimensione dell'accoglienza. Cosa intendiamo per teologia dell'ultimo? Negli anni della globalizzazione,

---

<sup>20</sup> Cfr. TOM NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, LUISS University Press, Roma, 2018, p.214.

<sup>21</sup> *Ivi*, p.140.

<sup>22</sup> FRANCESCO OCCHETTA, « Destra », « Sinistra » e le nuove appartenenze della politica, in *La Civiltà Cattolica*, maggio/giugno 2018, p. 372.

<sup>23</sup> GUIDO SARACENI, *La tenda di Abramo. L'ospitalità come valore giuridico fondamentale* in *Rivista di Filosofia del diritto- Journal of Legal Philosophy*, 1, 2017, p. 190.

<sup>24</sup> Cfr. PAOLO VI, *Lettera Apostolica Octagesima adveniens*, n.46.

<sup>25</sup> *Lettera enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2015, p. 169.

attraverso la mutazione del corpo politico in corporazione economica, abbiamo incontrato come visto, una forma di teologia economica, intesa come 'integralismo di mercato', come una nuova forma di fondamentalismo. Accanto alla prima teologia politica, «che fonda nell'unico Dio la trascendenza del potere sovrano», vi è dunque la teologia economica «che sostituisce a questa, l'idea di un' *oikonomia*, concepita come un ordine totale tanto della vita divina che di quella umana». Dal primo paradigma, come visto «derivano la filosofia politica e la teoria moderna della sovranità; dal secondo, la biopolitica moderna fino all'attuale trionfo dell'economia e del governo su ogni altro aspetto della vita sociale». <sup>26</sup> Ma nell'era della crisi economica e finanziaria, il potere economico integrale, prevalente su quello politico, è sempre più sottoposto alla critica dei diritti. Le tecniche di 'neutralizzazione' presenti ora nei lineamenti della teologia economica e prima in quella politica impediscono di percepire il senso del conflitto in atto. È il momento della 'terza teologia', della teologia dell'ultimo, che attraverso la considerazione della profondità della persona intesa come 'codice di senso', vuole proporsi come metodo esclusivo di misura qualitativa dello stato dei diritti in una comunità. Non è il sovrano che concede il diritto all'ultimo, ma l'ultimo diviene pietra di paragone con cui confrontarsi nella presa d'atto delle condizioni di civiltà di una società. Gli ultimi sono i 'primi' perché pietra dello scandalo. L'ultimo è sempre un *novum* nel senso che ogni giorno vi è qualcuno che vive sui 'bordi' della società. Se da un lato affrontare la questione sotto il profilo teoretico significa indagare il senso profondo delle ragioni per cui i diritti si pongono come condizioni di possibilità per la costituzione del bene comune, dall'altro richiamare il profilo epistemologico descritto sulla base del pensiero cristiano nelle sue linee teologiche porterebbe ad assicurare la distanza da ogni deriva fondamentalistica. Porsi domande circa l'apertura del livello epistemologico significa ergersi sino alla cima esistenziale della nostra ansia del giusto, sanata solo dalla convinzione o dalla aspirazione che al di là di quello che già appare vi sia ancora uno spazio per interrogarsi su problemi fondamentali quali l'universalità, le culture altre, il bene comune. La nuova frontiera si annuncia nell'adottare una confluenza di visioni dei diritti umani sul piano della molteplicità, universale, ma libera. I diritti, in tal senso, vanno anche difesi dall'inevitabile e a volte insopprimibile tentativo ideologico di autoaffermarsi in qualche modo. La teologia economica degli ultimi decenni ha proposto una idea vincente del privato, trasmutando il "senso del diritto" in "diritto del senso" ossia della percezione immediata dell'utile. Le corporazioni economiche sono state le istitu-

---

<sup>26</sup> Cfr. GIORGIO AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 21-40.

zioni fortificate sorte dalla conseguenza di una manifestazione dello ‘stato di eccezione’, che ha visto il politico debole cedere il passo all’economico avanzante. Se la teologia politica ha secolarizzato i concetti teologici, la teologia economica ha reso funzionali i concetti politici per i suoi fini attraverso un linguaggio vincente segnato dai tempi dei *format* pubblicitari nella dimensione duale del compro/vendo. Ma la teologia dell’Ultimo si pone dinanzi a questo scenario, contrapponendo al corpo politico prima e alle corporazioni economiche dopo, ‘l’ipotesi persona’ «come luogo dell’apertura al bene in sé che non ha bisogno di ricevere valori da parte di altri, in quanto in un certo senso avvalorata se stessa, dato che è bene in sé ciò che è aperto alla totalità del bene in sé»<sup>27</sup>. La persona intesa nei sensi espressi, è l’apertura radicale all’inespresso, l’eccedere la misura nuova misura assiologica. L’idea di dignità umana costituisce l’atmosfera di fondo della rivendicazione dei diritti umani pervasa dal profondo Umanesimo della persona. La dignità della persona umana insiste nell’interrogarsi sulla possibilità di fondare i diritti sull’idea dell’uomo come *imago Dei*, principio allo stesso tempo metafisico e religioso al fine di richiamare ciò che è superiore all’uomo da un lato, per ‘il dislivello ontologico tra creatore e creatura’, facendo nostre le parole di Agostino, ma dall’altro, appellarsi al sentire che «l’uomo deve innanzitutto, al di là della farragine di cose senza valore che ingombra la sua vita, raggiungere il suo sé, deve trovare se stesso, non l’io dell’individuo egocentrico, ma il sé profondo della persona che vive con il mondo»<sup>28</sup>. Al di là del ‘credere’, su questo versante, le religioni possono svolgere un ruolo fondante. Il divino fuoriesce dal proprio io necessariamente e incontra l’altro. Le religioni, nella società secolarizzata, possono dare un contributo importante sul piano epistemologico contro ogni fondamentalismo, non solo «sottolineando i legami che uniscono individuo e comunità»<sup>29</sup> ma soprattutto nell’affermare l’idea di un uomo creato ad immagine e somiglianza di Dio al fine di marcare l’indisponibilità della dignità di ciascuna persona. Ogni diritto, fondato teoreticamente, al livello della dignità della persona umana, protegge l’altro diritto, in una catena circolare, dato che non è possibile immaginare un ‘diritto fondamentale’ da cui scaturiscono diritti condizionati. «La dignità della persona umana è un valore trascendente, sempre riconosciuto come tale da quanti si sono posti alla sincera ricerca della verità. L’intera storia dell’umanità, in realtà va interpretata alla luce di questa certezza. Ogni persona, creata a immagine e somiglianza di Dio e, pertan-

---

<sup>27</sup> Cfr. FRANCESCO VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, p.14.

<sup>28</sup> MARTIN BUBER, *Il cammino dell’uomo*, Edizioni Qiqajon Comunità di Bose, Bose, 1990, p. 47.

<sup>29</sup> SILVIO FERRARI, *Diritti dell’uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?* in *Rivista di Filosofia del diritto-Journal of Legal Philosophy*, 1, 2017, p. 176.

to, radicalmente orientata verso il suo Creatore, è in costante relazione con quanti sono rivestiti della medesima dignità. La promozione del bene dell'individuo si coniuga così con il servizio del bene comune»<sup>30</sup>. Il senso della religione sul piano metafisico sostanzia le aspirazioni più profonde della persona umana. L'*imago Dei* svela il volto dell'altro 'prossimo' al nostro, nella ricerca del vero significato dell'esistenza, rendendo ogni uomo «essere di confine»<sup>31</sup>, superando l'invalidabile distanza che si fa prima soglia e poi varco nell'annunciare l'incontro con l'Altro. Un cambiamento nel microcosmo personale è causa ed effetto di un cambiamento nel macrocosmo dell'umanità. L'Ultimo, che possiede lo scrigno della verità, per essere 'pietra scartata' sulla quale costruire l'avvento di una teologia della dignità della persona umana, al tempo della messa in discussione della 'sacralità' dei diritti, diventa per ogni essere umano 'il tutto nel frammento'.<sup>32</sup> In fondo come ha scritto Ratzinger è così «il nostro tempo, al quale ciò che è accaduto finora spesso appare solo come la preistoria prima del totalmente nuovo verso cui l'umanità è diretta a passi sempre più veloci»<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> KAROL WOJTYLA, *Diritti umani e Libertà di Religione*, in *Il Regno. Documenti*, 1, 1999.

<sup>31</sup> Cfr. BERNHARD WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, Raffaele Cortina Editore, Milano, 2008, pp.16-37.

<sup>32</sup> Cfr. HANS URS VON BALTHASAR, *Il tutto nel frammento. Aspetti di teologia della storia*, Jaca Book, Milano, 2017.

<sup>33</sup> JOSEPH RATZINGER, *Il tempo e la storia*, cit., p.166.

RIASSUNTO

Le religioni sono una barriera contro i fondamentalismi. Le vere ragioni del fondamentalismo sono da ritrovare nel livello epistemologico che ha pensato il mondo come un universale chiuso. La teologia politica con la secolarizzazione dei concetti politici e giuridici ha avuto come conseguenza fattuale la genesi dei totalitarismi del novecento. La teologia economica che segue ha imposto un integralismo chiuso del mercantile prevalente su ogni cosa. Entrambe hanno proposto falsi idoli quali il progresso lineare e la mano invisibile del mercato, fallendo. Al tempo attuale, attraverso il recupero del pensiero personalista di matrice religiosa in continuità con una rinnovata visione scientifica aperta al residuale, sembra possibile una terza Teologia: la Teologia dell'Ultimo. Si configura, in tal senso, il tentativo di aprire la riflessione sul piano teologico alla manifestazione del principio dignità come nucleo intangibile dei diritti umani a partire dalla considerazione che "gli ultimi sono i primi e i primi saranno giudicati dagli ultimi sul piano della dignità".

PAROLE CHIAVE

*Religione; fondamentalismo; dignità; diritti; teologia*

ABSTRACT

Religions are a barrier against fundamentalism. The true reasons for fundamentalism are to be found in the epistemological level that has thought the world as a closed universal. Political theology with the secularization of political and juridical concepts had as a factual consequence the genesis of the totalitarianisms of the twentieth century. The economic theology that followed imposed a closed fundamentalism of the prevalence of mercantile over all things. Both have proposed false idols such as linear progress and the invisible hand of the market, failing. At the present time, through the recovery of the personalist thought of religious matrix in continuity with a renewed scientific vision open to the residual, a third Theology seems possible: Theology of the "Ultimo". In this sense, the attempt is made to open the reflection on the theological level to the manifestation of the principle of dignity as an intangible nucleus of human rights, starting from the consideration that "the last ones are the first ones and the first ones shall be judged by the last ones in terms of dignity".

KEY WORDS

*Religion; fundamentalism; dignity; rights; theology*

## *San Francesco: il diritto e la norma giuridica*

LUIGI NOTARO

Prendo spunto per le considerazioni che seguono da uno scritto di Gabriele De Martino pubblicato su *Il foro napoletano* del 1975 (fasc. nn. 3-4) dal titolo: *Il concetto e la funzione del diritto secondo Francesco D'Assisi*. L'Autore, alto magistrato e presidente del Tribunale di Napoli, facendomi avere l'estratto dalla rivista, richiamava la mia attenzione su un tema a lui molto caro e su cui più volte aveva scritto, forse pensando che un giovane studioso, quale ero allora, potesse approfondire queste tematiche e dare sistemazione a quegli spunti di riflessione che aveva proposto nel suo articolo pubblicato sulla rivista napoletana. Ricordo con piacere, nei nostri incontri in Tribunale, i colloqui con il presidente De Martino, che tentava di coinvolgermi nei suoi studi su Francesco di Assisi, purtroppo quando ebbi la notizia della sua morte, accantonai la ricerca e gli approfondimenti sul tema e misi da parte questo suo breve scritto e gli interessanti spunti che ivi erano contenuti.

L'autore affrontava una tematica, poco indagata, con la competenza del giurista e concludeva nelle sue note che Francesco non era un anarchico e sovvertitore dell'ordinato vivere, tanto che si sottomise alla Chiesa ed al papato, non era teologo, non era filosofo, nè tantomeno un giurisperito ma come uomo d'istinto affrontava la realtà del suo tempo pur non avendo alcuna fiducia nella norma cogente e non accettando l'idea di diritto. Specificamente non accettava la componente della coercizione e della sopraffazione dell'onesto e del debole ad opera dello scaltro e del forte, propria della norma giuridica; così come aveva chiaramente percepito che nel diritto mancavano le caratteristiche dell'equità e della giustizia e dal momento che esso non tendeva alla regolamentazione equitativa del rapporto umano, non poteva entrare nell'orizzonte del suo agire.

La verifica del distacco netto tra le scelte del Frate ed il diritto, già si trovava nella *Regula non bullata* presentata per l'approvazione al Pontefice Innocenzo III. Detto scritto, che avrebbe dovuto rispettare, secondo i dettami del tempo, precisi canoni giuridici, in realtà conteneva una raccolta di passi evangelici da cui scaturivano regole di vita. Aggiungeva l'autore che ogni scelta di vita di Francesco, dopo la conversione, era connotata dalla carità verso il

prossimo e dalla povertà più assoluta perché voleva seguire «nudo il Cristo nudo» e questi modelli nulla avevano a che fare con la legge e con il diritto, o meglio con il sistema giuridico allora vigente.

Nel riprendere le conclusioni dello scritto del presidente De Martino, con le quali sotto svariati profili concordo, devo rilevare che la comparazione tra le fonti francescane e le regole proprie del moderno diritto statale, anche se correttamente proposta, mancava dell'approfondimento del sistema giuridico vigente all'epoca in cui visse quella singolare figura di riferimento. Devo rilevare altresì che da una lettura più approfondita della *Regula* attribuita a Francesco si riscontra una terminologia che rivela una sua attenzione per il diritto e le regole giuridiche.

L'indagine che segue, vuole integrare e, sotto alcuni aspetti, rivedere alcune conclusioni a cui è pervenuto l'autore prima citato, innanzi tutto tenendo presente la storia umana e spirituale del Poverello di Assisi inquadrata nel tempo in cui è vissuto, senza trascurare le fonti.

Nella vita di questa "affascinante" figura di frate si evidenziano due momenti fondamentali: la vocazione a vivere *secundum formam sancti Evangelii* e successivamente la necessità di dare una forma giuridica ed una regola alla sua fraternità, cresciuta contro ogni aspettativa. La prima fase strettamente collegata alla spiritualità, trova un sicuro riferimento in scritti certamente attribuibili a Francesco quali *Le lodi*, la *Benedizione a frate Leone*, la *Lettera* indirizzata a Leone ed infine il *Cantico di frate Sole*. A questi scritti seguivano la prima *Regula non bullata*, ed il *Testamento* che ancora oggi restano fondamentali anche per comprendere le fasi ulteriori della sua vita quando si era presentata l'urgenza di dare una organizzazione ed una disciplina alla fraternità costituita.

La spiritualità e la intensa riflessione interiore del Santo si possono ricavare dai pochi scritti prima citati che non hanno avuto la mediazione e l'intervento di terzi amanuensi. Le raccolte successive al ritiro di Francesco alla Verna evidenziavano la necessità di "normalizzare" l'unica e semplice esperienza di vita che lui voleva trasmettere ai suoi compagni. Già negli scritti di Frate Elia incominciava a prendere consistenza il dato normativo e veniva regolamentata la vita del gruppo di frati appartenenti alla fraternità ma questo nuovo modo di intervenire sull'esperienza iniziale portò alla abdicazione del Poverello; nel "*Testamento*", ultimo suo scritto, venivano riproposte le linee guida che avevano caratterizzato il suo insegnamento.

Tra le fonti francescane successive, rivestono grande importanza le pagine di Tommaso da Celano, questo frate scrisse la *Vita prima* subito dopo la morte di Francesco e la *Vita secunda* dopo circa venti anni adeguandola a quanto

aveva sentito e alla tradizione orale, ma l'obiettivo era quello di recuperare il rapporto tra la fraternità e la gerarchia ecclesiastica.

Dopo il 1260, Bonaventura da Bagnoreggio, nella duplice *Legenda maior*, normalizzò ulteriormente la figura di Francesco ed evidenziò che la sua vera missione era quella di porsi al servizio della Chiesa ed essere per i suoi seguaci una guida esemplare, confermando la sua fama universale. Bonaventura come uomo di governo, riformò la *Regula*, fece approvare le nuove *Constitutiones* e non esitò a far distruggere ogni altra narrazione biografica che riguardasse la vita del Fondatore.

Alcuni aspetti dell'insegnamento di Francesco che ormai stavano scomparendo ed il clima delle origini vennero riproposti nella *Legenda trium sociorum*, quando i vecchi compagni, ricordando che «noi fummo con lui», scrissero la *Compilazione di Assisi*. In quest'ultimo scritto emergeva ancora il tema della fondazione della fraternità e lo spirito dei compagni che lo avevano seguito, appariva evidente il tentativo di coniugare il Vangelo e la Regola, la libertà e l'obbedienza, il rapporto con il mondo, con la gerarchia e con il clero. Tutte queste compilazioni erano caratterizzate dal tentativo di effettuare una ricostruzione *a posteriori* dell'esperienza francescana e si rendevano necessarie quando erano apparse ancora più evidenti le aspre contese dentro e fuori della fraternità che portarono a profonde rotture e ed al ritiro del Poverello.

L'analisi di quest'ultima fase della vita del Fondatore e della sua marginalità hanno indotto alcuni autori a parlare impropriamente del «fallimento di Francesco», ma questa conclusione, pur se ha incontrato un buon seguito tra i biografi francescani, appare abbastanza improbabile e certamente smentita dal notevole rilievo che hanno avuto gli insegnamenti del Frate, dal suo carisma che ha superato i secoli e si è imposto nei contesti sociali più diversi.

Unitamente alle fonti, si sono succedute nel corso dei secoli svariate biografie dalle quali emerge un aspetto particolare che fa comprendere meglio la spontaneità e la freschezza degli insegnamenti di Francesco. Più volte egli si era trovato di fronte a scelte particolarmente impegnative ed era obbligato a confrontarsi con le "leggi" o, in generale, con il sistema allora vigente, e quasi sempre, pur non sapendo quale strada intraprendere, non si dava pena di quale sorte potesse toccargli, nè tantomeno dove sarebbe approdato il suo percorso spirituale, gli bastava seguire il chiaro percorso che proponeva il Vangelo. Sin dall'inizio della sua esperienza religiosa si sentiva libero di muoversi con leggerezza tenendo solo presente le pagine evangeliche, aveva nella testa domande brucianti e radicali, su come "annullarsi" per far posto al suo Cristo e come trasmettere questo modello ai suoi compagni ed erano queste domande a diventare decisive per entrare in una logica di vita nuova e per superare gli schemi vigenti al suo tempo.

Anche quando si era presentata l'urgenza dell'organizzazione dei compagni che l'avevano seguito, questa emergenza continuava ad essere rinviata dal momento che essa non appariva nel suo orizzonte e nel percorso vita che aveva scelto di seguire. In ogni caso, è fuori dubbio che Francesco manteneva l'animo lieto nonostante le asprezze e le difficoltà che incontrava, perché credeva fermamente nella sua grande idea e sperava e si rimetteva con fiducia nelle mani del Cristo.

Già ai suoi tempi appariva errata la narrazione che voleva vedere il Frate di Assisi nelle vesti di un giullare dai comportamenti che rasentavano la follia, ma solo con il passare del tempo si è evidenziata la vera figura del "profeta rivoluzionario". Con notevoli sforzi si è venuta a liberare la figura vera di Francesco dai sedimenti che a lungo l'hanno occultata per restituirla nella sua reale portata e nella sua attualità.

L'indagine sulle fonti e sugli scritti attribuiti a Francesco appare necessaria, così come si richiede che queste fonti siano inquadrare in un particolare momento storico, sono certo che i riferimenti di ordine storico-giuridico potranno aiutare a comprendere meglio il rapporto tra Francesco e il diritto come sistema allora vigente e la sua concezione della norma giuridica. Si tratta di un tema molto particolare e forse marginale (basti considerare la scarsa bibliografia in merito), che trova precedenti decisamente scarsi nella pur ampia produzione di scritti francescani. Svariati e pregevoli studi storiografici e agiografici hanno indagato sulla figura del Poverello di Assisi, sulla sua esperienza religiosa che parte dalla sua conversione, sul suo difficile inserimento nella società civile e religiosa del tempo, ma mancano contributi che possano mettere in rapporto la sua radicale scelta di vita, le opere e la fraternità da lui fondata con il diritto, inteso come complesso di norme giuridiche che disciplinavano la società civile ed il mondo ecclesiale del tempo. Apparentemente si trattava di realtà diverse, (la rigorosa scelta di vita ed il sistema giuridico) ma non può negarsi che la singolare esperienza religiosa del Poverello di Assisi si poneva all'interno della sua epoca come un momento di grande novità ed in qualche modo destabilizzante per la realtà ecclesiale del tredicesimo secolo.

Per indagare correttamente sull'idea e sul rapporto di Francesco di Assisi con la legge e la sua relazione con il diritto o meglio con il sistema giuridico è opportuno preliminarmente inquadrare i concetti di norma e di diritto nell'epoca postmedioevale e valutare specificamente le novità politiche e giuridiche verificatesi nel tredicesimo secolo unitamente all'avvento delle autonomie comunali. Nel sistema allora vigente la norma giuridica non appariva essenzialmente come quella che detta la soluzione di un caso concreto ma, anche allora, veniva concepita come una regola di condotta, dotata del carattere della

generalità ed era il prodotto dell'osservazione della realtà concreta e spesso lontana da considerazioni di giustizia, di morale e di politica. Mentre il valore della legge e la funzione legislativa nel pensiero medioevale assumevano il carattere assoluto proprio del potere sovrano del principe e la legge veniva identificata con la sua volontà, con l'inizio del secolo tredicesimo si consolidava un nuovo diritto. Prendevano corpo la redazione degli ordinamenti particolari e si stabilizzava una legislazione statutaria delle città dell'età comunale, insieme allo sviluppo e alla formazione delle autonomie cittadine.

Unitamente all'autonoma strutturazione politica di alcune città comunali e con il predominio di potenti corporazioni delle arti, detentrici del potere economico, seguiva la costituzione di ordinamenti territoriali che sostituivano il sistema pregresso e l'introduzione di nuove leggi che affermavano la preminenza di queste corporazioni. Il carattere prevalente della legge era costituito dalla tutela della classe dominante a cui corrispondeva una scarsa tutela degli interessi del popolo minuto.

Per quanto riguarda il concetto e la definizione di "diritto", la teoria generale ha incontrato difficoltà nello stabilire il significato della parola e l'estensione del concetto con riferimento al periodo post-medioevale. Solo in tempi moderni si è venuto a chiarire che il termine in questione, in quanto si riferisce a date pratiche sociali storicamente differenziate in base a determinati criteri, non è altro che l'ordine giuridico, ossia il diritto veduto nella sua oggettività, in altre parole il sistema giuridico vigente. Il diritto, concepito come complesso di regole di condotta, si presentava, nel periodo storico in questione, nella sua definizione incompleta, a questo si aggiungeva un'altra considerazione che lo riteneva come modello di organizzazione sociale che aveva una funzione ordinatrice e politica e che doveva contribuire a creare una società diversa da quella del passato.

Da aggiungere che nel corso del tredicesimo secolo si stabilizzava il concetto di "diritto" che aveva caratteristiche diverse da quello che i Romani denominavano "*ius*". Mentre in quest'ultima accezione prevaleva il significato di forza e di potenza di una volontà regolatrice e ordinatrice delle azioni umane nelle relazioni con le persone e cose, nel periodo storico in questione, il rapporto ideale tra l'ordine oggettivo che prevaleva sulla soggettività dei voleri propria dell'esperienza cristiana, si dissolveva convertendosi in quello di fatto tra autorità e libertà e tra forza e diritto. Sorgeva allora il problema di dare un fondamento oggettivo all'ordine giuridico e, per quanto ci riguarda, al diritto, senza ricorrere alla fede in un Dio creatore e ordinatore dell'universo.

I giuristi si trovavano di fronte, come già nell'epoca medioevale, ad un'evoluzione sotto l'impulso di trasformazioni profonde che in quell'epoca si andavano operando nelle strutture politiche come nel tessuto sociale. Si evi-

denziava un processo di emersione di ordinamenti particolari che prima gravitavano entro l'orbita di un ordinamento universale, (l'impero) e che viveva un momento di grave crisi. Infine, nel secolo in questione, incominciava a prevalere l'indirizzo pragmatico, si assisteva alla specializzazione nel diritto *de mercatura* e *de mercatore* con evidenti forme di tutela delle classi dominanti.

In questo contesto la scelta del Francesco di ricorrere alla esperienza evangelica e porre questi insegnamenti alla base delle sue scelte di vita, era da considerarsi fuori da ogni logica vigente nel sistema giuridico post-medioevale.

Forse, in astratto, i concetti che riguardavano i termini rigorosamente giuridici di legge e di diritto, elaborati dagli studiosi di teoria generale, sfuggivano al Povero Frate, ma egli in concreto rifiutava la legge, considerata espressione del potere, segno della sopraffazione del debole ad opera del forte, e non poteva accettare il risvolto pratico e mercantile del diritto, in definitiva si poneva fuori del sistema giuridico allora vigente. Di fronte a questi aspetti della società in cui viveva, in lui si consolidava il pensiero che l'unico riferimento dovesse trovarsi nel Vangelo e solo seguendo questo percorso si poteva costruire una società più giusta ed attenta agli ultimi. La scelta di povertà gli faceva accettare la fragilità, la vulnerabilità e l'emarginazione dei suoi fratelli "ultimi". Insomma la logica francescana si poneva al di fuori del sistema allora vigente, anche se le regole giuridiche in astratto disciplinavano la società comunale ed erano accolte dagli uomini del tempo, in concreto, per Francesco, non erano funzionali alle necessità di giustizia di cui le persone avevano bisogno. Pensava che l'ingiustizia andava contrastata ed a ciò servivano il suo sforzo di avvicinamento ai poveri e la comprensione del loro stato. Solo la condivisione di vita con i miseri ed in special modo con i lebbrosi aiutava il riconoscimento della comune umanità.

Sempre nel tentativo di inserire l'immagine e l'opera del Frate in quella complessa realtà religiosa, sociale e culturale dell'età comunale, si devono valutare i rapporti tra la Chiesa e la società civile del tempo, l'interrelazione fra il potere laico ed il mondo ecclesiastico e la posizione di Francesco all'interno della Chiesa.

Nell'ipotesi che ci occupa questa indagine appare necessaria dal momento che il Poverello riteneva necessario restare nella Chiesa e predicava la sua subordinazione e l'assoluta fedeltà al Papa, ai Vescovi ed ai sacerdoti. Va premesso che nel corso del medioevo e ancora nel tredicesimo secolo, vi era un rapporto inscindibile tra Chiesa e diritto, nè si poteva trascurare l'influsso rilevante della Chiesa nella società del tempo, così come va aggiunto che nei secoli dodicesimo e tredicesimo il diritto canonico interveniva su molteplici espressioni della vita sociale, quali il matrimonio, la filiazione, la disciplina

dei beni ecclesiastici ed in particolar modo nella organizzazione della vita religiosa monastica. Da aggiungersi che la realtà ecclesiale del tempo era impregnata di giuridismo, basti pensare alla sapienza giuridica del Pontefice Innocenzo III, alle scuole di diritto di Bologna e di Parigi, alle Decretali e all'opera del giurista Graziano.

Le scelte del Francesco si discostavano da questo mondo complesso e regolato rigorosamente da regole giuridiche, egli voleva portare la vita di perfezione nelle città, era il cantore della semplicità e dell'amore per il creato e le sue creature ed aveva come unico riferimento l'insegnamento evangelico. Rivestiva particolare importanza il fatto che aveva abbracciato la povertà come dimensione interiore che comportava il distacco dai beni, il rifiuto di ogni proprietà, del lusso e dello sfarzo dei potenti e questa scelta lo poneva in netta antitesi con il mondo ecclesiastico. Il rifiuto della proprietà, considerata anche allora come "diritto" per eccellenza, era in linea con la scelta di essere «nudo come il Cristo nudo». Quanto al rapporto di Francesco con la sua famiglia appare significativo il momento in cui rifiutava persino i suoi abiti consegnandoli al padre e quando subiva il processo del Vescovo per aver «rubato» i beni paterni che avrebbe dovuto custodire ed amministrare, per distribuirli ai poveri, implicitamente si dichiarava indipendente da tutte le leggi che disciplinavano il sistema politico e familiare ed in ogni caso aveva messo in conto tutte le conseguenze che potevano derivare dalla sua «conversione». Inevitabilmente ne seguiva una profonda solitudine, la derisione da parte delle persone che lo avevano conosciuto come un giovane brillante, ed il rigetto della sua esperienza religiosa da parte della sua famiglia. La nuova vita di Francesco confliggeva con l'educazione che aveva ricevuto in famiglia, caratterizzata da una forte connotazione mercantile, egli, spogliandosi di tutto, non subiva alcun condizionamento esterno e diventando povero con i poveri superava le logiche familiari ed il sistema dominante nell'ordine post-medioevale.

La proposta rigorosa di avere come unico riferimento l'insegnamento evangelico «*sine glossa*», la scelta di una vita di perfezione caratterizzata dalla predicazione nelle città, quale impegno nella vita civile accanto agli ultimi ed ai diseredati, è quanto il Frate proponeva ai suoi compagni, ponendosi al di fuori di ogni esperienza religiosa propria di quei tempi. In considerazione che nel periodo post medioevale la Chiesa subiva l'influsso del Monachesimo e privilegiava l'organizzazione comunitaria e la vita cenobitica benedettina, dal punto di vista pratico ed organizzativo la regola francescana appariva lontana dallo spirito del tempo.

La scelta di assoluta povertà di Francesco e la libertà di vivere senza le costrizioni che provenivano dalla gerarchia ecclesiastica apparivano posizioni

che in qualche modo presentavano qualche pericolo. In quel periodo storico la Chiesa era impegnata nel contrastare e combattere sia i movimenti pauperistici che in quei momenti emergevano con forza quali esperienze ecclesiali, sia la ribellione disciplinare che rompeva il vincolo unitario della società cristiana. Detti movimenti sociali e comunitari spesso finivano nello scisma e nell'eresia in quanto attaccavano aspetti particolari della dottrina, con forza criticavano la struttura gerarchica della Chiesa ed il suo attaccamento ai beni e alla ricchezza. In questo tempo in cui venivano catalogate come eretiche figure che con forte personalità e con vigore predicavano nuove esperienze di religiosità, difficilmente si poteva accogliere la scelta di Francesco che si sforzava di dare uno sbocco nuovo alle confuse tendenze del tempo impregnate da un esasperato spiritualismo.

Le autorità ecclesiastiche si trovavano di fronte ad un riformatore religioso che si spendeva per liberare il Vangelo dalle forme che considerava desuete e che ne imprigionavano la forza di animazione, facendone una ragione di vita. Il ricorso al Vangelo, da dove scaturiva ogni modello di vita, il principio superiore di giustizia, che doveva prevalere sull'applicazione stretta delle regole formali esistenti e la scelta della povertà che significava elemento di coesione degli uomini nel nome di Cristo, diventavano ipotetiche occasioni di contrasto con la Chiesa.

Il povero Frate assisteva imperterrito alle fasi finali dello scontro tra le due grandi potenze della Chiesa e dell'Impero che aveva caratterizzato il mondo medioevale, così come, il suo percorso di vita si poneva al di fuori di un sistema e dalle regole giuridiche che disciplinavano le nuove realtà comunali. Mentre nella società civile vi era un radicale cambiamento politico ed economico e la Chiesa in molti campi della società civile continuava ad avere una forte influenza, «toccando l'apogeo della sua potenza spirituale e politica», questa esperienza religiosa era vista con particolare sospetto. In una società in cui il diritto e le leggi erano considerati strumenti necessari per la regolamentazione dei rapporti sociali, la scelta di svincolarsi da qualsiasi condizionamento esterno risultava un fatto nuovo, difficile da inquadrare nelle categorie del tempo.

Francesco ragionava seguendo metodi differenti e utilizzava concetti diversi da quelli vigenti, la sua concezione della legge, vista come strumento di tutela delle classi dominanti a cui si contrapponeva la sopraffazione del debole, veniva assolutamente respinta. Così come non poteva accogliere la concezione mercantilista del diritto in quanto contrastava con la ricerca della giustizia e non contribuiva a creare una società in cui trovassero una tutela specifica gli ultimi. In definitiva la scelta di avere come unici riferimenti del

suo agire i principi evangelici ed il ritenere la povertà, l'amore per il prossimo e la libertà modelli di vita irrinunciabili in quel momento trovavano una sicura accoglienza solo da parte dei «compagni» che l'avevano seguito.

Il Poverello di Assisi, che voleva sostituire alla funzione ordinante delle regole giuridiche esistenti la «sovranità» ordinante del Vangelo e realizzarla rendendola effettiva, inevitabilmente entrava in contrasto con la società civile e con il sistema giuridico allora vigente dove si consolidava il principio che i rapporti sociali necessariamente dovessero essere regolati dal diritto che aveva come scopo precipuo, se non esclusivo il privilegio e la tutela delle classi dominanti. Una scelta di vivere *secundum Sancti Evangelii* e l'accoglienza incondizionata degli ultimi era di difficile comprensione, pur non trattandosi di un fenomeno nuovo anche se marginale in quel momento storico. Infatti alla fine del secolo dodicesimo in alcuni strati della società cristiana si incominciava a sentire l'esigenza di uniformare i rapporti privati al Vangelo ed a valorizzare cristianamente le nuove forme di povertà e di disagio sociale.

Negli scritti e nell'opera di Francesco, mentre troviamo una esplicita lontananza dal sistema giuridico allora vigente, si rinvengono (come si vedrà nel prosieguo) anche termini e concetti che possono ricondursi al diritto. La prima *Regola "non bullata"* ed il suo *Testamento* ribadivano la sicura scelta evangelica: «*Haec est vita evangelii Iesu Christi, quam frater Franciscus petiit sibi concedi et confirmari a domino papa....*», e questo modello iniziale restava fermo anche quando si aggregavano altre persone che volevano seguire lo stesso stile di vita («*il Signore mi diede dei fratelli*»), solo che a questo punto sorgeva il problema non differibile di dare una organizzazione ed una struttura istituzionale alla fraternità e quindi era necessario il ricorso alle regole giuridiche, così come comprendeva che vi era la necessità di recarsi a Roma a chiedere al Papa l'approvazione di una regola e che venisse riconosciuto il suo apostolato e quello dei seguaci. Forse a questo punto della vita del Frate si creò la prima frattura tra il vivere *secundum formam sancti Evangelii*, e l'accettazione di una logica che non gli apparteneva.

In ogni caso Francesco, nei suoi comportamenti, restava fermo nella sua scelta di essere alternativo alle regole del mondo e continuava ad abbracciare la povertà assoluta, preferiva essere *idiota et subditus omnibus*, cercava la compagnia dei miseri, degli infermi e dei lebbrosi, amava lavorare senza chiedere qualche cosa in più di quello che bastava per il suo minimo sostentamento, obbediva a chi lo perseguitava e si dichiarava ossequiente al clero anche se questo si mostrava indegno della funzione. I suoi primi compagni e quelli che si aggregarono successivamente comprendevano che questo era l'insegnamento che il fondatore proponeva loro.

Quando emerse potente il richiamo delle istituzioni ed in special modo quello della Chiesa, Francesco dovette adeguarsi, (almeno da quanto si legge nella *legenda* di San Bonaventura), e rientrare nelle regole che la gerarchia ecclesiastica proponeva. L'incontro con il Papa Innocenzo III era da considerarsi il primo passaggio che poteva avere una valenza giuridica, una compromissione con l'Istituzione e forse il tradimento del proposito originario di Francesco di rifiutare per la sua persona e per i suoi amici qualsiasi privilegio della Chiesa di Roma, per continuare a vivere nella totale insicurezza. In realtà questa scelta si era resa necessaria perchè appariva chiaro che era impossibile disciplinare quella inaspettata crescita della fraternità senza far ricorso a regole giuridiche con l'aiuto ed il consenso della Gerarchia.

Solo dopo il tentativo esterno di dare alla fraternità francescana alcune caratteristiche tipiche degli altri Ordini religiosi, quali la stabilità, la disciplina e la presenza di un superiore, indussero Francesco alle dimissioni. Anche in questo caso non abbandonò i suoi compagni ma continuava ad essere presente in mezzo a loro collaborando alla scrittura della seconda *Regula*.

Qualche autore, con riferimento a questo ultimo scorcio della vita del Frate di Assisi, ha ipotizzato che, a chi proponeva una vita evangelica, si sostituiva una persona ossequiente alle rigide e mortificanti strutture ecclesiastiche, con la conseguente, necessaria estinzione di ogni freschezza e vigore spirituale. Da parte mia non credo che sia giusto e corretto questo giudizio che vedrebbe Francesco convertito alle forme e alle regole giuridiche proprie del sistema vigente all'epoca, vedrei questo cambiamento di passo dettato dalle emergenze dovute alla crescita del numero dei suoi seguaci, alla vitalità nuova della fraternità, ed alla necessità di rimettersi ai consigli di confratelli che avevano ingegno e buone capacità. Prevaleva in questa nuova fase della sua vita l'obbedienza alla Chiesa Romana e la fiducia in chi lo aveva sostituito alla guida dei "compagni".

La conferma che Francesco, pur considerandosi estraneo e distante dal sistema giuridico allora vigente, si sia servito di alcuni istituti e regole appartenenti al mondo del diritto, la possiamo già trovare nella *Regula* detta "*non bullata*" del 1221. In questo documento trovavano ingresso concetti come libertà, responsabilità, autonomia e dignità della persona, ma quello che presentava una valenza certamente giuridica era dato dalla previsione di una chiara figura di obiezione di coscienza e quindi una ipotesi di contrasto tra ordine morale ed ordine giuridico.

La tecnica usata nella redazione di questa regola che doveva essere sottoposta all'attenzione del Pontefice, non appariva rozza e priva di rigore, riportava ampi passi del Vangelo da cui scaturivano regole di vita, («*Haec est vita*

*evangelii Jesu Christi, quam frater Franciscus petiit sibi concedi et confirmari a domino papa Innocentio»*), senza trascurare l'organizzazione interna della fraternità. Un'attenzione particolare era riservata alle figure essenziali, al ruolo e alle funzioni dei soggetti appartenenti alla comunità ed in particolare venivano delineate con chiarezza le figure del "ministro", del "suddito" ed il rapporto che legava l'uno all'altro ma escludeva la "clericalizzazione" della fraternità e l'aggregazione ad un Ordine religioso già esistente. Il Poverello si opponeva alla costituzione di una fraternità di chierici che vivessero in vita comune, anzi, a rimarcare l'unicità della sua esperienza, prevedeva che i suoi seguaci non si sarebbero chiamati monaci ma "Fratelli Minori", che avrebbero professato i tre voti di povertà, castità e obbedienza e tra loro non vi doveva essere la figura dominante del "Priore". L'unica persona che rivestiva un ruolo vagamente gerarchico era il "ministro", e pur prevedendo che questi doveva presiedere alla comunità, era da considerarsi servo degli altri frati e doveva essere segno di umiltà conformemente al precetto evangelico (Mt. 20, 26-27). I suoi "fratelli minori", come uomini liberi erano chiamati a predicare nelle città senza le limitazioni che potevano venire dal chiostro.

Quanto all'impegno del ministro nell'ambito della fraternità, il "servizio" era considerato essenziale nel suo operare e non esisteva una figura dominante che potesse ricordare la gerarchia: *«tutti i frati che sono costituiti ministri e servi degli altri frati... e ricordino i ministri e servi che dice il Signore: «non sono venuto per essere servito ma per servire». «E nessuno sia chiamato priore, ma tutti siano chiamati semplicemente frati minori». «E l'uno lavi i piedi all'altro»* (cap. VI). Tra le funzioni proprie di questa singolare figura di "ministro-servo" vi era la correzione dei frati nelle loro mancanze e la cura che doveva avere per sé e per i suoi fratelli: *«E perciò custodite le vostre anime e quelle dei vostri fratelli, perché «è terribile cadere nelle mani del Dio vivente»* (cap. V).

La tutela della libertà propria della persona umana si concretizzava nella adesione responsabile del frate alla comunità e nella sottomissione dello stesso alla regola, senza perdere la sua autonomia e dignità. Infatti alla funzione di servizio del ministro corrispondeva il comportamento ragionevole e diligente del suddito: *«Tuttavia tutti i frati che sono sudditi considerino con ragione e diligenza le azioni dei loro ministri e servi»*.

Appariva chiaro che, nel pensiero di Francesco, si coniugava in modo equilibrato la libertà e la responsabilità, la libertà e la vita di comunione nell'ambito della fraternità in quanto ognuno era libero di aderire allo schema di vita proposto e questa adesione non comportava una obbedienza soltanto formale ma doveva esprimere la compartecipazione, la corresponsabilità e lo spirito di

comunione alla vita della fraternità.

La libertà di aderire del frate e l'accoglienza da parte della comunità trovavano precisi riferimenti nel capitolo II della *Regula*: «*Se qualcuno, per divina ispirazione, volendo scegliere questa vita, verrà dai nostri frati, sia da essi benignamente accolto*», ed anche gli altri frati «*si guardino bene di non intramettersi nei suoi affari temporali*», lo stesso ministro deve manifestare la sua disponibilità: «*lo riceva con bontà e lo conforti e diligentemente gli esponga il tenore della nostra vita*». Quindi era prevista una partecipazione corale da parte di tutti i membri della fraternità, ognuno secondo la propria parte e il proprio ruolo e l'adesione comportava l'accettazione di uno stile di vita: «*la Regola e la vita dei frati è questa, cioè vivere in obbedienza, in castità e senza nulla di proprio, e seguire la dottrina e l'esempio del Signore nostro Gesù Cristo, il quale dice...*».

Strettamente collegata alla salvaguardia della dignità della persona, nella *Regula* si trovava una chiara ipotesi di obiezione di coscienza. Mentre veniva riaffermato il grave obbligo del ministro di custodire l'anima dei confratelli si aggiungeva: «*Ma se un ministro avrà comandato a un frate qualcosa contro la nostra vita o contro la sua anima, il frate non sia tenuto ad obbedirgli; poichè non è obbedienza quella in cui si commette delitto o peccato*» (par. V). In questo inciso trovava una sua una precisa collocazione e veniva richiamato il principio della libertà di coscienza.

Da questo si poteva dedurre che Francesco aveva ben chiaro il concetto di libertà della coscienza che comportava la connessa possibilità di una obiezione al comando ingiusto: alla previsione di obbedienza al comando del superiore che confliggeva e andava contro «la vita e l'anima» conseguiva la commissione di peccato, e questo non era ammissibile. D'altronde il concetto di libertà di coscienza non era estraneo alla canonistica del tempo, già il Pontefice Innocenzo III scriveva che l'uomo che agisce contro coscienza, agisce per la perdizione della sua anima (*qui aedificat contra conscientiam, aedificat ad Gehennam*) e questo insegnamento forse era presente quando il Frate si affaticava nella redazione della sua *Regula*.

La scelta di tutelare la dignità della persona salvaguardando la libertà di coscienza del confratello, la troviamo anche, nella *Regula II* detta anche *Regula Bullata* compilata con una partecipazione esterna e marginale di Francesco. Questo testo presentava una struttura più conforme al diritto, la forma giuridica acquistava un ruolo più pregnante e le citazioni evangeliche erano ridotte al minimo. Intanto si ribadiva la funzione di servizio dei «*ministri e servi degli altri frati*» e per quanto riguardava il rapporto tra i frati ed il ministro: «*i*

*sudditi, si ricordino che per Dio hanno rinnegato la loro volontà. Per cui fermamente ordino loro di obbedire ai ministri in tutte quelle cose che promisero al Signore di osservare e non sono contrarie all'anima e alla nostra Regola*” (par. X). Dunque in modo più sfumato era prevista l'ipotesi dell'obiezione di coscienza.

Mentre nella prima regola si precisava che il frate non era tenuto all'obbedienza quando il comando era contrario “*alla nostra vita e contro la sua anima*”, in questa nuova redazione l'obbedienza al ministro acquistava un carattere preminente; anche se si ipotizzava il verificarsi di un comando contrario all'anima e alla regola non era previsto esplicitamente la possibilità sottrarsi all'ordine ingiusto.

La tutela della dignità della persona e la salvaguardia della libertà di coscienza del confratello erano concetti presenti anche in scritti successivi, e specificamente nei *Verba admonitionis Sancti Patris nostri Francisci*. Si tratta di ammonizioni ed esortazioni attribuite al Santo ma non si conosce chi sia l'autore di questa raccolta. Quando veniva trattato il tema dell'«obbedienza perfetta» (cap. III), nell'ambito del rapporto tra ministro e suddito si trovava questa precisa esortazione: «*Se poi il superiore comanda al suddito qualcosa contro la sua coscienza, pur non obbedendogli, tuttavia non lo abbandoni, e se per questo dovrà sostenere persecuzioni da alcuni, lo ami di più per amore di Dio*». In questo passo appariva chiara la preminenza della coscienza che poteva portare alla mancata obbedienza, ma a questo comportamento doveva seguire il non abbandono del ministro e la ipotetica conseguenza della persecuzione. Certamente veniva privilegiata la permanenza del frate nella sua fraternità con l'ordine di non abbandonare il ministro e da questo si può comprendere come da parte di Francesco si volesse salvaguardare la persona e di conseguenza la comunità di appartenenza.

Nei passi sopra citati e tratti dalle due *Regulae* e dalle *Ammonizioni* si affermava un diritto del singolo frate di agire sempre secondo coscienza nel rispetto della persona umana che conservava la sua libertà e restava radicalmente se stesso anche quando abbracciava il severo percorso indicato da Francesco. In queste ipotesi e credo in tutta l'opera del Frate di Assisi la coscienza aveva una posizione centrale unitamente alla libertà di coscienza, ed anche l'adesione dei compagni che volevano seguire il percorso da lui tracciato era connotata dalla massima libertà, a patto che vi fosse una assunzione responsabile delle conseguenze della decisione di aderire alla fraternità ed in particolare di essere fermo nel sottostare alla regola.

Pur trattandosi l'obiezione di coscienza di un fenomeno elaborato approfonditamente in tempi recenti dal diritto è possibile inquadrare il comporta-

mento del frate riportato nella prima *Regula* al capitolo quinto, nella seconda *Regula* al capitolo X e nelle *Ammonizioni* al capitolo III tra le ipotesi di obiezione di coscienza. Per intendersi meglio su questo principio è opportuno richiamare quanto qualche autore ha proposto parlando di obiezione di coscienza “moderna” distinta da quella “classica”, collegando la prima alla metamorfosi propria del concetto di coscienza ed inquadrandola in un ordinamento giuridico fondato su “valori più che su norme”. Seguendo questa linea di pensiero che sembra la più appropriata per il nostro caso, si potrebbe in generale dire che l’obiezione di coscienza consiste nel rifiuto dell’individuo, per motivi di coscienza, di assoggettarsi ad una condotta che in principio sarebbe giuridicamente esigibile, sia che l’obbligo provenga dalla norma, sia che provenga da un atto contrattuale. Ancora più specificamente, si tratterebbe (come nella fattispecie da noi esaminata) di una pretesa motivata da ragioni di contenuto primariamente religioso e che abbia per oggetto una scelta meno lesiva per la propria coscienza.

Francesco nel prevedere che il frate non era tenuto ad obbedire al ministro quando il comando si presentava in contrasto con la sua vita, contro la sua anima e contro la regola, aveva come primo scopo quello di proteggere la coscienza della persona inserita in una collettività e voleva quasi certamente garantire, non solo la libertà del frate ma anche la fraternità nel suo insieme. Nelle *Ammonizioni* si privilegiava questo aspetto dell’integrità della fraternità anche in presenza di un comando ingiusto: (*«pur non obbedendogli non lo abbandoni....chi vorrà sostenere la persecuzione anzichè separarsi dai suoi confratelli, rimane veramente nella perfetta obbedienza....»* (cap. III). Si tratta del concetto di obiezione di coscienza nella sua configurazione che privilegia i valori, e specificamente la correzione della legge nel senso della giustizia: giustizia del caso singolo per l’obietto ed in relazione al carattere “profetico” del valore testimoniato.

Per completezza va aggiunto che questo comportamento non può qualificarsi come disobbedienza nè riportarlo nella configurazione attuale di obiezione dal momento che non si verifica il compromesso che si raggiunge dopo un conflitto tra due volontà: quella di chi scrive la regola e quella di chi rivendica il diritto di non obbedire ad un ordine ingiusto.

Con la previsione esplicita negli scritti francescani del principio di obiezione di coscienza ed il riferimento ad altri concetti di rilevanza giuridica, non si vuole dire che il Poverello di Assisi abbia tradito la sua ferma distanza dal sistema giuridico del tempo, ma appare chiaro che egli privilegiava la libertà del singolo e la sua libertà di coscienza non come espressioni che appartenevano alle fredde regole giuridiche ma come riconoscimento esplicito della

persona. A conferma di quanto detto basta esaminare il primo articolo della *Regula*, dove a chiare lettere veniva scritto: «*la regola e la vita dei frati è questa, cioè vivere... e seguire la dottrina e l'esempio del Signore nostro Gesù Cristo, il quale dice...*», così come nella *Regula bullata* veniva ripetuto: «*La regola e la vita dei frati minori è questa, cioè osservare il santo Vangelo del Signore nostro Gesù Cristo, vivendo in obbedienza, senza nulla di proprio ed in castità*». Da quanto richiamato, appare chiaro che «regola e vita» nel pensiero di Francesco sono equivalenti e se usate insieme vogliono sottolineare che la «regola» non nasce da un astratto formalismo giuridico ma rappresenta le costanti di un'esperienza spirituale vissuta.

In definitiva la lettura delle fonti francescane riserva sempre nuove e suggestive riflessioni: anche di fronte ad una chiara riserva di Francesco verso la norma vigente al suo tempo ed il diritto in generale si trovano degli spunti che ci dicono la sua attenzione per la libertà dei suoi frati, unitamente alla salvaguardia della libertà di coscienza, fino ad arrivare alla previsione esplicita di una obiezione all'ordine ingiusto e contrario alla coscienza.

Per il giurista che si sforza di inquadrare l'opera e gli scritti di Francesco di Assisi, la sua scelta spirituale e la sua attività organizzativa nell'ottica delle regole giuridiche del tempo, potrebbe rivelarsi opera vana dal momento la sua scelta di libertà, di carità e di povertà aveva scarsi punti di contatto con il sistema giuridico vigente all'epoca.

Un eventuale inquadramento giuridico ha bisogno di altre chiavi di lettura anche per spiegare la posizione che il Poverello ha avuto nella storia religiosa del tredicesimo secolo. Questa ipotesi di lavoro non si presenta inutile dal momento che tutta l'eredità di idee, il modello di vita e di insegnamenti che proponeva hanno segnato un'epoca ed ancora oggi rappresentano un grande richiamo per gli uomini del nostro tempo e specialmente per chi abbraccia la vita religiosa francescana. La forma di vita religiosa, il carisma e la sua originale ispirazione resiste nel tempo.

A questo fine potrebbe essere interessante indagare su alcuni nuovi percorsi elaborati da moderni teorici del diritto, percorsi che tentano di comporre la dualità tra diritto e fraternità («diritto fraterno»), che trovano spunti ricostruttivi nella «mitezza» del diritto intesa come mantenimento del pluralismo dei valori e del loro confronto leale che esclude la sopraffazione e privilegia l'integrazione («diritto mite») ed infine inquadrare l'opera e le scelte del Santo nelle regole che appartengono al sistema giuridico – normativo che viene qualificato «diritto ecclesiale».

Quanto al «diritto fraterno, nel vissuto e negli scritti di San Francesco possiamo trovare la sussistenza di «norme» indirizzate alla salvaguardia del carattere pienamente fraterno della convivenza e che erano rivolte ai nuovi confratelli. La caratteristica essenziale di queste regole di vita si trovava in una permanente tensione tesa alla costruzione di una dimensione comunione di bene, in questo percorso si realizzava il continuo superamento di se stesso nell'amore dell'altro. Questa dinamica che caratterizzava l'opera e gli insegnamenti del Frate di Assisi ci fa dire che tra fraternità e diritto, allora come oggi, non vi è necessariamente esclusione, ed anche se allora non rientrava in una concezione giuridica legislativa e contrattuale secondo la logica del tempo, vi era certamente nell'animo di Francesco il pensiero che il suo concetto di fraternità potesse avere una qualche valenza giuridica ed entrare nella logica del diritto conformemente alla sua funzione sociale.

In questa ottica lo spirito di fraternità non si riferiva solo alle realtà giuridiche che venivano costituite, quando si accresceva il numero dei compagni che aderivano al percorso di vita indicato dal Fondatore, ma la sua visione profetica proiettava detto spirito di fraternità anche verso tutte le realtà naturali. Questo lo si può rilevare nel suo *Laudato si*, scritto che svelava un mondo dove regnava l'accordo effettivo degli uomini con la natura e con se stessi, dove vige una legge senza violenza.

Quando si fa riferimento al «diritto mite» vengono in evidenza due tesi contrapposte, la prima che considera fine del diritto la permanenza ordinata di un gruppo e la composizione rapida dei conflitti, nell'altra tesi viene privilegiata la funzione antropologica del diritto. Per quanto riguarda l'ipotesi che ci occupa e con riferimento alla formazione della fraternità francescana, la logica propria del «diritto mite» ben può trovare applicazione specialmente quando prevede che la convivenza deve ispirarsi a principi ed a valori positivi (in modo particolare a quelli scaturiti dagli insegnamenti evangelici) e che all'interno di queste realtà, necessariamente vi deve essere un riconoscimento dei diritti degli individui; così come la responsabilità individuale deve ritenersi essenziale nella costruzione della propria esistenza e l'intervento del singolo e della collettività deve essere orientato al sostegno dei più deboli.

In conclusione appare necessario il recupero e la permanenza dei principi e dei valori con riferimento precipuo alla qualità delle relazioni e non alleteriorità burocratiche e alla istituzionalizzazione dei ruoli che tendono a trascurare il bene comune.

L'esame dei principi propri del «diritto ecclesiale» che si riferiscono, in via ordinaria, all'ordinamento della Chiesa, potrebbe servire ad inquadrare me-

glio l'esperienza religiosa francesana. Come sopra detto, apparivano evidenti le difficoltà del Poverello nell'esprimere in linguaggio giuridico umano il nucleo fondamentale del messaggio evangelico, nello stesso tempo percepiva, con adeguata concretezza, i «segni dei tempi» presenti nella cultura sociale e giuridica del tempo.

La singolare scelta Evangelica di Francesco, la sua povertà assoluta, la libertà di sentirsi svincolato dai condizionamenti esterni e il rifiuto di ogni privilegio ci dicono che una qualsiasi concezione del diritto che non fosse conforme a queste regole di vita non poteva essere accettata e solo l'esigenza sopravvenuta di dare una organizzazione e una regola alla sua fraternità, attenuava la sua ritrosia verso il sistema giuridico. Secondo la logica del Poverello di Assisi, la legge potrebbe considerarsi: «un ordine di giustizia illuminata dalla ragione: di giustizia, perchè traduzione permanentemente obbligata della giustizia di Dio rivelata all'uomo, illuminata dalla ragione umana, per il necessario contributo che l'uomo deve prestare alla concretizzazione di tale giustizia nell'orizzonte terreno proprio del suo tempo».

Come per il «diritto ecclesiale» anche per Frate Francesco la norma giuridica appariva piuttosto un completamento ed un perfezionamento di quanto potenzialmente era già tutto racchiuso nel Vangelo, anche la sua opera di organizzatore e legislatore trovava un limite in un ordine di giustizia che lo precedeva e che egli stesso doveva seguire.

In definitiva resto del parere che i concetti ordinari di diritto e di norma vigenti al suo tempo appartenessero solo marginalmente al povero Frate di Assisi e la sua opera e le scelte di vita si ponevano in netto contrasto con il sistema giuridico; solo in considerazione dell'attualità dei suoi insegnamenti, un collegamento con il mondo del diritto lo potremmo trovare nelle elaborazioni moderne che lo inquadrano nelle logiche proprie del «diritto fraterno», «diritto mite» e del «diritto ecclesiale».

RIASSUNTO

Il contributo – prendendo spunto da un precedente lavoro di Gabriele De Martino – intende offrire una rilettura della “Regula” attribuita a San Francesco d’Assisi, alla luce della terminologia utilizzata, tale da rivelare una inattesa attenzione per il diritto e le regole giuridiche.

PAROLE CHIAVE

*San Francesco; Regula; diritto*

ABSTRACT

The contribution – inspired by a previous work by Gabriele De Martino – intends to offer a rereading of the “Regula” attributed to St. Francis of Assisi, in the light of the terminology used, which reveals an unexpected attention to the law and legal rules.

KEY WORDS

*Sant Francis; Regula; Law*

# *Misericordia o resistenza etica? Riflessioni paradigmatiche a partire dalla questione della giustizia intergenerazionale*

FERDINANDO G. MENGA

*«I più lontani devono scontare il vostro amore del prossimo; e già quando siete radunati in cinque, deve sempre morire un sesto»  
(F. Nietzsche, Così parlò Zarathustra)*

SOMMARIO: 1. *Misericordia oltre la giustizia – ma per chi?* – 2. *Questioni di fondo: le sfide aperte della responsabilità per le generazioni future* – 3. *Imbarazzi della politica e del diritto di fronte alla responsabilità per il futuro* – 4. *Qualche spunto di stampo fenomenologico* – 5. *Responsabilità che irrompe dall'altrove: dalla misericordia alla resistenza etica* – 6. *A mo' di conclusione. Giudicati dal futuro: incursioni escatologiche*

## *1. Misericordia oltre la giustizia – ma per chi?*

Due anni fa all'incirca si concludeva l'anno del *Giubileo straordinario della misericordia*, con cui Papa Francesco, alla luce di una parola-guida così importante e ricca di fascino, ha consegnato ai fedeli cattolici importanti motivi d'esortazione a un ripensamento radicale dell'impegno religioso<sup>1</sup>. Tale consegna, però, non ha riguardato soltanto i fedeli di tutto il mondo, ma si è rivelata di portata assai più ampia, visto il grande impatto avuto anche in *milieu* socio-culturali non necessariamente prossimi ad ambienti religiosi. La pervasiva influenza di tale evento ha suscitato così motivi di riflessione non soltanto di matrice dottrinale o generalmente teologica, ma anche di carattere filosofico-morale, filosofico-politico, nonché giusfilosofico.

Ma un'interrogazione sul tema non cessa di avere la sua rilevanza a distan-

---

<sup>1</sup> Cfr. *Misericordiae Vultus. Bolla d'indizione del giubileo straordinario della misericordia*: [https://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost\\_letters/documents/papafrancesco\\_bolla\\_20150411\\_misericordiae-vultus.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/it/apost_letters/documents/papafrancesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.html) (ultimo accesso: 17 novembre 2018).

za di qualche anno dall'evento propiziatorio. Anzi, una meditazione "a bocce ferme" probabilmente fornisce quella serenità teorica più che mai appropriata per proporre ulteriori spunti di riflessione.

È esattamente in tale prospettiva che questo mio contributo intende collocarsi. Nello specifico, vorrei sviluppare un'analisi sul carattere temporale del problema con l'intento di lasciare affiorare qualche motivo di feconda interrogazione.

La bolla d'indizione giubilare *Misericordiae Vultus* ruota, in qualche misura, attorno alla raccomandazione tratta dal vangelo di Luca: «*Siate misericordiosi, come il Padre vostro è misericordioso*» (Lc 6, 36)<sup>2</sup>. È questo l'appello che, forse, meglio di altri passaggi, riassume nel modo più semplice e pregnante la «misura» paradigmatica che il Papa ha voluto imprimere al suo invito<sup>3</sup>. Il problema che, però, sorge è che a tale misura paradigmatica corrisponde subito una dismisura iperbolica, non appena se ne apprende la declinazione esemplificativa che la accompagna: «*Da' a chiunque ti chiede, e a chi prende le cose tue, non chiederle indietro. E come volete che gli uomini facciano a voi, così anche voi fate a loro. Se amate quelli che vi amano, quale gratitudine vi è dovuta? Anche i peccatori amano quelli che li amano. E se fate del bene a coloro che fanno del bene a voi, quale gratitudine vi è dovuta? Anche i peccatori fanno lo stesso. E se prestate a coloro da cui sperate ricevere, quale gratitudine vi è dovuta. Anche i peccatori concedono prestiti ai peccatori per riceverne altrettanto. Amate invece i vostri nemici, fate del bene e prestate senza sperarne nulla, e la vostra ricompensa sarà grande e sarete figli dell'Altissimo, perché egli è benevolo verso gli ingrati e i malvagi*» (Lc 6, 30-35).

Un compito che mostra un carattere talmente eccessivo pone più di un qualche imbarazzo e interrogativo. Certamente, una prima via d'uscita per affrancarsi da un tale pressoché irricevibile compito può essere quella di pren-

---

<sup>2</sup> Così si legge nello specifico: «*Vogliamo vivere questo Anno Giubilare alla luce della parola del Signore: Misericordiosi come il Padre. L'evangelista riporta l'insegnamento di Gesù che dice: «Siate misericordiosi, come il Padre vostro è misericordioso» (Lc 6, 36). È un programma di vita tanto impegnativo quanto ricco di gioia e di pace. L'imperativo di Gesù è rivolto a quanti ascoltano la sua voce (cfr. Lc 6, 27). Per essere capaci di misericordia, quindi, dobbiamo in primo luogo porci in ascolto della Parola di Dio. Ciò significa recuperare il valore del silenzio per meditare la Parola che ci viene rivolta. In questo modo è possibile contemplare la misericordia di Dio e assumerlo come proprio stile di vita» (ivi, § 13).*

<sup>3</sup> «*Misericordiosi come il Padre, dunque, è il «motto» dell'Anno Santo» (ivi, § 14). Non a caso utilizzo qui, però, il termine «misura». È la bolla d'indizione stessa infatti a invocarlo nel momento in cui, proseguendo nell'esplicitazione del senso d'impegno che discende dall'essere misericordiosi, non manca di richiamarsi al seguente passo dell'evangelista Luca: «una misura buona, pigiata, colma e traboccante vi sarà versata nel grembo, perché con la misura con la quale misurate, sarà misurato a voi in cambio» (Lc 6, 38) (citato in *Misericordiae Vultus*, cit., § 14).*

dere le distanze dall'appartenenza alla sequela stessa che lo invoca. In tal senso, se già per il fedele è arduo praticare e a tratti addirittura difficile pensare siffatta missione, tanto più dispensato può dirsi chi, a differenza del fedele, non si riconosce nel credo che la comanda. Costui può dichiararsi, infatti, pur addossandosi l'appellativo di «peccatore» (secondo la logica del passo appena riportato), la semplice aderenza ad una logica di giustizia di carattere squisitamente contrattualistico – logica su cui notoriamente si fondano tutte le nostre odierne società liberal-democratiche a partire dalla loro moderna istituzione.

Tuttavia, che la via d'uscita non sia così semplice e che esista, invece, un carattere problematico e addirittura paradossale tutto inerente al rapporto fra giustizia e misericordia è possibile tenerlo fermo alla luce di una riflessione volta a sottolinearne i reciproci rimandi e le (più o meno esplicite) commistioni.

Il riferimento all'anno giubilare indetto da Francesco può essere preso, perciò, come ottimo espediente per tornare ad enfatizzare l'incapacità di tenuta di una logica di stampo esclusivamente contrattualista, al fine di farne emergere le linee d'ombra ed introdurne all'interno il necessario intervento di elementi riconducibili ad una semantica eccedente: quella dell'amore, del perdono o anche, appunto, della misericordia. Tentativi del genere – importanti e fecondi – sono stati effettuati magistralmente da autrici ed autori come Simone Weil, Emmanuel Lévinas, Paul Ricoeur, Jacques Derrida e Jean-Luc Marion, giusto per citare solo alcuni fra i grandi nomi che hanno portato avanti una riflessione critica nei confronti di una nozione di giustizia di matrice semplicemente liberal-procedurale<sup>4</sup>. A prescindere dai vari percorsi che queste grandi figure del pensiero contemporaneo hanno messo in campo, quello che c'è da segnalare come punto di base a loro comune è questo: il contratto, in quanto ciò che è posto in essere da individui fallibili («peccatori») per il fatto della loro irriducibile finitudine, non può realizzarsi in misura compiuta attraverso procedure d'ottemperanza a una giustizia assoluta. Questo implicherebbe, infatti, pretendere il superamento finale della contingenza stessa che lo crea. Da qui ne viene la necessaria esposizione o apertura ad una dismisura

---

<sup>4</sup> Al riguardo, si vedano soprattutto, SIMONE WEIL, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris, 1949; EAD., *Étude pour une déclaration des obligations envers l'être humain. Profession de foi*, in EAD., *Écrits de Londres et dernières lettres*, Gallimard, Paris, 1957, pp. 74-84; EMMANUEL LÉVINAS, *Autrement qu'être ou Au-delà de l'essence*, Nijhoff, La Haye, 1974; PAUL RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Ed. du Seuil, Paris, 1990; ID., *Amour et justice*, Ed. Du Seuil, Paris, 2008; JACQUES DERRIDA, *Donner le temps. I. La fausse monnaie*, Galilée, Paris, 1991; ID., *Force de loi: le «fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994; ID. (avec ANNE DUFOURMANTELLE), *De l'hospitalité*, Calmann-Lévy, Paris, 1997; JEAN-LUC MARION, *Étant donné. Essai d'une phénoménologie de la donation*, PUF, Paris, 1997; ID., *Le phénomène érotique. Six méditations sur l'amour*, Grasset & Fasquelle, Paris, 2003.

che lo contempera, integra, decostruisce e che rinvia ad un oltre, ad un eccesso rispetto ad esso: la possiamo chiamare – come già anticipato – logica dell'amore, del per-dono, della misericordia.

Per quanto però una tale questione sia assolutamente fondamentale e ricca di conseguenze, non è qui su di essa che intendo soffermarmi. Quanto mi preme fare, invece, è condurre il discorso oltre ed indicare un altro aspetto della riflessione che oggi forse più che mai, nella sua innegabile urgenza, interpella assieme entrambe le tendenze, sia quella di un amore iperbolico sia quella di una giustizia contrattualmente normalizzata. E, cosa importante, le accomuna in una condivisa forma di impreparazione o, se vogliamo, di (più o meno interessata) pigrizia. L'urgenza in questione è quella che chiama in causa un'interrogazione che sposta i riflettori dalla relazione altruisticamente o contrattualisticamente intesa per il presente e per i prossimi a quella rivolta invece al futuro e ai lontani. Peraltro un'interrogazione del genere svela tutto il suo carattere intrinsecamente inerente agli interessi pastorali predominanti di Papa Bergoglio, non appena si coglie l'intimo rapporto fra l'appena menzionata questione dei futuri e la tematica dell'emergenza ambientale al centro dell'Enciclica dedicata alle sorti del nostro pianeta quale *casa comune*<sup>5</sup>.

Ma chiediamoci: che cosa vi è di paradigmaticamente rilevante e anche di problematico nella questione relativa al rapporto misericordia-giustizia una volta che la si visioni a partire dalla prospettiva eminentemente etico-temporale delle generazioni future? Fondamentalmente questo: mentre nel caso della relazione con l'altro presente *hic et nunc*, meritevole o immeritevole d'attenzione che sia, si è sempre rimandati alla possibilità di scegliere (in aderenza ad un atteggiamento misericordioso) o di ritrarsi dallo scegliere (in adempimento ad una logica strettamente contrattuale) una donazione iperbolica o una prestazione altruistica, molto più spinosa si presenta la questione quando ci si trova di fronte alla relazione con un altro futuro, che ancora non esiste e rispetto al quale, come nel caso di un futuro remoto, neppure se ne avverte vagamente il pressante richiamo alla responsabilità. Una questione del genere mette la razionalità etica, politica e giuridica di fronte a una trascendenza dell'altro di carattere iperbolico e, forse, proprio per questo, davvero trascendente.

Una questione del genere, come oramai apprendiamo da diverse fonti, non può però più essere relegata soltanto a un mero esercizio speculativo. Al contrario, l'urgenza di affrontarla in modo serio e risoluto si presenta come compito improcrastinabile in ogni ambito del dibattito pubblico. Affiorano sempre più numerosi e drammatici gli eventi che ne testimoniano la portata

---

<sup>5</sup> Cfr. FRANCESCO (PAPA), *Lettera Enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Edizioni San Paolo, Roma, 2015.

concreta. Basti pensare, per esempio, con buona pace per le scuole detrattive<sup>6</sup>, al mutamento climatico forse già inarrestabile e al carico delle sue nefaste conseguenze per l'avvenire, a meno di non investire in tempi brevi ed in modo deciso la tendenza delle politiche attuali. È diventato perciò un vero e proprio imperativo eco-morale – come oramai udiamo dappertutto – progettare uno sviluppo sostenibile e volto a proteggere quel patrimonio di biodiversità tale da garantire ai nostri successori, ma anche agli abitanti del pianeta in un futuro lontano, una vita degna d'essere vissuta.

La questione di fondo che quindi affiora è se, a fronte di una così diffusa ed estesa percezione di un richiamo alla responsabilità per il futuro, i nostri atteggiamenti e dispositivi etici, politici e giuridici siano davvero in grado di affrontarne il compito a cui esso rimanda.

Ma è proprio in risposta a tale questione che, a mio avviso, con le dovute eccezioni del caso, tanto l'atteggiamento fondato su una logica della giustizia contrattuale quanto la propensione all'altruismo o ad una prassi improntata alla misericordiosa sembrano non fornire gli strumenti adatti.

Perché questo? Con licenza di qualche semplificazione, mi pare la difficoltà di fondo sia proprio circoscrivibile a quella richiamata poc'anzi: l'appello alla responsabilità per esseri futuri non trova collocazione adeguata entro una semantica tutta incentrata sul qui e ora del *presente*: si tratti tanto della presenza di un altro a cui si deve qualcosa in ottemperanza ad obblighi di giustizia fondati sulla simmetria e reciprocità contrattuale, quanto alla presenza di un altro al cui appello si risponde con atteggiamento misericordioso vuoi religiosamente ispirato vuoi ancora improntato ad un più sobrio e secolarizzato altruismo. Qui la portata della trascendenza etica sembra – mi si perdoni il gioco di parole – trascendere la modalità ed estensione attraverso cui abbiamo finora pensato alla trascendenza medesima.

Come affrontare allora in modo radicale la questione di un obbligo genuinamente rivolto al futuro e ai futuri? Quale spazio di cittadinanza hanno nelle nostre prospettive di giustizia, ma anche di misericordiosa sollecitudine, gli abitanti del pianeta di un avvenire remoto? Queste sono domande non più rinviabili al futuro, perché ora è proprio il futuro che chiama: se non cambiamo subito rotta, dotandoci di strumenti giustificativi ed istituzionali all'altezza, a questi futuri resterà l'unica prospettiva di una vita assai più povera della nostra, se non addirittura un'esistenza poco più che degna di essere vissuta. In fondo è esattamente questa una delle preoccupazioni di fondo che, come

---

<sup>6</sup> Cfr. NAOMI ORESKES, ERIK M. CONWAY, *Merchants of Doubt: How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming*, Bloomsbury Press, New York, 2010.

sopra richiamato, soggiace all'Enciclica d'esordio di Papa Francesco<sup>7</sup>.

## 2. *Questioni di fondo: le sfide aperte della responsabilità per le generazioni future*

La questione guida recita: un'etica del futuro è conciliabile con un'etica fondata sul presente? Oppure la prima mette radicalmente in scacco la semantica strutturale della seconda, segnalando così l'esigenza di un cambio di prospettiva radicale? Un tale interrogativo è assai complesso e mi consente di indicare qui soltanto una traiettoria semplificata di risposta.

Mettiamola così: il dibattito sul problema della giustificazione di obblighi nei confronti delle generazioni future – dibattito che, per sua stessa natura, non affonda le radici in un passato troppo lontano<sup>8</sup> –, ci consegna, in generale, tante soluzioni diverse<sup>9</sup>, eppure una medesima inquietudine di fondo: ogniqualvolta in esso si cerca di rispondere all'appello del futuro, si ricorre

---

<sup>7</sup> Ma la preoccupazione nei confronti delle generazioni future si registra anche nella più recente esortazione apostolica: FRANCESCO (PAPA), *Gaudete et exsultate. Esortazione apostolica sulla chiamata alla santità nel mondo contemporaneo*, Ancora, Milano, 2018, §§ 99, 102.

<sup>8</sup> Nonostante la ricerca etica si sia costantemente concentrata, lungo l'intero arco della sua tradizione, sulle conseguenze delle azioni umane, non deve sorprendere che una riflessione vera e propria sulla questione di una responsabilità intergenerazionale sia potuta emergere soltanto in un passato piuttosto recente. In effetti, è stato soltanto con la progressiva ed accresciuta presa di coscienza del potere della tecnica e della sua capacità di influire sotto diversi profili ed in modo irreversibile sul futuro del genere umano e sulla sua possibilità di soggiornare degnamente su questo pianeta ad imporre un'interrogazione specifica a tal riguardo. Così sono stati, alla fine degli anni Sessanta e inizio anni Settanta, gli studi pionieristici di JAN NARVESON (*Utilitarianism and New Generations*, in *Mind*, n. 76, 1967, pp. 62-72), JOHN RAWLS (*A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge MA- London UK, 1971), MARTIN P. GOLDING (*Obligations to Future Generations*, in ERNEST PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities to Future Generations. Environmental Ethics*, Prometheus Books, Buffalo NY, 1981, pp. 61-72), PETER LASLETT (*The Conversation between the Generations*, in PETER LASLETT, JOHN FISHKIN (eds.), *Philosophy, Politics, and Society, Fifth Series*, Basil Blackwell, Oxford, 1979, pp. 36-56) e HANS JONAS (*Technology and Responsibility: Reflections on the New Tasks of Ethics*, in *Social Research*, n. 40, 1, 1973, pp. 31-54; ID., *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1979), a riconoscere, per la prima volta, un posto peculiare alla questione di una responsabilità intergenerazionale e, di conseguenza, a sollevare in relazione ad essa la necessità di rispondere ad una sfida dal carattere teorico del tutto inedito. Tracce di una interrogazione etico-filosofica sul tema del futuro si trovano però anche negli anni Cinquanta, soprattutto grazie all'opera di KARL JASPERS (*Die Atombombe und die Zukunft des Menschen. Politisches Bewußtsein in unserer Zeit*, Piper, München, 1958) e GÜNTHER ANDERS (*Die Antiquiertheit des Menschen*, Bd. 1: *Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, Beck, München, 1956).

<sup>9</sup> Per una ricostruzione e disamina delle più importanti teorie sulla giustizia intergenerazionale mi permetto di rinviare al mio studio: FERDINANDO G. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2016.

sempre allo strumento di una estensione del paradigma della presenza; ma, così facendo, ci si scontra con un inevitabile fallimento<sup>10</sup>, a meno di non accogliere l'ingiunzione stessa da parte del futuro come un'intuizione morale che, però, a rigore, risulta problematica e stridente con l'opzione di una morale votata ai contemporanei e ai prossimi. Questo accade sia per prospettive etiche strettamente contrattualistiche, che, alla fine, si trovano ad affrontare una spaccatura fra giustizia intragenerazionale ed intergenerazionale, sia anche per prospettive che, trasgredendo la logica del contratto, si orientano ad un atteggiamento di risposta improntato a un sentimento morale di altruismo o di amore del prossimo. In queste ultime impostazioni, infatti, il prossimo risulta, in ultima analisi, troppo prossimo<sup>11</sup>, producendo così lo spazio del dilemma: misericordia per chi? Deve trattarsi di una misericordia intragenerazionale o di una misericordia di carattere intergenerazionale?

Ma scendiamo più nel dettaglio. La teoria contrattualista<sup>12</sup> prevede fra le sue premesse fondamentali l'esistenza di soggetti orientati al perseguimento dell'interesse personale, in un rapporto di reciprocità e compresenza, e tali dunque da essere in grado di stipulare un accordo e rivendicare il rispetto di obblighi nei confronti delle controparti. Le generazioni future, tuttavia, sono caratterizzate precisamente dal fatto di non esistere ancora, a meno che non si voglia intendere per generazioni future quelle che si intersecano con quelle presenti. Così facendo, però, come è stato notato da diversi studiosi<sup>13</sup>, il tenore problematico stesso della questione, più che affrontato, verrebbe stravolto, poiché il problema etico vero e proprio riguardante la trascendenza del fu-

---

<sup>10</sup> Su questa problematica strutturale si vedano: BRIAN BARRY, *Justice Between Generations*, in PETER M.S. HACKER, JOSEPH RAZ (eds.), *Law, Morality, and Society*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 268-284; Id., *Circumstances of Justice and Future Generations*, in RICHARD I. SIKORA, BRIAN BARRY (eds.), *Obligations to Future Generations*, Temple University Press, Philadelphia, 1978, pp. 204-248; ANNETTE BAIER, *The Rights of Past and Future Persons*, in *Responsibilities to Future Generations*, cit., pp. 171-189; MASAYA KOBAYASHI, *Atomistic Self and Future Generations: A Critical Review from an Eastern Perspective*, in TAE-CHANG TIM, ROSS HARRISON (eds.), *Self and Future Generations: A Revolutionary Solution to the Non-Identity Problem*, The White Horse Press, Cambridge UK, 1999, pp. 7-61; BRUCE AUERBACH, *Unto the Thousandth Generation. Conceptualizing Intergenerational Justice*, Peter Lang, New York et al., 1995 (in part. pp. 217 s.); e, in tempi più recenti, STEPHEN GARDINER, *In Defense of Climate Ethics*, in Id., DAVID A. WEISBACH, *Debating Climate Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 38 ss.

<sup>11</sup> Cfr. WILLIS JENKINS, *The Future of Ethics. Sustainability, Social Justice, and Religious Creativity*, Georgetown University Press, Washington DC, 2013, pp. 285 ss.

<sup>12</sup> Tra le teorie contrattualiste più influenti in ambito di responsabilità intergenerazionale cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., §§ 4, 24 e 44; DAVID GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

<sup>13</sup> Cfr. BRIAN BARRY, *Circumstances of Justice and Future Generations*, cit.; STEPHEN GARDINER, *A Perfect Moral Storm. The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 123, 170-174.

turo verrebbe impropriamente ridotto a quello di una responsabilità vicaria comunque riconducibile alla semantica immanente al presente. Pertanto, se si tiene fermo il fatto che il concetto di generazioni future implica generazioni davvero non ancora esistenti e appartenenti a un futuro remoto, allora la sfida teorica che si pone alla prospettiva contrattualista è che tali generazioni, a differenza di quanto accade in una situazione contrattuale vera e propria, sono per principio impossibilitate a negoziare, ad accordarsi e a rivendicare diritti.

A questo primo ostacolo, che può essere definito ostacolo della non-esistenza dei soggetti futuri, se ne aggiunge un altro, quello dell'asimmetria. Infatti, l'altro rilievo problematico che emerge nell'impostazione contrattualista della questione intergenerazionale è quello dell'evidente disparità fra il potere che la generazione attuale ha di incidere sul destino delle generazioni future e l'assente, se non pressoché insignificante, capacità di influenza di quest'ultime sulla prima. Questa impossibilità di mettere in reciprocità e simmetria i soggetti rappresenta, dunque, un ulteriore ostacolo all'impostazione contrattualista. Ne deriva, in ultima analisi, una incapacità di fondo da parte dell'approccio contrattualista ad accogliere una genuina giustificazione per obblighi di carattere intergenerazionale.

Le cose non cambiano poi di molto se ci si riferisce all'impostazione di un altruismo, spesso fondato su base giusnaturalista tanto nella sua versione più teologicamente ispirata, quanto in quella più moderatamente secolarizzata<sup>14</sup>. Quali che siano le modulazioni di questa prospettiva, il punto spinoso che essa non risolve – come a ragione rileva il teologo statunitense Willis Jenkins<sup>15</sup> – è che essa spinge comunque e necessariamente ad una ferma preferenza dei presenti rispetto ai futuri, oscurando così l'urgenza di porsi seriamente la questione di una giustizia distributiva di carattere intergenerazionale. Ma io aggiungerei anche quella di una misericordia rivolta al futuro. In effetti, se la logica predominante rimane quella dell'opzione per il povero attuale rispetto all'attenzione per il povero futuro o non ancora esistente, allora anche per la dismisura della misericordia, alla fine, si trova una misura: la misura del presente e la corrispettiva perdita di forza etica del futuro.

In tal senso, vuoi per una curiosa coincidenza oppure per un più o meno intenzionato invito ad una riflessione tutta ancora da esplicitare, la prossimità

---

<sup>14</sup> Un approccio giusnaturalista alla questione della responsabilità intergenerazionale può essere rintracciato, con accentuazioni e traiettorie diverse, nei seguenti autori: HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, cit.; EMMANUEL AGIUS, *The Rights of Future Generations. In Search of an Intergenerational Ethical Theory*, Catholic University of Leuven, Leuven, 1986; HENDRIK P. VISSER 'T HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, Kluwer, Dordrecht, 1999.

<sup>15</sup> Cfr. WILLIS JENKINS, *The Future of Ethics*, cit., cap. 7.

temporale – come abbiamo già indicato – fra l’indizione del giubileo straordinario sulla misericordia e l’uscita dell’enciclica *Laudato si’* – in cui il tema ecologico evoca chiaramente l’aspetto intergenerazionale – ci consegna più che mai un interrogativo pressante: se davvero vogliamo fare entrare nella «*casa comune*» anche gli abitanti del pianeta di un futuro lontano, non è necessario pensare in modo radicale una misericordia non appiattita sul predominio del presente?

Ed è forse qui che, paradossalmente, il rapporto fra giustizia e misericordia potrebbe ribaltarsi rispetto a quanto indicato all’inizio: cioè non è più soltanto l’intervento di un senso di misericordia ad entrare in gioco per indicare i limiti – e sopperire alle mancanze – di una giustizia fondata sulla sola reciprocità e simmetria degli interessi, ma ora può ben essere anche un rinnovato senso di giustizia attento al richiamo dei futuri a consegnare alla misericordia stessa una dismisura più ampia, disancorandola da una visione unilaterale di donazione per alterità soltanto presenti.

### 3. *Imbarazzi della politica e del diritto di fronte alla responsabilità per il futuro*

Tutta questa problematicità prodotta dal predominio di una semantica incentrata sulla temporalità presente non può che trovare riflessi analoghi, non appena ci si sposta all’ambito prettamente politico e giuridico della questione.

In effetti, uno dei più incalzanti rimproveri che diversi autori hanno mosso al meccanismo democratico è precisamente quello di non riuscire a rispondere adeguatamente all’emergenza ambientale ed intergenerazionale a causa del presentismo che lo avviluppa e che non risulta soltanto dalle consuete cattive pratiche di governi primariamente interessati ad implementare politiche di una portata temporale straordinariamente ristretta al fine di incassarne il profitto in termini di successivi riscontri elettorali. Si tratta, piuttosto, di un presentismo democratico più profondo, poiché radicato nella natura stessa del dispositivo della sovranità popolare ed auto-determinazione collettiva, cioè quello di un esercizio del potere dei cittadini presenti che non può che essere fondamentalmente orientato al presente comune e a favore dei presenti qui e ora<sup>16</sup>. In ambito intergenerazionale, la democrazia si tramuta, così, per dirla

---

<sup>16</sup> Cfr. DENNIS THOMPSON, *Representing Future Generations: Political Presentism and Democratic Trusteeship*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, n. 13, 1, 2010, pp. 17-37; STEPHEN GARDINER, *A Perfect Moral Storm*, cit., pp. 143 ss.; ID., *In Defense of Climate Ethics*, cit., pp. 25 ss.; DALE JAMIESON, *Reason in a Dark Time. Why the Struggle against Climate Change Failed – and What It Means for our Future*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 96; JONATHAN BOSTON, *Governing for the Future. Designing Democratic Institutions for a Better Tomorrow*, Emerald,

con Stephen Gardiner, in una «*tirannia dei contemporanei*»<sup>17</sup> che finisce per esercitare «*una profonda e sistematica ingiustizia*»<sup>18</sup> nei confronti delle generazioni future.

A questa valutazione si può poco obiettare. Essa si sostanzia, però, non soltanto alla luce di politiche ambientali che troppo a rilento cercano di affrontare l'emergenza ecologica che incombe su di noi e sui nostri successori. Piuttosto, trova conferma anche nelle politiche economiche e di *welfare* attuali, che continuano imperterrite a far gravare in modo preponderante gli oneri sulle prossime generazioni pur di non sacrificare più di tanto i benefici riservati a quelle attuali. Chiaramente si può opinare, nello specifico, sull'efficacia o meno di concreti dispositivi messi in campo da politiche di risparmio o *austerity*, come oggi avviene largamente in seno al dibattito europeo. Ciò su cui, però, a mio avviso, meno si può (o si dovrebbe) dibattere è la pertinenza medesima di trovare misure concrete tali da ottemperare agli obblighi di natura economica nei confronti di individui futuri. Quello che già John Rawls, nel 1971, nei capitoli del suo *opus magnum A Theory of Justice* dedicati alle generazioni future, definiva nei termini di un «*principio di giusto risparmio*»<sup>19</sup>. A chi fugge o intende aggirare *in toto* l'urgenza di una tale questione resta, a prescindere da tutte le fini retoriche giustificative, una sola strada, quella di dover ammettere – forse con un po' di vergogna – di aderire, in fondo, alla logica espressa dal celebre *refrain* di Groucho Marx, allorquando, con la sua proverbiale ironia, esclamava: «*Future generations? Why should I care about future generations? What have they ever done for me?*».

In ambito giuridico è probabilmente possibile affrancarsi più facilmente di un tale pudore fin dall'inizio grazie a quella possibilità di giustificazione che deriva dalla sua più rigida struttura procedurale che ne cristallizza le dinamiche. Proiettandoci, infatti, all'interno di un tale contesto e del relativo discorso calibrato attorno al rapporto che i consociati intrattengono fra di loro in termini di diritti e correlativi obblighi, subito si coglie la misura assai limitata con cui può essere accolta la trasgressione del presentismo a favore di obblighi intergenerazionali<sup>20</sup>. L'ammissione di eventuali diritti per le generazioni future imporrebbe, infatti, quella che Gustavo Zagrebelsky chiama la «*rottura*

---

Bingley, 2016, capp. 1-4.

<sup>17</sup> STEPHEN GARDINER, *In Defense of Climate Ethics*, cit., p. 26.

<sup>18</sup> TIMOTHY CLARK, *Towards a Deconstructive Environmental Criticism*, in *Oxford Literary Review*, n. 34, 2012, p. 45.

<sup>19</sup> JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 44.

<sup>20</sup> Cfr. WILFRED BECKERMAN, *The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice*, in JÖRG TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 53-71.

della contemporaneità» stessa su cui si fonda «la vigenza delle norme [...] del diritto». <sup>21</sup> Presupponendo, così, sempre «un titolare presente» <sup>22</sup>, per funzionare, il diritto costringe il tema dei “Diritti delle generazioni future” <sup>23</sup> a fare da corpo ad esso estraneo. Costringe, insomma, ad una verità tanto semplice dal punto di vista giuridico, quanto irricevibile e (a tratti) ripugnante sotto il profilo di una morale comune. Zagrebelsky la descrive così: «le generazioni future, proprio in quanto tali, non hanno alcun diritto soggettivo da vantare nei confronti delle generazioni precedenti. Tutto il male che può essere loro inferto, persino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro “diritto” in senso giuridico» <sup>24</sup>.

Chiaramente, questa non è l’ultima parola che la scienza giuridica pronuncia sulla questione. Zagrebelsky stesso, a fronte di questi limiti fondamentali, auspica ed indica strade alternative al fine di realizzare quei doveri nei confronti delle generazioni future che, anche per lui, esibiscono un carattere chiaramente irriducibile. Le pieghe del dibattito giuridico al riguardo sono varie e assai complesse; esperti molto più autorevoli di me vi si sono dedicati e ancora vi si dedicano <sup>25</sup>. Mia intenzione è qui soltanto sottolineare nuovamente l’*impasse* fondamentale <sup>26</sup> da cui siamo partiti: l’opzione preliminare improntata al primato di una temporalità presente e dei presenti non riesce a fornire piena legittimazione di una responsabilità genuinamente votata agli abitanti del pianeta in un futuro lontano.

---

<sup>21</sup> GUSTAVO ZABREBELSKY, *Senza adulti*, Einaudi, Torino, 2016, pp. 85-86.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 86.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Sugli aspetti giuridici del tema, si vedano, per lo meno, EDITH BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, United Nation University – Transnational Publishers, Tokyo et al., 1989; AXEL GOSSERIES, *The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity*, in *Ratio Juris*, n. 27, 2014, pp. 528-539; PETER HÄBERLE, *A Constitutional Law for Future Generations – the «Other» Form of the Social Contract: the Generation Contract*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., pp. 215-229; JÖRG TREMMEL, *Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*, in *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., pp. 187-214; LAURA WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations. Law, Environmental Harm and the Right to Health*, Earthscan, London, 2006. In ambito italiano, fondamentali sono le riflessioni di RAFFAELE BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008; ANTONIO D’ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 331-390. Si vedano pure i vari contributi raccolti nel volume: FABIO CIARAMELLI, FERDINANDO G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all’etica e alla politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

<sup>26</sup> Problematicità fondamentale che, in linea con quanto riscontra Zagrebelsky, viene ben delineata anche dal bel saggio di ANTONINO SPADARO, *L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in RAFFAELE BIFULCO, ANTONIO D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 71-111.

Si tratta, in fin dei conti, di una situazione paradossale o comunque piuttosto singolare: il carattere di *trascendenza del futuro*, che costituisce il nucleo stesso della questione di una responsabilità per il futuro e per i futuri, nel momento in cui viene affrontato, si trova ad essere ridotto o totalmente ricondotto a quanto se ne può elaborare a partire da una semantica del presente.

Due sembrano essere allora gli esiti inevitabili a partire da questa situazione di precarietà fondazionale: o insistere ulteriormente sulla cesura presente-futuro, evidenziando così l'impossibilità di un'effettiva presa giustificazionale di etiche e teorie della giustizia basate sulla semantica del presente rispetto a soggetti futuri; oppure permanere comunque ancorati a un'aspirazione fondazionale che, però, non potendo trovare risposta alcuna negli impianti discorsivi a disposizione, non può far altro che trasgredirli mettendo in campo motivi ad essi estrinseci. E proprio sotto questo secondo profilo si schiude il ricorso a un esercizio assai praticato, che fa appello all'istanza ultima di un'intuizione morale quale vera e propria base fondazionale per un'etica rivolta all'umano futuro.

Numerose sono le impostazioni che, con modalità e accentuazioni diverse, esibiscono il ricorso a una tale intuizione morale quale risorsa ultima per un'etica del futuro: da John Rawls<sup>27</sup> a David Gauthier<sup>28</sup> e da Brian Barry<sup>29</sup> a Bruce Auerbach<sup>30</sup>, fino a giungere all'estrema ammissione di Derek Parfit il quale, nonostante aver fornito l'argomentazione più poderosa contro la giustificabilità di una responsabilità intergenerazionale – il celebre *Non-Identity Problem* –, conclude il proprio discorso lanciando comunque l'invito a trovare controargomenti migliori del suo al fine di accogliere quello che sembra permanere, anche per lui, un appello alla responsabilità di carattere ineludibile<sup>31</sup>.

Il problema spinoso, tuttavia, è che in ciascuna delle impostazioni appena citate, l'istanza dell'intuizione morale si rivela, in ultima analisi, incoerente con l'impianto di volta in volta messo in campo. Articolandosi in fondo nel richiamo a una responsabilità incontrovertibile, oltre ragioni, interessi e calcoli fondati sul presente, un'intuizione del genere in effetti non trova una collocazione adeguata nella struttura argomentativa di tali teorie e le costringe inevitabilmente a contraddizioni interne insuperabili.

Ne consegue, pertanto, che l'adeguata e genuina accoglienza del nucleo fondamentale di siffatta intuizione morale, ossia l'appello a una responsabilità

---

<sup>27</sup> Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., §§ 4, 24, 44.

<sup>28</sup> Cfr. DAVID GAUTHIER, *Moral by Agreements*, cit., pp. 16, 303.

<sup>29</sup> Cfr. BRIAN BARRY, *Justice Between Generations*, cit., pp. 276, 284.

<sup>30</sup> Cfr. BRUCE AUERBACH, *Unto the Thousandth Generation*, cit., p. 209.

<sup>31</sup> Cfr. DEREK PARFIT, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 444, 451 ss.

radicale e originaria verso il futuro e verso individui futuri, debba essere ricercata necessariamente in un'impostazione filosofica radicalmente altra, la quale deve collegarsi, inoltre, ad una necessaria conversione etico-antropologica atta a sorreggerla ed implementarla.

#### 4. *Qualche spunto di stampo fenomenologico*

Si tratta, in ultima analisi, di un ribaltamento di prospettiva: per accogliere in modo radicale l'appello ad una responsabilità nei confronti dei futuri, è necessario abbandonare la strada fondativa che cerca di estendere il presente al futuro ed intraprendere il percorso di un'etica che trasgredisce il primato del presente attraverso l'appello dell'alterità del futuro stesso. Affiora qui una visione della responsabilità che, invece, di essere basata sull'*ora e qui* di un tempo e luogo presenti e dei presenti, si rivolge piuttosto alla trasgressione diacronica di un tempo altro da cui attinge la sua stessa propulsione motivazionale.

Questa prospettiva, per quanto speculativa possa sembrare, tale non è. E non lo è in particolar modo se, in compagnia di autori come Emmanuel Lévinas<sup>32</sup>, Jacques Derrida<sup>33</sup> e Bernhard Waldenfels<sup>34</sup> lungo la traiettoria dell'etica fenomenologica, ma già anche Simone Weil<sup>35</sup>, Karl Jaspers<sup>36</sup> e Günther Anders<sup>37</sup> sotto altri profili, ci rivolgiamo ad un certo modo alternativo di configurare l'esperienza dell'obbligo morale: un obbligo non primariamente fondato sulla razionalità degli interessi, delle ragioni o della correlazione a diritti, ma costitutivamente incentrato su un appello radicale dell'altro che ci *chiama* incondizionatamente *dal futuro* ad essere responsabili prima ancora che la macchina delle ragioni e degli interessi presenti si metta in moto. Un'esperienza del genere, lungi dall'essere astratta, si mostra estremamente vissuta proprio se calata – e non è un caso – nel contesto della questione intergenerazionale, in cui l'estrema concretezza sta nel semplice fatto che, là dove finiscono le ragioni, gli interessi e gli obblighi correlati a diritti da parte dei presenti nei confronti dei futuri, non per questo si spegne però il senso profondo di responsabilità e il richiamo alla giustizia.

---

<sup>32</sup> Si veda soprattutto EMMANUEL LÉVINAS, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, Nijhoff, La Haye, 1961.

<sup>33</sup> Cfr. JACQUES DERRIDA (avec ANNE DUFOURMANTELLE), *De l'hospitalité*, cit.

<sup>34</sup> Cfr. BERNHARD WALDENFELS, *Schattenrisse der Moral*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2006.

<sup>35</sup> Cfr. SIMONE WEIL, *L'enracinement*, cit.

<sup>36</sup> Cfr. KARL JASPERS, *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. GÜNTHER ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, cit.

Pone tuttavia grandi difficoltà comprendere i termini in cui la relazione etica con l'alterità futura e del futuro possa trasgredire la preminenza del presente. In che senso, infatti, la trascendenza del futuro può sottrarsi alla presa del presente, risultando così in un'effrazione etica esercitata da quest'ultimo? A mio avviso, la chiave di volta sta qui nel capire e nell'insistere sul fatto che un'autentica dimensione ingiuntiva o d'appellatività etica non investe esclusivamente il presente, ma anche il futuro<sup>38</sup>; non soltanto l'altro presente al mondo, ma anche l'altro di cui non vi è ancora traccia.

Insomma, per quanto intuitivamente difficile da raffigurarsela, una forma d'ingiunzione provocata dal futuro deve essere assolutamente contemplata. Soltanto così ci si mette in grado di cogliere i termini in cui la trascendenza stessa del futuro detiene una forza tale da irrompere nel nostro presente richiamandoci ad una responsabilità verso di essa e da trasgredire, così, l'estensione di una giustizia o misericordia limitata soltanto al prossimo.

Una tale ingiunzione del futuro, per essere interpretata in modo originario e radicale, non può essere però intesa come il mero risultato di una prestazione immaginativa da parte del soggetto (nella sua presenza a sé)<sup>39</sup>. Ciò ripristinerebbe infatti una tirannia del presente etico. Al contrario, essa deve essere compresa come una vera e propria richiesta che irrompe nel presente a partire dal futuro stesso e a cui, di conseguenza, corrisponde la provocazione di una risposta nei termini di una proiezione sollecitata (e non costruita) verso di esso<sup>40</sup>.

Non è un caso, dunque, che anche in ambito di letteratura utopica, distopica o generalmente catastrofista, quali esercizi di estensione dell'immaginazione, diversi studiosi abbiano riscontrato questo aspetto non tanto di mera costruita figurazione, quanto piuttosto di sollecitata proiezione – insomma di una sollecitazione futurica che unicamente a partire dal suo aspetto di ricettivo *pathos* può fornire adeguata giustificazione circa il continuo e seduttivo ritorno sul tema<sup>41</sup>.

Esattamente in questa prospettiva, siamo in grado di cogliere anche i mo-

---

<sup>38</sup> Cfr. JACQUES DERRIDA, *Spectres de Marx. L'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*, Galilée, Paris, 1993, in part. pp. 13 ss.; BERNHARD WALDENFELS, *Schattenrisse der Moral*, cit., cap. 10.

<sup>39</sup> Cfr. JACQUES DERRIDA, *Force de loi*, cit., pp. 57 ss.

<sup>40</sup> Cfr. AVNER DE-SHALIT, *Why Posterity Matters. Environmental Policies and Future Generations*, Routledge, London – New York, 1995, p. 18.

<sup>41</sup> Cfr. *ibidem*; WILLIS JENKINS, *The Future of Ethics*, cit., p. 288. In argomento si vedano soprattutto: HICHAM-STÉPHANE AFEISSA, *La fin du monde et de l'humanité. Essai de généalogie du discours écologique*, PUF, Paris, 2014 e JAMES BERGER, *After the End. Representations of Post-Apocalypse*, University of Minnesota Press, Minneapolis – London, 1999.

tivi profondi per cui già autori come i già citati Günther Anders e Karl Jaspers possono affermare, a ragione, che l'appello del futuro non è un qualcosa che produciamo noi contemporanei a bella posta, ma è ciò che ci *costringe* a «esercizi di estensione [...] della fantasia morale»<sup>42</sup>, invocando altresì una vera e propria rivoluzione etico-antropologica<sup>43</sup>.

È proprio a questo futuro con valenza appellativa ed etica costitutiva e non semplicemente supplementare che, in modi diversi (eppure per certi versi affini), pensatori come Franz Rosenzweig<sup>44</sup>, Emmanuel Lévinas<sup>45</sup>, e anche Vladimir Jankélévitch<sup>46</sup> hanno espressamente dedicato le loro riflessioni. Ma ancor prima di tutti questi autori è stato, innanzitutto, Friedrich Nietzsche a costruire attorno alla figura del suo *Zarathustra* uno dei primi sostenitori di un'etica di carattere squisitamente intergenerazionale. E ciò avviene proprio allorché pronuncia il suo grande monito: «Più elevato dell'amore del prossimo è l'amore del remoto e futuro»<sup>47</sup>.

Questo senso d'obbligo e sentimento d'amore per il futuro, qui evocato con sorprendente carattere profetico, detiene oggi una rilevanza epocale, la cui altissima e concreta posta in gioco è la sopravvivenza stessa del pianeta.<sup>48</sup> Di questo senso d'obbligo ne dobbiamo fare qualcosa, a meno di non voler proprio imitare gli ultimi uomini della celebre scena con cui Nietzsche apre il medesimo testo. Sì, esattamente quando costoro, all'altrettanto epocale e tragico annuncio della morte di Dio, rispondono facendo finta di niente e

---

<sup>42</sup> GÜNTHER ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, cit., p. 274. Simile è la riflessione della teologa britannica Rachel Muers, la quale, alla luce del difficile compito di pensare una responsabilità per le generazioni future, afferma esattamente che «the imagination must stretch with difficulty, to thinking about people who exist beyond the boundaries of any given moral community – outside <this world>» (RACHEL MUERS, *Living for the Future. Theological Ethics for Coming Generations*, T&T Clark, London, 2008, p. 19, corsivi aggiunti).

<sup>43</sup> Cfr. KARL JASPERS, *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen*, cit., p. 22.

<sup>44</sup> Cfr. FRANZ ROSENZWEIG, *Der Stern der Erlösung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1988; ID., *Das neue Denken. Einige nachträgliche Bemerkungen zum «Stern der Erlösung»*, in ID., *Das Ich entsteht im Du. Ausgewählte Texte zu Sprache, Dialog und Übersetzung*, Alber, Freiburg i.B., 2013, pp. 109 ss.

<sup>45</sup> Cfr. EMMANUEL LÉVINAS, *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Grasset, Paris, 1991, pp. 143-164, 177-197, 235-246.

<sup>46</sup> Cfr. VLADIMIR JANKÉLÉVITCH, *Le Je-ne-sais-quoi et le Presque-rien*, tome 3: *La volonté de vouloir*, Ed. du Seuil, Paris, 1980.

<sup>47</sup> FRIEDRICH NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, in ID., *Werke*, KSA (Kritische Studienausgabe), Bd. 4, hrsg. von GIORGIO COLLI, MAZZINO MONTINARI, De Gruyter, Berlin – New York, 1980, p. 77.

<sup>48</sup> Profetico si rivela essere, peraltro, il passo appena citato non appena lo si contestualizza nell'odierna controversia fra un'etica ambientale di ascendenza antropologica e una *deep ecology* di chiaro stampo planetario. Se si legge appena oltre nel testo, si trova scritto infatti: «Più elevato dell'amore per gli uomini è l'amore per le cose e gli spettri» (*ibidem*).

limitandosi ad una strizzata d'occhio. Non voglio dilungarmi qui in ulteriori e curiosi parallelismi, là dove, per esempio, sempre nella scena or ora citata, Zarathustra dipinge l'ambiente costruito dall'ultimo uomo in un modo che qualche ombra inquietante la getta sul nostro presente. Così egli esclama: «*La terra allora sarà diventata piccola e su di essa saltellerà l'ultimo uomo, quegli che tutto rimpicciolisce. [...] [L'ultimo uomo] ama anche il vicino e a lui [...] si strofina*»<sup>49</sup>.

##### 5. Responsabilità che irrompe dall'altrove: dalla misericordia alla resistenza etica

Certamente, l'obiezione che potrebbe essere avanzata ad un'etica che affonda le sue radici nel futuro è quella di sacrificare, in ultima analisi, il presente stesso, riproponendo così una forma di ingiustizia o mancanza di misericordia in modalità rovesciata. Non escludo che una tale obiezione possa avere una sua qualche giustificabilità, come già Nicolai Hartmann nella sua ponderosa *Ethik* non aveva difficoltà ad ammettere: «*L'amore per i remoti [...] non è giusto e nemmeno può esserlo*»<sup>50</sup>. E ancor meno escludo il fatto che un'etica sollecitata dal futuro imponga – come già Karl Jaspers rilevava alla luce dell'evento nucleare – una forma di «*sacrificio*»<sup>51</sup> oramai ineludibile dei presenti a beneficio dei futuri. Tuttavia, a fronte di tutto questo, sarebbe bene anche non soprassedere su un effetto che una tale etica del futuro produce e che, forse, in qualche modo, avendo benefiche ricadute su un'etica del presente, provoca certamente l'ingiustizia segnalata dall'obiezione or ora riportata, ma la mitiga anche. Un'etica sollecitata dal futuro ha, infatti, una spiccata capacità di affinare la sensibilità nei confronti della capacità ingiuntiva alla responsabilità proveniente da ciò che non è ancora al mondo; da ciò che ha la forza di interpellarci senza aver neppur ancora lasciato traccia di sé nello spazio della presenza.

Lévinas conferisce a questa dinamica di ingiunzione dell'altro e dell'altro dal futuro la configurazione enigmatica di una «*resistenza etica*»<sup>52</sup>: resistenza esercitata da un «*altrove*»<sup>53</sup>, da una trascendenza, irriducibile ad ogni immanenza.

---

<sup>49</sup> *Ivi*, p. 19 (corsivi aggiunti).

<sup>50</sup> NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, De Gruyter & Co., Berlin, 1949, p. 493.

<sup>51</sup> Cfr. KARL JASPERS, *Die Atombombe und die Zukunft des Menschen*, cit., p. 54 ss.

<sup>52</sup> EMMANUEL LÉVINAS, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Vrin, Paris, 1967, p. 173.

<sup>53</sup> *Id.*, *De Dieu qui vient à l'idée*. Seconde édition augmentée, Vrin, Paris, 1986, p. 103.

Prescindendo da una caratterizzazione escatologico-religiosa, che un tale *topos* senz'altro esibisce e di cui dirò qualcosa alla fine<sup>54</sup>, la cosa importante che qui mi preme mantener ferma è che tale resistenza di cui parla Lévinas non risulta nell'espressione di un potere più forte che ostacola le forze presenti in campo o le forze nel campo della presenza. Ciò implicherebbe di nuovo la predisposizione di un conflitto che si svolge sul piano della presenza, uno schieramento di forze assolutamente riconducibile a quanto, per esempio, un assetto contrattuale e deliberativo può senz'altro accogliere. Una tale resistenza si traduce, invece, in un appello che si fa sentire nel mondo, eppure resta fuori dal mondo: esattamente come quello di un'ingiunzione alla responsabilità verso un futuro che ancora non esiste, eppure, poiché comunque penetra nel mondo<sup>55</sup>, ci inquieta e ci «*sconvolge*»<sup>56</sup> sotto forma di una fastidiosa e ineludibile intuizione morale ad essere responsabili.

Questa resistenza da parte della trascendenza dell'altro futuro che, però, in quanto tale, nulla può contro il potere del presente – tant'è che noi presenti in questo mondo *possiamo* al limite lasciarla inascoltata<sup>57</sup> – è così una sorta di *epoché* o sospensione etica del potere dei presenti e del presente al mondo. Una sospensione tale per cui, sebbene nulla possa, ci rammenta – se e quando l'ascoltiamo – un fatto fondamentale: che dinanzi all'alterità dell'altro semplicemente e letteralmente «non poss[iamo] più potere»<sup>58</sup>. Di fronte all'appello dell'altro, la logica e semantica del potere possono, cioè, fare o disfare quanto vogliono, però, proprio nell'essere indaffarate in tale prassi, rischiano già sempre di non cogliere la concrezione originaria di ciò che lì si sta genuinamente consumando: la dinamica di una nuda e silenziosa ingiunzione che, esattamente nel non poter nulla, ancor di più penetra nel mondo come inaguantabile e sfuggibile ritrosia che ci tocca.

Nel contesto di un'etica intergenerazionale, ne risulta così la penetratività di un appello alla responsabilità che proviene da un *altrove* del futuro e che non implica né onnipotenza né impotenza da parte di una trascendenza che incide escatologicamente sull'immanenza – né possibile ira, né silenzio di Dio<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Approfondimenti sul tema sono reperibili in modo agevole ed acuto in WILLIS JENKINS, *The Future of Ethics*, cit., cap. 7.

<sup>55</sup> Cfr. FERDINANDO G. MENGA, *Was sich der (Ohn-)Macht entzieht: Lévinas' ethischer Widerstand der Transzendenz im Licht einer Zukunftsverantwortung*, in REBEKKA A. KLEIN, FRIEDERIKE RASS (hrsg.), *Gottes schwache Macht. Alternativen zur Rede von Gottes Allmacht und Ohnmacht*, Evangelische Verlagsanstalt, Leipzig, 2017, pp. 67 ss.

<sup>56</sup> EMMANUEL LÉVINAS, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, cit., p. 204.

<sup>57</sup> Cfr. *ivi*, p. 207.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 173.

<sup>59</sup> Riesco soltanto ad accennare qui, senza poterla affrontare, la rilevante incidenza della logica

–, ma nudo e incondizionato ammonimento al potere attraverso il comandamento etico stesso: un comandamento che tanto esorta e sconvolge il potere, quanto neppure lo scalfisce, tant'è che quest'ultimo, se vuole, può benissimo perpetuarsi nella pratica di una «*tirannia dei contemporanei*»<sup>60</sup>, come se nessuna opposizione ad esso si fosse mai palesata.

Così suonano le parole di Lévinas che ben ci illustrano lo sconvolgimento che questo appello provoca e che però nulla può, giacché esso non si gioca affatto dentro l'arena dei poteri di questo mondo: «*Lo sconvolgimento sconvolge l'ordine [di volta in volta dato] senza turbarlo seriamente. Entra in esso in modo talmente impercettibile che vi si è già ritirato, a meno che non lo si trattenga. S'insinua, si ritira ancor prima d'entrare. Resta solo per chi vuole dargli seguito. Altrimenti ripristina subito l'ordine che turbava*»<sup>61</sup>.

Se così stanno le cose, mi chiedo, allora, quanto più una tale sensibilità etica per l'assenza e la ritrosia possa servire oggi per resistere a tutte quelle forme di ingiustizia perpetrate e, al contempo, mascherate proprio nel relegare fuori dal mondo ciò di cui non si vuol ascoltare l'appello<sup>62</sup>. Questi luoghi fuori dal mondo – o meglio, costretti fuori dal mondo della presenza e della visibilità per non scalfire la nostra buona coscienza – sono innumerevoli: dai fondali alla superficie di un Mediterraneo disseminato di corpi, fino a tutti quei non-luoghi in cui l'umano, proprio grazie alla sua a-topia incollocabile ed inosservabile nel mondo, può essere spogliato di tutti i diritti e privato di ogni dignità<sup>63</sup>.

Per dirla allora con Waldenfels, non è forse oggi più che mai di una «tele-

---

escatologica sulla questione delle generazioni future, tema che andrebbe declinato non soltanto in termini filosofici, ma anche in prospettiva teologico-sistemica attraverso un confronto, per lo meno, con autori quali Bultmann, Teilhard de Chardin, von Balthasar, Rahner, Moltmann, Metz, Pannenberg e Ratzinger. Per un'acuta introduzione sulla questione dell'impatto simultaneamente filosofico e teologico del problema escatologico, si veda il bel volume di ANTONIO NITROLA, *Trattato di escatologia*. Vol 1: *Spunti per un pensare escatologico*, San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2001.

<sup>60</sup> STEPHEN GARDINER, *A Perfect Moral Storm*, cit., p. 36. Da questo si capisce bene il motivo per cui Lévinas, in *Totalité et infini*, definisce l'alterità del volto dell'altro, con cui il comandamento etico entra nel mondo, non come ciò che «*sfida la debolezza del mio potere, ma il mio potere di potere* (mon pouvoir de pouvoir)» (EMMANUEL LÉVINAS, *Totalité et infini*, cit., p. 172).

<sup>61</sup> EMMANUEL LÉVINAS, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, cit., p. 208.

<sup>62</sup> Per percorsi d'indagine che, in modo assai convincente, esprimono la ricchezza che il pensiero di Lévinas può offrire alla scienza giuridica, si vedano, in particolar modo, DESMOND MANDERSON, *Proximity, Levinas, and the Soul of Law*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston et al., 2006, e FABIO CIARAMELLI, *La legge prima della legge. Levinas e il problema della giustizia*, Castelvecchi, Roma, 2016.

<sup>63</sup> Riguardo a un'etica della vulnerabilità improntata alla possibilità stessa d'apparizione o non-apparizione sulla sfera pubblica cfr. le fondamentali riflessioni di JUDITH BUTLER, *Violence, Mourning, Politics* in EAD., *Precarious Life. The Power of Mourning and Violence*, Verso, London – New York, 2006, pp. 19-49.

*morale*»<sup>64</sup>, come quella che ci proviene da un'etica improntata alla trascendenza del futuro, che abbiamo bisogno al fine di salvaguardare, per quanto possibile, quelle tracce di assenza che ancora hanno la forza di parlarci (prima che di esse si cancelli ogni traccia)? Mi scorrono qui davanti agli occhi le immagini di un bel documentario dedicato al dramma delle innumerevoli morti a largo dell'isola di Lampedusa (dal titolo mai più azzeccato *Lontano dagli occhi*<sup>65</sup>), in cui il regista, dando voce proprio a quelli che possono essere definiti gli addetti alle tracce – vigili del fuoco, medici legali, funzionari comunali: raccoglitori, identificatori, custodi delle tracce –, lascia trasparire in tutta la sua irriducibilità l'imperativo ultimo – e forse per questo già sempre primo – di un'etica della misericordia. Misericordia però non verso la presenza, non votata ad un essere-al-mondo, ma all'assenza, a tracce nel mondo che non sono mai state propriamente al mondo. Si tratta, insomma, di un'etica che, attraverso il gesto estremo di strappare all'assenza ultimativa, rappresentata da un oblio senza possibilità di lutto, presenze mai registrate al mondo, cerca di restituire a queste ultime traccia di una dignità mai riconosciuta. E questo proprio attraverso il tentativo di preservarne tracce reclamabili.

Mi chiedo, pertanto, in ultima battuta, se non sia, per caso, più che la presenza e la vicinanza, l'assenza e la lontananza dell'altro («*lontano dagli occhi*!»), proprio come quella paradigmatica di un'etica per il futuro, a custodire e preservare la dismisura più genuina della misericordia. Probabilmente solo a partire da questa dismisura a misura di futuro e d'assenza si può essere in grado, poi, di decostruire anche tutti i tentativi di iper-normalizzazione di procedure di giustizia esclusivamente contrattualistiche. Procedure, queste, che si mettono in moto solo là dove l'altro è già collocato e visibile nel mondo, ma poco o nulla sanno dirci sul luogo in cui si gioca il destino stesso di ogni esistenza: il luogo cioè del margine in penombra lungo il quale si articola – volta per volta e mai una volta per tutte – il possibile/impossibile entrare-nel-mondo.

## 6. *A mo' di conclusione. Giudicati dal futuro: incursioni escatologiche*

Questo mi consente di concludere ritornando all'inizio. Nella bolla d'indizione del giubileo straordinario della misericordia si legge: «*Abbiamo sempre bisogno di contemplare il mistero della misericordia. [...] Misericor-*

---

<sup>64</sup> BERNHARD WALDENFELS, *Schattenrisse der Moral*, cit., p. 186.

<sup>65</sup> Come si intuisce, questo titolo gioca con il *refrain* della celebre canzone di SERGIO ENDRIGO, *Lontano dagli occhi, lontano dal cuore*.

dia: è la legge fondamentale che abita nel cuore di ogni persona quando guarda con occhi sinceri il fratello che incontra nel cammino della vita»<sup>66</sup>. E poco più avanti: «Ci sono momenti nei quali in modo ancora più forte siamo chiamati a tenere fisso lo sguardo sulla misericordia»<sup>67</sup>.

Tenendo insieme queste due affermazioni, mi chiedo, in conclusione, se non sia proprio l'epoca attuale uno di quei momenti forti che richiede assieme ad un rinnovato rivolgimento etico all'altro anche un cambio di visuale rispetto ad esso: ovvero, un pensare sì a una misericordia come «incontr[o]» dell'altro «nel cammino della vita», ma anche di un altro declinato al futuro.

È in tal modo che il futuro si fa più che mai non ambito di conquista, ma, in termini genuinamente escatologici, precipitazione che proviene da un'alterità che sospende il nostro potere. È bene richiamare proprio qui quanto già Karl Rahner sosteneva nel suo celebre *Frammento* sul concetto di futuro: «Ma che cos'è allora il futuro? Esattamente il misterioso opposto di ciò che siamo soliti chiamare futuro e che, invero, snaturiamo riducendolo a pezzo di presente attraverso la nostra anticipazione pianificatrice e conoscitrice [...]. Il futuro non è ciò verso cui andiamo, ma ciò che a partire da esso stesso viene a noi incontro»<sup>68</sup>.

Un futuro così connotato si rivela, in altri termini, un venire incontro quale limitazione alla potenza colonizzatrice del presente e dunque «riserva escatologica»<sup>69</sup> – per dirla con Johann Baptist Metz – che, accolta nel tessuto stesso della nostra esperienza, rompe ogni nostra pretesa di possesso, ingenerando con ciò stesso un'espropriazione con immediato carattere etico-politico. Con le parole di Metz: «L'escatologia cristiana non è un'ideologia del futuro, bensì in primo luogo una theologia negativa del futuro. Le è cara la povertà delle sue conoscenze sul futuro. Ciò che la differenzia dalle ideologie futuristiche di provenienza orientale e occidentale non è il fatto che essa sa di più, bensì proprio il fatto che essa sa di meno su questo futuro agognato dell'umanità ed il fatto che essa tiene cara questa povertà»<sup>70</sup>.

L'accoglienza genuina di tale *escathon*, che produce un atteggiamento di vera e propria cura per la «povertà delle [...] conoscenze» nei suoi confron-

---

<sup>66</sup> *Misericordiae Vultus*, cit., § 2 (corsivi aggiunti).

<sup>67</sup> *Ivi*, § 3 (corsivi aggiunti).

<sup>68</sup> KARL RAHNER, *Fragment aus einer theologischen Besinnung auf den Begriff der Zukunft*, in *Id.*, *Zur Theologie der Zukunft*, dtv, München, 1971, p. 178.

<sup>69</sup> JOHANN BAPTIST METZ, *Zur Theologie der Welt*, Matthias-Grünewald-Verlag, Mainz – München, 1968, p. 110.

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 88.

ti<sup>71</sup>, si traduce, dunque, subito in un compito di responsabilità<sup>72</sup>, in quanto non implica uno scrutare curioso dell'avvenire, per farne suo progetto, ma un trattenimento della posta in gioco significativa di carattere esistenziale ad esso inerente, ovvero quale avvenire in cui ne va di salvezza o distruzione<sup>73</sup>.

E un compito di responsabilità del genere, come si può immaginare, porta con sé già sempre una carica di possibile giudizio, come indica, peraltro, il celebre passaggio del *symbolum apostolorum* stesso, quando si riferisce a colui che «*inde venturus est iudicare vivos et mortuos*».

Ora, che si voglia interpretare questo passaggio in termini più o meno teologici<sup>74</sup>, una cosa resta ferma: l'ultima parola è lasciata sempre e comunque a un'alterità che «*di là*» (fuori dal mondo) «*verrà*» (dal futuro) «... *a giudicare*»! Ebbene, qui davvero si spera, per chi aderisce al credo, che questa alterità futura giudichi confermando quella medesima misericordiosa attitudine su cui il vangelo di Luca pare rassicurarci. E per chi non crede? È comunque dalla trascendenza del futuro e dei futuri che giungerà un giudizio: se giusto in termini strettamente liberal-contrattuali o misericordioso starà a queste tracce d'assenza deciderlo.

Questa, probabilmente, è la sola piccola rivincita a disposizione dei futuri, che ribalta il normale corso della vulnerabilità intergenerazionale: non sono più soltanto i futuri ad essere dipendenti dalle decisioni di noi presenti, ma siamo anche noi presenti, in qualche modo, vulnerabili al giudizio che da loro verrà<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Cfr. *ivi*, p. 110 ss.

<sup>73</sup> Per un approfondimento sui motivi escatologico-praseologici inerenti alla teologia di Metz, rimando soprattutto al classico saggio di MARCEL XHAUFFLAIRE, *La «théologie politique»*. *Introduction à la théologie politique de J. B. Metz*, Les Editions du Cerf, Paris, 1972. Più di recente si veda anche la bella ricostruzione teorica di PAULUS BUDI KLEDEN, *Die Rede von Jesus Christus im Spannungsfeld von Hoffnungs- und Leidensgeschichte bei Johann Baptist Metz*, Lit, Münster et al., 2001, in part. pp. 198 ss.

<sup>74</sup> Rimando a tale proposito alla ricca ed acuta indagine del teologo tedesco Joseph Wohlmuth, il quale, attraverso un serrato dialogo soprattutto con la filosofia lévinassiana e a partire dall'intrinseco legame fra futurità trascendente e giudizio, sviluppa una visione preminentemente etica dell'escatologia («*escato-prassi*» la definisce), la cui fecondità per una responsabilità verso le generazioni future esibisce un portato evidente: cfr. JOSEPH WOHLMUTH, *Mysterium der Verwandlung. Eine Eschatologie aus katholischer Perspektive im Gespräch mit jüdischem Denken der Gegenwart*, Ferdinand Schöningh, Paderborn et al., 2005, in part. pp. 122 ss.

<sup>75</sup> Devo a Tommaso Greco l'indicazione di una riflessione sul tema della vulnerabilità intergenerazionale da leggersi in un intreccio reciproco fra presente e futuro.

RIASSUNTO

Il contributo affronta in chiave giuridico-filosofica la questione della responsabilità intergenerazionale, a partire dalla portata paradigmatica della categoria della misericordia, così fortemente evocata da papa Francesco. Come risultato di tale indagine, provo a mostrare come la misericordia quale controbilanciamento della giustizia contrattuale, tuttavia evidenzia particolari problematiche se affrontata in relazione ai doveri verso il futuro. La mia controproposta è che per superare i limiti della misericordia occorra abbandonare la strada fondativa che cerca di estendere il presente al futuro ed intraprendere il percorso di un approccio fenomenologico, fondato sul concetto levinassiano di “resistenza etica”, che trasgredisce il primato del presente attraverso l’appello dell’alterità del futuro.

PAROLE CHIAVE

*Misericordia; giustizia intergenerazionale; resistenza etica; futuro*

ABSTRACT

By means of a legal-philosophical investigation devoted to the issue of intergenerational justice, in this paper I seek to scrutinize the paradigmatic reach of the category of mercy, so strongly evoked by Pope Francis. As a result of such a strategy, I attempt to show how mercy, for fruitful it may be in counterbalancing contractarian-based understandings of justice, nonetheless encounters a peculiar temporal predicament when asked to engage the problem of duties towards future others. My counterproposal, however, is that to overcome mercy’s shortcomings one does not have to discard it. Rather one needs to back it up via a phenomenological drawing on the Lévinassian notion of «ethical resistance» as genuinely able to tackle with what a future alterity demands on us.

KEY WORDS

*Mercy; intergenerational justice; responsibility; ethical resistance; future*

## *Ricerca scientifica e contributi mediatici*

**RAFFAELE PASCALI**

«Quello che si desidera e non si può ottenere,  
quello che si sogna perché non può esistere,  
in ciò risiede il mio regno nullo  
e lì poggia il trono che non mi fu dato.  
Quello che avrei potuto essere, quello che avrei dovuto avere,  
quello che la Legge o la Sorte non mi hanno dato,  
l'ho gettato a piene mani nell'anima dell'uomo  
ed essa si è turbata a sentire la viva vita di ciò che non esiste.»  
(FERNANDO PESSOA, *L'ORA DEL DIAVOLO*).

Questo cammeo o, se volete, frammento di sabbia, compilato da un'anima semplice, che denomineremo convenzionalmente col nome tradizionale di *Simplicius* (o semplicemente *S.*), ma senza riferimenti con le maggiori assonanze matematiche o filosofiche o con il personaggio dell'autore eretico, è parte di uno studio a mosaico *autonomo* e non indipendente, nel senso che può essere ponderato, e quindi proposto, anche nella sua minuscola individualità. È infatti parte strategica (circostrita e come tale non essenziale) concettualmente e, volendo, fisicamente, come testo organico pubblicabile, di una più ampia costruzione definitiva, di cui anticipa un minuscolo frammento. Mentre il diritto ecclesiastico (civile e canonico) langue irresponsabilmente in molte facoltà di giurisprudenza, è da tempo che al diritto delle religioni si offre, nelle università in cui sopravvive talora quasi come se fosse tollerato, l'opportunità di approfondire il rapporto tra se stesso come scienza giuridica del fenomeno religioso e i diritti sociali, classici e nuovi, all'attenzione della dottrina sociale della Chiesa cattolica. Intanto, bisognerebbe capire il perché del disomogeneo languore di tali importanti discipline. Il diritto canonico è infatti l'unico diritto planetario vigente, dopo la fine del diritto romano, quest'ultimo tutto diverso, modello insuperato di riferimento per ogni ordinamento quanto a denominazione appropriata delle figure giuridiche. E se è pur vero che il modello romanistico innerva, con le sue categorie, la costruzione del diritto di Dio e dei suoi canoni, è altrettanto vero che l'impronta teologica ipoteca e *manipola* ogni purezza terminologica originaria. Da cui il fascino anche intellettuale di un sistema volto alla salvezza dell'istituzione (*salus Ecclesiae suprema lex*)

tutto diverso dallo Stato (la *Res publica* di Roma, che risuona per assonanza) e a lui contrapposto ma di necessità contemplato e correlato. Perché la Chiesa non può fare *teologicamente* a meno dello Stato, tanto che è costretta a supplirne (con mimetismo spregiudicato) le funzioni tutte, quando veramente difetti (si pensi storicamente allo Stato Pontificio, ma più in generale alla funzione vitale della Chiesa nei secoli bui) (o quelle essenziali e oggi minime vitali, in caso di stretta necessità), mentre ogni qualificazione dello Stato è *materialmente* limitativa della sua sovranità, per definizione assoluta (Stato islamico, confessionale, laico, sovietico, satellite; non a caso in taluni casi si parla di *sovranità limitata*). Quasi una provocazione alla coerenza sillogistica con continui confronti e concorrenze e sfide sulla primazia, irresolubili in astratto, riducibili per convenzioni parallele (nel senso, detto brutalmente, che ognuno si crede primo a casa sua e come primo si pone, sempre a casa sua). Allora il confronto si sposta sul concetto di forza, in cui sembra ai più che lo Stato, munito pur lui di persuasione morale ma soprattutto di forza coattiva, sia dotato di maggiore potenzialità per prevalere. Risparmiamo al lettore la scontata *querelle* sulla qualità disomogenea della sanzione psichica religiosa e statale, che farebbe ripartire la doppia giostra del confronto a distanza su percorsi paralleli (mai comunque coincidenti o sovrapponibili in filigrana) (certo c'è l'Isis che sgozza ed educa religiosamente, ma, intensità a parte, lo stesso vale per le monarchie islamiche costituzionali). Quanto poi al primo – il diritto ecclesiastico dello Stato – essendo la religione tornata a scandire sanguinosamente i battiti della storia, dovrebbe avere un'assoluta centralità nell'impianto giuridico e scientifico istituzionale.

Difficile comunque disconoscere l'importanza del tema (confronto e sinergia tra media e ricerca) per chi pensi all'attenzione delle religioni verso la promozione e la tutela dei diritti umani e voglia soffermarsi sui modi e le contaminazioni e gli strumenti più opportuni per capire meglio e con più raffinatezza la dottrina sociale della Chiesa, sulla base astratta del (discutibile) presupposto di un confronto sul metodo (ovviamente prescindendo dall'esito sui casi singoli). In questo asterisco, mero neutrino senza peso specifico, il cammeo prendendo spunto anche dai mutamenti informatici da tempo in corso ma divenuti sicuramente dominanti negli ultimi lustri, introduce il tema centrale non di capire se la materia debba o non debba relazionarsi con le fonti mediatiche tradizionali e qualitativamente nuove (insomma cibernetiche) perché dà per scontata tale assoluta necessità, ma di evidenziare la quasi integrale *assenza* di comprensione del fenomeno (non è semplice disattenzione).

Quest'aspetto appena numerato senza esitazione come principale e non di rado sconosciuto nell'indice delle priorità del presente e del futuro della scienza se non di ogni scienza (compresi ovviamente i rami tutti del diritto sacro e e

del diritto civile delle religioni) si innesta felicemente in una controversia tutta domestica sui rapporti tra media e ricerca per la comprensione del magistero sociale della Chiesa cattolica. Intende Simplicio non tanto capire se sia essenziale o accidentale il nesso che è un dato di fatto indiscutibile, sia all'evidenza quotidiana sia storicamente, salvo ritrosie di facciata, tra la disciplina stessa e i contributi mediatici, quanto capire se sia veramente fuori del tempo e contro la scienza, come lui pensa, il disprezzo, talvolta sotteso, a volte qualificato, nel senso di ufficialmente espresso, di una parte della comunità accademica nei confronti della stampa e dei media. Tale luogo comune si spiega perfettamente con l'insofferenza sacrosanta della ricerca verso tutto ciò che si esprime con superficialità e approssimazione. Aspetto secondario e inessenziale è *se vi sia l'ambizione e l'arrogante pretesa di volerne seriamente* prescindere, come coerenza vorrebbe. Essere accusato di essere giornalista è un insulto per un professore universitario, citare Wikipedia (scritto così, non in corsivo e non tra virgolette greche) significa discreditarla la ricerca<sup>1</sup>. L'arroganza in sé, specie se *in sé* radicalmente discutibile, quanto a coerenza e fondamento, e che si traduce in una automatica denigrazione non è di aiuto alla comprensione ma di ostacolo. Necessario allora distinguere, graduare, scriminare, di volta in volta, nell'infinità diversità dei casi e delle contaminazioni, sempre presenti, non certo sempre necessarie, allo stesso modo. Come spesso accade per il diritto ecclesiastico, di curia e laico, il tema è suscettibile di essere condiviso su un piano generale e da altri settori perfino non strettamente giuridici. Che ricerca, compresa quella universitaria, e media siano realtà e perseguano finalità diverse è chiaro e non meriterebbe neanche parlarne se l'asterisco-neutrino, vera anima del cammeo (che è poi la parola scritta, dura come la pietra e sempre un passo indietro al divenire, come Socrate insegna solo perché, come tutti i maestri, venne tradito ritualmente dall'infedele allievo, che venne a vita dopo l'uccisione necessaria del padre; delle cui carni si era cibato, serbato in sé e celebrato e sepolto col suggello dell'apologia) non fosse stato sfiorato dal dubbio che la ritrosia della scienza sia – per chiudere il cerchio tautologico – non solo fuori del tempo, ma un intollerabile danno per la ricerca e quindi, per parlar chiaro, letteralmente *contro* la scienza stessa.

È essenziale però a questo punto, che non siano sovrastimati i meriti di quegli studiosi come l'autore di riferimento del neutrino e di alcuni altri che

---

<sup>1</sup> Interessante è il giudizio incidentale espresso su *Wikipedia* dall'ACCADEMIA DELLA CRUSCA in occasione di una consulenza linguistica: «Quasi tutti continuano a preferire *Wikipedia* per ogni genere di consultazione, anche perché è nata per la Rete, si aggiorna continuamente ed è caratterizzata da una notevole completezza» (<http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica-wikipedia>).

da tempo hanno correttamente riconosciuto ed evidenziato, con indicati riferimenti, il valore e il peso – peculiare e diverso – della stampa e di ogni altra forma di cultura nei confronti della ricerca scientifica, convenzionalmente intesa. Naturalmente, ogni generalizzazione non rende merito o demerito, come detto, ai casi singoli, né li valuta come l'apposizione di un sigillo positivo o negativo, ma il quadro approssimativo è quello delineato. S. ritiene che chi si avvale criticamente dell'apporto delle fonti mediatiche e costantemente le presuppone sia non tanto in linea coi tempi (che potrebbe essere criterio deviante) ma soprattutto con le potenzialità offerte per un migliore approfondimento, chi se ne priva, no. Insomma, chi ignora le fonti mediatiche non sarebbe in grado di poter fare (astrattamente) un lavoro migliore. Vi è di più: o mente sapendo scientemente di mentire, quando la materia lo riecheggia, come in tema di diritti sociali, o promuove una ricerca con le ghettoni o, se volete, perché è la stessa cosa, con i paraocchi. È solo un neo, beninteso, perché la propensione, vera o supposta, non ha alcuna potenzialità di successo definitivo, in un ambiente assai avvertito, per non dire del rischio di opposte ponderazioni. Diverso e sintomatico è il tema della citazione, che è un semplice atto dovuto, un debito d'ufficio, da parte dello studioso. Per parlar chiaro, se la citazione, a piè di pagina, di "Repubblica" o "Wikipedia" fa scandalo è perché la ricerca universitaria ama schernirsi ingrata verso forme di conoscenza e riflessione mediatica da cui normalmente, fisiologicamente, attinge dati ogni volta che voglia o *debba*, ma senza confessarlo. Godibile ogni possibile rassegna sui casi singoli. Talora, e non di rado, la ricerca saccheggia oltre misura quelle fonti, svilendo la propria funzione, negando però la cosa sempre e comunque anche di fronte all'evidenza. È un po' come (negare sempre) veniva un tempo (quando l'amore plurimo non era una virtù da esibire) consigliato al coniuge sorpreso in flagrante adulterio, che avrebbe dovuto appunto negare sempre anche di fronte all'evidenza (nell'interesse suo, del drudo, del coniuge, che probabilmente non desiderava altro, certo non il *clamor*, e di ogni altra coppia parallela, compresa appunto quella legittima). Lo svenimento, riservato alla donna e alle tavole di teatro, era l'estrema risorsa. Non stiamo però qui a giudicare se il momento aureo dell'attimo fuggente e clandestino (sventurato chi non l'ha mai provato, si lascia sfuggire inavvertitamente sempre il neutrino<sup>2</sup>) perfezioni la felicità della coppia ufficiale, mentre la madre patria, dedica al Filangieri, uno dei suoi più illustri figli, e al secolo dei Lumi e al tema della felicità il suo Maggio 2019 dei Monumenti ("Il diritto alla felicità"). Non è compito nostro, *hic et nunc*, discettare sulla felicità della coppia, ma sull'*uni-*

---

<sup>2</sup> Il conflitto senza senso e significativo solo per allusioni è tra luoghi comuni: *omnia trina malandrina*.

*cuique suum* (tra media e ricerca). Resta l'immagine della negazione su fatto evidente, che la dice lunga in termini di chiarezza e verità (la consultazione appunto, magari solo di sfuggita, della fonte mediatica, di cui il ricercatore si vergogna).

Il tema sfiora anche la libertà di insegnamento nel caso di professore universitario; i rapporti tra ricerca e didattica; la funzione dell'insegnamento nella formazione del cittadino, essendo il diritto ecclesiastico materia di diritto pubblico; le distinzioni tra diritto canonico di curia e come insegnato nelle università dello Stato, in astratto del tutto laicamente.

Naturalmente, ogni contaminazione con eventuale sinergia autentica (difficile da determinare per la distinzione delle rispettive funzioni) non è *di per sé* positiva ma va di volta in volta, si ribadisce, scriminata e qualificata. Siamo ancora ai presupposti del tema. Come che sia, ogni contaminazione o contiguità tra università e media viene oggi di solito pubblicamente e impunemente biasimata (la cosa varrebbe per Odifreddi se, ipotesi improbabile, osserva prudente il neutrino, fosse [s]qualificato come "giornalista", magari a voce bassa, dai colleghi di matematica). Se poi la cosa viene accertata nella valutazione di un saggio accademico equivale a un giudizio negativo (ma non accade quasi mai). Accade viceversa ai giovani studiosi di sentirsi respingere la pubblicazione di un articolo con garbo perché dal taglio 'giornalistico' (la cosa equivale a un rifiuto della pubblicazione su una rivista scientifica: deve rivedere, approfondire, presupporre solo il dato noto e compilativo, che non va reiterato). La fonte mediatica deve viceversa divulgare, con chiarezza e spesso all'impronta, tutto ciò che di oscuro è presupposto. Questo, sempre per grossolana distinzione, perché si sa, vi è fonte e fonte (quotidiana, periodica, di vocazione specifica) e, sul punto vanno tutte pur loro presupposte, distinzioni puntuali, sofisticatissime.

Il cammeo tace e non capisce molto, essendo solo parte di una rivisitazione originale del tema alla luce di un mosaico che ricostruisce, in un suo minuscolo riquadro laterale, anche le mutazioni indotte dalla dominazione informatica. Non solo non se la sente di dare del traditore della Scienza con la s maiuscola o comunque una valutazione negativa al ricercatore che citi ingenuamente "Repubblica" o "Wikipedia" o che si avvalga del loro contributo informativo. Non solo ritiene da circa mezzo secolo che il messaggio sociale delle fedi debba contaminarsi con la polvere della quotidianità, ma anche che le innovazioni sui modi attuali di comunicare e informarsi meritino specifica analisi critica anche da parte della disciplina. Naturalmente, il frammento, con intuizione di prima mano, per la contiguità con i frammenti dell'impianto complessivo, potrà mostrare una punta di preveggenza, interpretabile come

saccenza<sup>3</sup>, e sopravvalutare, valorizzando oltre i loro meriti, le esperienze di quei rari studiosi che la pensino diversamente. Parliamo soprattutto della maggior parte, salvo eccezioni, dei giuristi, specie di diritto ecclesiastico, perché altre scienze hanno da tempo imparato la lezione, irreversibile e incontestata, di Umberto Eco, ignota – pare – solo a taluni canonisti. Una lezione, che ha sdoganato da mezzo secolo ogni fonte artistica, informativa, creativa e mediatica di apprendimento. Per mera, ma non occasionale combinazione, vi sono appunto da circa mezzo secolo, ma possono ricordarsi esempi antecedenti, studiosi che anche nel diritto pubblico hanno riconosciuto l'apporto alla conoscenza e, qualche volta, alla scienza, delle fonti mediatiche, senza negare la specificità tipica, ma non esclusiva (mancherebbe solo la fissazione di confini!) del saggio accademico.

Quelle esperienze sono intuibili, forse raffrontabili, ma non 'spendibili' oggi come anticipazione evolutiva di una diversità che reclama viceversa nuove armi, qualitativamente da forgiare, per una diversa comprensione del difficile (e ingannevole e mutevole) rapporto tra informatica e ricerca.

Nessun merito del passato, seppure fosse ritenuto esistente, ci aiuta a comprendere il presente. Tutt'altro. In tema di mutazioni, si è speso viceversa Baricco in due ottimi saggi, estremamente suggestivi e non meno ingannevoli

---

<sup>3</sup> Saccenza, termine preferito qui alla più tradizionale saccenteria. La disputa lessicale è occasione per denunciare quanto difetto vi sia in chi ritiene disdicevole avvalersi (e magari non citare media e giornali). Cfr. [www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/troppa-saccenteria-saccenza](http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/troppa-saccenteria-saccenza): «Nella registrazione lessicografica della storia della nostra lingua si trova una sporadica e debolissima traccia di *saccenza*: manca nel *Vocabolario degli Accademici della Crusca* che, fin dalla sua prima edizione del 1612, ha *saccenteria* (con rimando a *saccete*) che diventerà voce autonoma nella terza edizione del 1691, in cui troviamo anche *saccitutezza* senza esempi e definita semplicemente come 'saccenteria', per poi sparire nelle due edizioni successive; il *GDLI* registra *saccenza* come parola arcaica e letteraria con il significato di 'consapevolezza' e con un'unica attestazione di Guido Guinizzelli; lo stesso passo del Guinizzelli è riportato, sotto la voce *smirare*, nel Tommaseo-Bellini che però non accoglie a lemma *saccenza*. Dunque per i vocabolari dell'uso in particolare, ma anche per i principali vocabolari storici, il sostantivo *saccenza* risulta pressoché inesistente. Lo scenario cambia radicalmente se consultiamo la rete e gli archivi dei quotidiani, che possiamo considerare i «luoghi» in cui spesso nascono e si consolidano innovazioni dell'italiano contemporaneo e che, in un caso come questo, sembrano attingere non solo a una forma apparsa nell'italiano antico, ma alle molteplici risorse derivative della nostra lingua. Solo facendo una ricerca sommaria con Google (al 12 giugno 2015), risulta che *saccenza* ha 60.900 occorrenze, a fronte della 25.400 di *saccenteria*; gli archivi digitali dei due principali quotidiani nazionali offrono dati altrettanto interessanti: nell'archivio di «Repubblica» si rintracciano 59 occorrenze di *saccenza* (dal 1° febbraio 1985 all'ottobre 2013) e 119 di *saccenteria*, mentre nel «Corriere della Sera» si contano 22 occorrenze di *saccenza* (dal 19 agosto 1994 al 3 gen. 2015) e 52 di *saccenteria*, in un rapporto quindi di circa 1:2 che, nella scrittura mediamente formale di questi due giornali, è un segnale da tenere in considerazione. Questi dati rivelano la solida e crescente diffusione della forma *saccenza* che, in rete, addirittura ha doppiato il concorrente «regolare» *saccenteria*; anche nei giornali, considerati ormai naturali traghettatori di novità linguistiche, la forma si sta conquistando uno spazio considerevole». Citati come fonte: «Wikipedia», «Repubblica», «Corriere della sera».

e di cui dovrà rendere ragione al di là delle sue prese di distanza dal sapore troppo affine all'espedito dialettico per passare inosservato. Non può infatti egli proporsi impunemente come novella Alice nel paese delle meraviglie informatiche. L'immagine smarrita verso un ingombrante mondo nuovo (dai contorni lividi e fatali evidenti a tutti ma non a lui) non inganna alcuno come la finzione di vagare incantato in un nuovo universo che sembra assicurare magnifiche sorti e progressive. A rigore forse non «dovrebbe» *neppure*, con sostantivo fuorviante, definire «saggio», ciò che è un apporto, peraltro davvero eccellente, sulla «mutazione», privo però di quella profonda riflessione critica, di quel respiro tipico del *saggio* scientifico, gravato com'è da un fardello ideologico, non insignificante, di mistificazione. Anche perché non è vero che il millennio attuale a differenza del secolo trascorso non grondi pur esso di lacrime e di sangue di comparabile efferatezza e di inaudita violenza<sup>4</sup>. Forse però siamo ancora al dettaglio e guardiamo ciechi solo la punta della mano, che indica la luna. Insomma, per non farci mancare nulla della bellezza del reame, a questo punto le questioni sono divenute tre, la più importante appena intravista (e solo numerata come primaria) sul *metodo* per una diversa delibazione critica del dominio cibernetico, un *mare magnum* cognitivo, informativo, formativo, informatico e di esperienza educativa, non solo apparente, ma grave e sostanziale (si pensi all'educazione sentimentale rimessa alla consultazione di uno *smartphone*; si pensi ancora al tema dell'inconsumazione esistenziale del matrimonio canonico, più affine alla sensibilità settoriale del neutrino, nel senso che può essere normalmente attraversato da infinite e cangianti e contraddittorie manifestazioni quantiche dell'identico fenomeno osservato).

Un mero spunto l'incidentale critica iniziale della superficialità del messaggio di Baricco, cantore e incantatore del fenomeno mediatico. Rimane il tema iniziale, sui meriti o demeriti della contaminazione col sociale della scienza canonistica. Essi rimangono fissi come prova muta e specola occasionale di osservazione per il presente e per il passato, mentre si intravede imponente la scena nuova. In essa, come detto, si tratta anche di delibare del vino nuovo, ché nuovo è, specie nei tratti oppressivi, aggiunti beninteso a quelli classici. Intanto, non si può negare che manchino strumenti e incubatori, nuovi egualmente, tuttora in cottura, per la dialettica della comprensione. Non possiamo infatti accontentarci del filtro sofisticato di Baricco debitamente citato. Il suo «saggio», sulla «mutazione»<sup>5</sup>, comprensivo dell'esaltazione di una cognizione

---

<sup>4</sup> Cfr. ALESSANDRO BARICCO, *The Game*, Einaudi, Torino, 2018, *passim*.

<sup>5</sup> ALESSANDRO BARICCO, *I barbari. Saggio sulla mutazione*, Feltrinelli, Milano, 2008.

*orizzontale*, da lui pienamente promossa, salvo appunto espedienti di facciata, deve pienamente confrontarsi con le esigenze scientifiche elementari, pretese da una diversa considerazione, magari inizialmente sommaria, ma finalizzata, di necessità, a una riflessione *profonda e trasversale*. La superficialità macroscopica dei suoi raffronti storici tra eccidi bellici del novecento maculato e l'immacolato millennio la dice lunga sulla differenza tra conoscenza mediatica e saggio scientifico. Tra disinformazione mediatica, offerta *à la carte*, e conoscenza. Un millennio, un secolo innocente non perché non ancora vissuto, ma perché proposto come un suggestivo e gradevole affresco impressionista. Nel quadro, realizzato all'impronta, non c'è traccia per le macchie non meno virulente e sanguinose, visibili all'evidenza e non in mera trasparenza, come le uova fatali di Bulgakov. La differenza va rimarcata subito, ma non più di tanto, senza enfasi, per non perdere quanto di bello, serio e significativo è alla base della ricostruzione proposta dall'autore, che in buona sostanza illumina beffardo, con dati di fatto incontestabili, l'indiscutibile "mutazione" promossa dalla quarta rivoluzione<sup>6</sup>, quella informatica, peraltro già pienamente riconosciuta nei suoi lati oscuri dal novecento e geneticamente partorita dal suo stesso seno.

In entrambi i testi proposti, Baricco sembra aver capito tutto e in anticipo del fluire della storia, che abilmente indora, con apparente ritrosia critica oggettiva, mentre, per renderla digeribile, "inconfetta" la sua inquietante pietanza del nuovo, di mirabolanti qualità e contenuti:

1) «La superficie al posto della profondità, la velocità al posto della riflessione, le sequenze al posto delle analisi, il surf al posto dell'approfondimento, la comunicazione al posto dell'espressione, il multitasking al posto della specializzazione, il piacere al posto della fatica».<sup>7</sup>

2) «Qualunque cosa si pensi del *Game* è un pensiero inutile se non si parte dalla premessa che il *Game* è la nostra assicurazione contro l'incubo del Novecento. La sua strategia ha funzionato, oggi le condizioni perché una tragedia come quella si ripeta sono state smantellate.» (Anche come presentazione sull'aletta anteriore di copertina).

Ammiccante, ambivalente, seduttivo, di grande fascino, scaltrissimo, ha capito molto, ha capito tutto, ma ha capito veramente, Baricco? Perché c'è chi,

---

<sup>6</sup> Ancor prima della famosa previsione: «*La rivoluzione è partita e sarà digitale*» (*The Guardian*) del secolo scorso, v.

JAMES R. BENIGER, *The Control Revolution: Technological and Economic Origins of the Information Society*, Harvard University Press, 15 marzo 1989, ISBN 9780674169869; e oggi «I temibili 5»: lo strapotere di Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft (<https://www.illibraio.it/strapotere-amazon-apple-facebook-google-680831/>).

<sup>7</sup> ALESSANDRO BARICCO, *I barbari*, cit. p.178.

come il cammeo Simplicio, non ha capito affatto o ha capito solo che a uno a uno si vanno affievolendo i margini della sua comprensione e della sua libertà. La dominazione informatica è, per lui e per ora, sulla traiettoria fulminea di una manipolazione discrezionale e potenzialmente illimitata dell'intelligenza e della volontà umana, insomma della umana coscienza. I limiti del dominio sono già oggi *potestativamente* regolati e apparentemente fatali (anche per chi guardi superficialmente – il neutrino stava per dire *orizzontalmente* – il fenomeno).

Il mondo certo è mutato, la storia è finita, la rinascita dello Stato una favola per occultare la realtà, i mille sovranismi ululanti, come cani alla luna, mera «pampuglia»<sup>8</sup>, degni dell'opera dei pupi: Il potere è saldamente nelle mani di Creso, il Silicio, unico ed ultimo sovrano del cosmo e dell'intelligenza e del cuore dell'ultimo uomo<sup>9</sup>. Egli pretende l'anima e domina da padrone l'inconscio, come preconizzato da Orwell, ma con un potere infinitamente più capillare e dall'intensità discrezionale. A voler capire approssimativamente occorrerebbe la mente di Freud con le sue meticolose annotazioni di fisiologia ancor prima che di analisi delle pulsioni.

---

<sup>8</sup> «Pampuglia» nel significato primo sta per piallatura, truciolo del legname ed estensivamente (ragione per la quale ho accostato pampuglia alle altre parole in epigrafe): inezia, cosa da nulla, bagatella, frivolezza e persino, come estrema valenza, quel tipo di dolce nastriforme carnascialesco altrove detto chiacchiera, bugia, frappa etc. Prima di passare a dire dell'etimologia di pampuglia, voglio rammentare come esso termine nel precipuo significato di truciolo, piallatura è in lingua napoletana, sempre abbastanza attenta, precisa e circostanziata, degli specificativi diversi secondo la forma o provenienza dei trucioli; abbiamo dunque: – pampuglia riccia quella a spirale da legno dolce, -pampuglia 'e chianuzzella quella strettamente arrotolata, prodotta non dalla pialla grande, ma da una pialla più stretta e piccola detta in napoletano chianuzzella che è il diminutivo di chianozza che è dal latino: planula attrezzo per render piana, privandolo delle asperità, un asse di legno, – pampuglia 'e 'ntraverzatura (deverbale del verbo 'ntraverzà= attraversare, andando contro il primitivo senso di marcia) che è il truciolo, per solito di legni più duri, ottenuti per piallatura operata controfilo che produce perciò trucioli irregolari e frammentati. E soffermiamoci sull'etimologia di pampuglia, etimologia non tranquillissima; un tempo si congetturò un neutro plurale tardo latino *fabulía* = favuli, gambi delle fave, che dopo la raccolta venivano estirpati, adeguatamente seccati ed usati per alimentare, tal quali le pampuglie lignee, i forni domestici; la seconda ipotesi, che a mio avviso mi pare un po' più percorribile si rifà ad un latino regionale: *pampulia* forgiata su un *pampus* forma sincopata di *pampinus* che è propriamente il pampino: tralcio di vite vestito di foglie, tralcio che se improduttivo viene resecato e destinato al fuoco. (RAFFAELE BRACALE – Napoli) ([https://www.dialettando.com/articoli/detail\\_new.lasso?id=9296](https://www.dialettando.com/articoli/detail_new.lasso?id=9296)).

<sup>9</sup> Sempre molto predittivo Francis FUKUYAMA ha di recente osservato (18 maggio 2019: <https://mondynote.com/facebook-vs-democracy-a-conversation-with-francis-fukuyama-a01e513b9820>) che: «I social media alimentano quella che io chiamo politica dell'identità, ci permettono di interagire solo con chi è d'accordo con noi e silenziare tutti gli altri, alzando barriere tra comunità identitarie», criticando fortemente il condizionamento indotto dai social media sui costumi e perfino sugli esiti elettorali per manipolazioni informative che sarebbero avvenute e reclamando l'esigenza di un controllo normativo del potere pubblico sulle piattaforme mediatiche dominanti, precisate una per una (a guisa di *numerus clausus*).

Non c'è bisogno naturalmente di ripercorrere ancora una volta, dopo trent'anni dal 1989, i sentieri di Vico e la pantomima della fine della storia<sup>10</sup> e del suo ritorno dalle vacanze oltremondane per sapere che la dialettica marxiana del tempo non si ferma con il venir meno e l'apparente totale fallimento della sua principale previsione storico-filosofica (la fine del capitalismo contrapposta al suo attuale apparentemente irreversibile trionfo) nella effettiva contaminazione della realtà politica. Tutt'altro. Anche se occorre distinguere. Da un lato c'è l'opulenza unidimensionale delle società postindustriali che rende più che mai necessario e attuale lo studio di Marx, magari con l'ausilio del filo marcusiano di Arianna, e dona respiro alla sua visione filosofica finale; dall'altro non può disconoscersi che si avvertano rumorosi sussulti di un ritorno dello Stato, la forma più avanzata di organizzazione giuridica della società, ritorno da alcuni studiosi, specie storici ed economisti, preconizzato, per il nuovo villaggio globale, fin dal 2010<sup>11</sup> (e qualunque cosa voglia intendersi oggi per Stato).

Intanto, in relazione ai modi nuovi di sviluppo, il suggello orwelliano delle coscienze, nella gabbia dell'algoritmo, si presenta oggi, se fosse possibile, ancora più fatale delle più pessimistiche previsioni. Certo, *forse* non siamo nel cosmo di Democrito e non dobbiamo votarci solo all'ambiguo culto del providenziale *clinamen* per salvare la funzione dell'uomo nell'officina del futuro, ma ai segni del *sovranoismo*, per quanto possibili, plurimi, *clamanti* e marcati, il neutrino al momento non crede affatto o ci crede come segno strumentale di organizzata e illusoria distrazione. Sa che lo Stato non è formalmente morto, ma continua ad avvertire nella mente il suono remoto della cantilena beffarda di Francesco Berni: «E, come avvien quand'uno è riscaldato, / Che le ferite per allor non sente, / Così colui, del colpo non accorto, / Andava combattendo ed era morto».

Naturalmente la sovranità formale continua a essere attribuito esclusivo dello Stato (laico o confessionale) che può quando voglia (o politicamente possa permettersi di volere) controllare qualsiasi fenomeno mediatico. Ancora una volta l'evanescente Nosferatu (il male) non vince perché è forte, ma perché la splendida Virtù (ritualmente sedotta) è debole (o forte e previdente perché capisce che senza contaminazione e seduzione non c'è mutazione e nuova vita). L'attuale funzione 'ancillare' dello Stato è in astratto solo un (grave) dato di fatto che non amputa le sue illimitate potenzialità virtuali di controllo (dominio?) su ogni fenomeno sociale. Solo in astratto però perché

<sup>10</sup> Francis FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.

<sup>11</sup> FRANCESCO DI DONATO, *La rinascita dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2010. Cfr. anche ANTONIO VITALE, *Fine della democrazia liberale*, Aracne, Roma, 2010, di idea opposta.

nell'effettività sembrano svanite alcune regole essenziali del gioco (quelle più incisive e spesso irreversibili legate alla dominazione finanziaria). L'analisi di fatto (*La crisi*) è quella rappresentata dall'impronta in atto impietosamente data, tutta diversa la questione dei rimedi, che non possono non far perno sulla rinascita *operativa* delle funzioni dello Stato e sul controllo illimitato e irrefragabile del diritto.

La cosa è forse *di fatto* un po' più difficile nella Penisola, unico Stato davvero confessionale, ove ogni laico pubblicano fa a gara a genuflettersi, noterebbe erroneamente il malpensate inavvertito, nell'indifferenza del trascurabile neutrino, ma l'impianto approssimativo regge (e questo è solo un inciso).

L'opinione scritta del cammeo è che mentre il potere mediatico ha gambe di lepre e feconda il mondo a sua insaputa, lo Stato ha memoria antica e passo di elefante ma alla lunga sarà in grado di metabolizzare e dialetticamente (nella sostanza) regolare nel suo ampio ventre (*formale e sovrano*) qualsiasi mutazione.

Comunque la pensiate, ogni mutazione è transizione (e sarà regolata dall'ordinamento giuridico statale, anche se non è dato di sapere di quale Stato stiamo vagheggiando nel villaggio globale dominato dalla moneta).

Vico ci è maestro perché il connubio tra Cresco e Potere è una categoria antica, forse eterna, dal volto di Giano.

E se il moralismo dei *Carmina burana* con il denaro re assoluto riguarda la corruzione monetaria che insidia i chierici e seduce la Chiesa («*In terra summus/ rex est hoc tempore/ nummus* [Cb:11]»), la sinergia tra moneta e Stato è fisiologica e sovrapponibile, ma, nonostante la provocazione identitaria, astrattamente non coincidente.

Insomma, come s'è detto, si tratta di domini nuovi, per i quali mancano gli strumenti della comprensione mentre siamo già tutti immersi e programmati come pedine in un finale di partita.

Vediamo allora se sia possibile confrontare in qualche modo, e solo per capire, il vecchio e il nuovo, tentando, come Sisifo in catene, ma quello greco, indomito, di misurare, col metro incerto dell'intuito, l'abisso qualitativo delle diversità. Per quanto riguarda strettamente il diritto ecclesiastico e l'esigenza della Chiesa Cattolica di sanare le piaghe sociali del mondo con tutti gli strumenti giuridici e l'esercizio di ogni potestà (diretta, indiretta; potere direttivo, pluralismo) contemplata dalla Dottrina sociale e innervata nel reale, il frammento, con riferimento al portavoce del suo pensiero, indicato in apice con nome e cognome, studioso di suo primo riferimento e che si appropria delle idee del neutrino come fossero sue, sa che nello studio sulla dignità del lavoro all'attenzione della dottrina sociale della Chiesa cattolica del 2009, ma ancor prima, nella nota sui Patti lateranensi e la custodia costituzionale, quindi, nel

secondo caso, in un contributo decisamente datato cronologicamente (pubblicato da ben 34 anni [1984]), ma ancor prima, se si pensi al *Cauto adulterio*, per non dire del sin troppo lodato elaborato sull'incostituzionalità dell'obbligo di giuramento, puntualmente accertata, si avverte l'esigenza di rafforzare e in qualche modo di inaugurare, per l'intensità e la varietà dell'approccio, nella scienza del diritto costituzionale, un modo *diverso* di intendere la complessità del mondo con il quale ogni analista, a parer suo (del neutrino), dovrebbe, anzi *deve*, per presupposto metodologico coerente, almeno correlarsi. Si tratta di un principio metagiuridico non avendo carattere di assolutezza, ma *strutturale*, per la maggior parte delle indagini. Gli autori che intendano prescindere, almeno implicitamente, possono farlo, è ovvio, ma dovrebbero renderne conto, sul piano appunto del metodo. Sembra infatti una scelta all'evidenza obsoleta e innaturale, oltre che essenzialmente fuorviante. E ciò non solo non avviene, ma avviene esattamente il contrario.

Allora si tratta solo di dare a ciascuno il suo, all'inchiesta giornalistica ciò che le spetta, all'accademico ciò che è dell'accademico, senza peraltro negare contaminazioni sinergiche che non suonino offensive per alcuno (ed è qui il punto dello scrimine più difficile da focalizzare, ma che è essenziale definire, perché il cosiddetto *saggio* mediatico è cosa diversa, come detto, ma non ancora dimostrato, dal *saggio* accademico). Si tratta di una verità *de la Pa-lice*, come notato, eppure pressoché totalmente disattesa. Chi ancor oggi osa ignorare l'influsso dei media, almeno indiretto, e qualche volta della cronaca, anche sulla ricerca scientifica, è fuori del tempo, fuori dello spazio, fuori della realtà (ma lo era già da ieri).

Si gloriano di ciò che all'ingenuo cammeo *S.* pare un silenzio disdicevole e imbarazzante. Tale *diversità* della trattazione consiste non solo nel non voler riconoscere (e quando difetti, nel *dover* riconoscere) piena, diversa e assoluta dignità e valore e spesso merito di originalità e approfondimento alla funzione dei media, ma anche il valore funzionale e strategico di quella scelta operata, in vari modi, da una parte significativa degli studiosi, che hanno inteso non tanto sdoganare il superamento di steccati funzionali tra ricerca e media ma più semplicemente solo di avvalersi dei media, ogni volta che appaia opportuno, e di non ignorarli. Nessuna confusione ma, fermi gli *scrimina certa*, una contaminazione strumentale col reale si imponeva e si impone tuttora, quando necessario, senza sentirsi in disarmonia con la dottrina sociale e lungimirante della Chiesa, che ovviamente è altra cosa.

Siamo però ancora impelagati nella retroguardia della comprensione del nuovo, che oggi, quando parliamo di media e ricerca, riguarda direttamente una sola cosa: la dominazione informatica dell'animo umano.

In ogni caso *S.* è pronto a chiudere la parentesi sul passato (disposto a

quante repliche necessarie) senza mutamento di virgola, per cui – oggi come ieri – per sanare i crimini sociali occorre anche contaminarsi, almeno in astratto, col reale. E il reale viene comunicato al mondo da Internet, da Wikipedia, e qui, alla periferia dell'impero e faro della sede papale, dall'Osservatore, da Repubblica e dal Corriere della Sera. Ogni suicidio, ogni delitto è un messaggio (ed è un messaggio ogni volta diverso) per chi ha orecchi per ascoltare e mente per intendere. Prima di ogni aborto c'è la non tutela della maternità, prima di ogni arruolamento alla camorra, la disoccupazione organizzata. Prima della denatalità e del sorgere e sparire delle famiglie di fatto, c'è l'impossibile matrimonio per assenza di tutele. Per non toccare i temi dolenti della lotta alla droga e di una dignitosa accoglienza in favore degli ultimi tutti, compresi i cosiddetti immigrati clandestini. La declinazione dei diritti contempla sempre, per S.<sup>12</sup>, la coniugazione coi doveri. Piaccia o non piaccia, per confezionare un abito giuridico dignitoso bisogna tessere la rete protettiva sociale (e strutturarla minutamente nelle previsioni).

Detto così, rimangono parole, ma il tema qui trattato è di principio e di metodo, per il merito vi sono altre tracce specifiche, cui si rinvia. Prima del giovane Avvocato, impiccatosi nel Palazzo di Giustizia all'alba, c'è la giustizia ingiusta e il deserto dei diritti prodotto dalla sinergia tra quella nota figura bendata dall'occhio marcio, sistematicamente fondata sul cavillo, e la preclusione monetaria. Ancor prima dell'accesso al processo v'è la parola d'ordine da scandire sull'uscio, al suono inconfondibile delle monete d'oro (divenute oggi invalicabile *password*).

Non è qui in discorso la buona o cattiva fede: la sinergia tra barriera informatica, preclusioni monetarie e natura espansiva e virtualmente illimitata del potere si traduce in una tempesta perfetta per la formale negazione sostanziale del diritto. Il cittadino ignoto è solo il terminale occasionale per far partire la giostra delle perfette elusioni. Finché non si pone al centro di ogni momento giudiziario attuale (e di ogni riforma per il futuro) la coincidenza, approssimativa e virtuale quanto si voglia, ma almeno formalmente prescritta (e non lo è), tra verità storica e verità processuale, i problemi possono solo aggravarsi.

Ogni giurista, a qualsivoglia livello, purché voglia veramente capire, ha dinanzi a sé un campo da esplorare pressoché sconfinato e naturalmente tutt'altro che vergine.

Anche il Cdig di Napoli farà la sua parte.

Allora, tornando decisamente in tema, dopo la breve digressione proposta, per la semplice circoscrizione dei termini della questione, si tratta, a parer no-

---

<sup>12</sup> In tema, cfr. ALESSANDRO BARBANO, *Troppi diritti*, Mondadori, Milano, 2018.

stro, di S., solo di dare a ciascuno il suo, al pubblicista Baricco e al pubblicista Saviano ciò che è del pubblicista Baricco o di Saviano, all'accademico ciò che è dell'accademico, senza peraltro negare contaminazioni sinergiche continue o occasionali che non suonino offensive per alcuno (ed è qui il punto dello scrimine più difficile da focalizzare). In altre parole il vero tema dubbio non è sulla contaminazione (ovvia) tra scienza e ricerca ma sulla definizione della specificità della ricostruzione scientifica ed è un tema di dottrina tutto interno alla disciplina.

Quanto alla "dignità" nella prevalenza, tutti sanno che per ragioni tecniche e di ragionevolezza va escluso in linea di astratto principio ogni tipo di comparazione. Per metodologia e per la evidente diversità degli «insiemi». In concreto, certo, possono proporsi delle comparazioni su casi singoli (per esempio, su chi abbia intuito, su chi abbia evidenziato, meglio e prima, il fenomeno in considerazione) ma, a parte la difficoltà e l'astratto non senso del confronto (chi ha inventato l'alfabeto?), e la sua ruvidità sgradevole, l'esito non è quasi mai a favore della ricerca, che analizza giustamente *ex post* il fatto sociale in funzione ricostruttiva complessiva. Ricerca e media, supponendoli non coincidenti, perché diversi normalmente sono e diverse comunque sono le rispettive funzioni, nell'«economia» delle funzioni stesse, anche se coincidenti su casi singoli, condividono poi entrambi la possibilità di voler comprendere gli sviluppi del nuovo e delle conseguenze complessive spesso solo intuite, meno frequentemente capite. Perché anche qui non è detto che la ricerca scientifica comprenda meglio e prima dei media, complessivamente intesi, il «nuovo» che avanza. Esclusa dunque l'opportunità comparativa (rispetto alla funzione della ricerca scientifica come in astratto concepita, ma comunque pienamente consapevole dell'importanza del contributo dei media) non sembra necessaria alcuna giustificazione che motivi la necessità di avvalersi, soprattutto in sede scientifica, del contributo dei media stessi valorizzati secondo i loro meriti (e demeriti) spesso esclusivi nell'individuazione, specie germinale, e rappresentazione, a volte organica, non sempre solo frettolosamente intuita, del fenomeno sociale. Per la semplicità e scorrevolezza di un testo, specie quando istituzionale e didattico, insomma per ragioni di *economia* (e di garbo) si può commettere l'errore omissivo (grave, perché significa tollerare arroganza e impunità) di non criticare e censurare, sul punto, come meriterebbe, la vasta produzione scientifica che continua ad avvalersi del contributo dei media senza rendergliene il dovuto merito (insomma, spesso senza neppure citarli). Si può ben spiegare la commissione dell'errore e magari reputarlo veniale, ma sempre errore rimane. Tale difetto di non valorizzazione o semplice menzione del contributo informativo dei media non può essere imputato all'ispiratore del cammeo. Ogni sua più astratta riflessione ne ha tenuto costantemente conto, come s'è visto. Dalle insidie della giurisprudenza costituzionale *manipolativa* alla gradazione dei *principi supremi* ogni sua

pubblicazione fu apprezzata, all'apparenza dei dati, da studiosi e recensori e comunque non venne mai contestata in occasione di pubblicazioni scientifiche, l'unica sede, con ogni sua imperfezione, ove, in astratto, è paritario e corretto il confronto, immune da ogni forma di trasparente e interessata deviazione valutativa nel giudizio. Anzi, severi e raffinati censori, con altri studiosi sovente ingenerosi (basti pensare a Pio Fedele o a Guido Saraceni) spesero giudizi e pagine di apprezzamento critico comparativo. Per negare la funzione nuova e l'evidenza consolidata temporale chi sostiene una tesi avversa deve di necessità ricorrere all'eloquente espediente apodittico e di impossibile motivazione della regressione. Conta poco naturalmente per capire il nucleo del problema.

Pure, in ogni critica generica sul difetto di qualità dell'approfondimento da parte dei media, specie se espressa in forma irriverente, insomma tra il serio e il faceto, può esserci una parte o un punto di verità. Punta di verità su cui può convergere però la risoluzione di scrimini su casi particolari e l'attesa, rigorosamente da precisare, demarcazione alternativa di funzione su casi singoli, di regola differita alla sede propria, come nell'esempio circoscritto che qui appositamente trattiamo, ma appena di sfuggita, sull'intollerabile invadenza della privacy da parte della stampa con la spesso ambigua coccarda luminosa dell'inquirente.

Sia chiaro che qui si allude al caso singolo precisato mentre sul piano fondamentale, al più, se va bene, si tende a evidenziare la differenza col passato e non si ricostruisce la corretta funzione della *diversa* conoscenza, volendosi in tal guisa ribadire che la suggestiva lezione di Baricco, verso cui abbiamo solo acceso una nota sommessa di allarme, merita una risposta appropriata e dedicata, che tratti quanto contro l'uomo e la sua coscienza e conoscenza sia, allo stato dei fatti, la rivoluzione informatica, che rimane comunque una realtà presente, assai più invasiva dei cronisti di strada e, intuitivamente inferendo, assai diversamente pericolosa.

Ancora una volta naturalmente non si tratta con Rousseau di tornare a camminare a quattro zampe per riscoprire la natura originaria umana, che egli assume buona, ma di asservire la rivoluzione informatica, dalle potenzialità illimitate, all'intelligenza e volontà, ininterrottamente responsabile, dell'uomo audace e creatore. Tutto questo inteso sommariamente, dando per scontati i continui tradimenti del pensiero di Rousseau e ritenendo sanabile (ma occorre capire come) la dominazione informatica rivestita oggi da un'altra gabbia dalle infinite mistificazioni al soldo esclusivo del borsino di Faust.

Il Faust d'oggi è un altro Faust, rispetto a quello cantato da Goethe, non più perennemente vocato al male, ma destinato fatalmente a servire il disegno di un dio benefico. Faust introita oggi come in un buco nero ogni energia, negativa o positiva (e magari benefica) che sia o appaia, la metabolizza in un coacervo interessato e indistinto e la depone snaturata e trasudante d'oro ai

pie di Cresò.

Per il credente, ma anche per il cammeo che pure è di pietra e si limita alla neutra contemplazione, oggi veramente il regno del Signore non è di questo mondo. O, almeno, non sembra esserlo.

Quanto all'imperdonabile superficialità della ricerca ufficiale, che lambisce ogni prodotto del ruolo accademico, con apparente arroganza, proprio l'insospettabile voce narrante del cammeo, ebbe a scrivere in un suo saggio, che «i giornalisti hanno il diritto di scrivere ciò che non sanno»<sup>13</sup>. Era solo una battuta, che peraltro celava una profonda irritazione (una pietruzza nella scarpa) del garantista verso ogni tipo di superficiale e aggressiva invadenza dei media (e siamo in tema, su una riflessione marginale), uno degli innumerevoli modi per rinviare e non rispondere al merito della questione in un contesto non dedicato a quel diverso aspetto, evitando digressioni importune per non turbare la fluidità della narrazione espositiva in un testo istituzionale. Pari all'accortezza di non rispondere sgarbatamente a un'intervista non richiesta e avvertita come molesta, una mera variante del no comment. Che vi fosse solo una punta, non generalizzabile, di verità era evidente, come era necessario far trapelare la sospensione del giudizio (per la funzione stessa, legata anche all'attimo, della divulgazione, senza distrarre il lettore). Ogni politico o diplomatico peraltro sa assai meglio di S. come rispondere ampiamente e con compostezza a un giornalista senza dir nulla e avvalersi di tale capacità è più opportuno che lasciar trapelare un qualche rifiuto verso un'invadenza irritante e non imponibile. Amico dei media e di Platone, *sed magis amica veritas*, in pratica *Simplicius*, con una battuta che richiamava suggestioni freudiane<sup>14</sup>, consigliava (a se stesso e) a tutti di non rispondere *mai* ai giornalisti e di vivere all'ombra della disattenzione, silenti, almeno sui media generalisti, e quasi clandestini, secondo l'insegnamento di Epicuro, rapportato al caso singolo, lontani comunque dai riflettori e da ribalte mediatiche non tecnicamente dedicate (meri altari dedicati al culto della vanità).

Si tratta però ora non di richiamare la scienza del diritto ecclesiastico, per quanto necessario e salvo eccezioni, alle responsabilità delle proprie carenze forse minori, ma non sempre solo formali e veniali (la non citazione a piè di pagina di una fonte mediatica può essere solo un sintomo di un male a volte più profondo) ma sostanziali e metodologiche, per aver preferito talora menandone van-

---

<sup>13</sup> RAFFAELE PASCALI, *La «dignità» del lavoro nella sollecitudine attuale della Chiesa*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2009.

<sup>14</sup> SIGMUND FREUD, *Il motto di spirito e la sua relazione con l'inconscio*, in *Opere 1886-1921*, p. 1047 ss., spec. p. 1069, III, perfettamente a mezzo tra le figure previste dai punti (J) «sottinteso equivoco» [virgolette originali di Freud] e (K) «doppio senso con allusione» (frase nel testo, apici aggiunti).

to, la non contaminazione con la quotidianità, come correntemente espressa dai media. La cosa potrebbe valere per casi singoli ed esperienze particolari, ma non sarebbe generalizzabile. Nessuno studioso della materia infatti ignora, nelle sue costruzioni, fino a che punto la Chiesa si sia impolverata per le strade del mondo e abbia posto al centro della propria dottrina la dignità del lavoro e la difesa degli ultimi per dirla con Ravasi e della lotta alla politica dello *scarto*, per dirla con Francesco. Solo su casi singoli si è avuta prova che la contaminazione coi media sia stata ritenuta come cosa in sé disdicevole sul piano della produzione scientifica. Quei casi rari sono però censurabili. L'analisi di dottrina non deve affatto necessariamente sublimarsi dal reale e solo presupporre il *crimine* sociale senza direttamente poterlo scriminare alla ricerca di soluzioni giuridiche costituzionalmente contemplate, specie quando, in singoli ordinamenti, come nella Repubblica italiana, le direttive sono formalmente prescritte (art. 3, II Cost.) come solenne e sostanziale impegno programmatico.

Quanto a garantismo, c'era un metodo e forse una critica, almeno alla luce della ragion pratica, in quel noto speculatore finanziario, a tutti noto, che procedeva, quasi incurvandosi, per la sua strada (e verso la piazzetta che oggi reca il suo nome) tra mille domande, incalzato da un giornalista molesto, senza mai aprir bocca, procedendo proprio come se l'altro non esistesse, *tamquam non esset*. Non c'è nulla di lecito nella condotta del giornalista di strada che tormenta il più incallito dei delinquenti e, contro il suo rifiuto, insiste nel reclamare delle risposte assolutamente non dovute a domande precostituite e spesso a insinuazioni di parte oppure a interessate insolenze. Il diritto all'esercizio della professione e dello stesso diritto di cronaca andrebbe sempre esercitato civilmente, ma comunque non può essere esercitato affatto contro il diniego né può rasantare la violazione dell'altrui dignità e volontà e senza mai violare il codice specie penale. È solo parzialmente vero, o non lo è affatto, il *diritto* del giornalista, rivendicato da Terzani, definito da lui stesso «il privilegio», di invadere l'altrui riservatezza *come, dove e quando* voglia.<sup>15</sup> Il danno di immagine può essere irreparabile per il malcapitato e non di rado la denuncia rivestita ipocritamente da domanda è assolutamente infondata (comunque ogni diritto va esercitato nel rispetto dei diritti altrui). Non c'è bisogno di essere garantisti per ricordarsi che il cronista non è un pubblico ministero, cui perfino un inquisito può rifiutarsi di rispondere. Il fatto che le inchieste moleste possano dare risultanze lusinghiere in termini di accertamento della verità non sposta in nulla i termini della discussione giuridica, proprio per il diverso

---

<sup>15</sup> Nello specifico, TIZIANO TERZANI, *In Asia*, Longanesi, Milano, 1997, p.7: «poter essere in prima fila là dove avvengono le cose, porre a chiunque le domande più impossibili, mettere il piede in tutte le porte» compreso – aggiungiamo – le portiere delle auto di ogni malcapitato, e via dicendo.

ruolo dell'osservatore giurista. Quello che viene rivendicato dal cronista come diritto, magari diritto vivente o che tende a imporsi come tale, quando attuato in modi molesti, cessa di essere tale per diventare un semplice abuso intollerabile in una società civile, una autentica barbarie la gogna mediatica e non c'è bisogno di pensare all'empatia del giurista *mite* verso i molestati, magari ironicamente qualificabile come tale, *mite* appunto, qualsiasi sia la presunta colpa dei molestati, per capire che alcuni modi non sono legalmente e neppure correntemente accettabili, come meri dati di fatto, perché il parametro giuridico esiste proprio come criterio di riferimento censorio, superati i limiti della civile tolleranza. Va da sé il caso eccetto di reati in atto, nel qual caso sorgono altre responsabilità e differenti doveri per tutti i cittadini astanti, giornalisti compresi. L'aspetto dell'abuso di funzione andava rimarcato proprio *hic et nunc*, nel momento in cui si valorizza, come atto dovuto, la funzione propria e la dignità della fonte mediatica nel raffronto, solo talora sinergico, con la ricerca accademica (mondi in genere reciprocamente presupposti tra loro e mai – come s'è detto – tra di loro ignoti). Ciò non toglie che, a parere di *Simplicius*, attualmente, specie in sede scientifica, nelle cosiddette scienze umane e giuridiche, nessuno dovrebbe ignorare *a priori* perfino il nudo fatto di cronaca nella sua tragica evidenza (o addirittura censurarne sconsideratamente l'uso da parte di studiosi singoli) quando esso appaia in grado di scuotere le menti e le coscienze sulla gravità del *crimine sociale* (l'intera criminologia critica ne è perfettamente consapevole). Il ricordato caso del *giovane* avvocato impiccatosi nel Palazzo di Giustizia, fatto di cronaca evidenziato nella riflessione sulla «dignità» del lavoro nella sollecitudine attuale della Chiesa cattolica<sup>16</sup>, è solo un esempio. Quanto attualmente il processo, nella sua illusoria neutralità informatica, sia tecnicamente divenuto strumento di irriducibile conflitto *formale* con il perseguimento dei principi di rispetto della norma non è affatto noto, anche se non difettano avvertimenti ignoti non perché non pubblicati, ma perché non studiati<sup>17</sup>. Principi di civiltà giuridica vengono vanificati in una dimensione ingannevole di oggettiva neutralità. Intanto, ma non è casuale, forze speculative concorrenti impediscono, anche nei santuari della giustizia, l'accesso normale e fisiologico ai giovani per lo svolgimento non dequalificato e umiliante delle attività professionali. Fenomeno diffuso e trasparente, con note di accentuata progressività, avvertito come frutto prezioso della diffusione informatica di una cultura a basso prezzo e a bassa intensità, apparentemente oggettiva (fondata su dati scadenti illusoriamente acquisiti come

<sup>16</sup> RAFFAELE PASCALI, *La «dignità» del lavoro nella sollecitudine attuale della Chiesa*, cit.

<sup>17</sup> RAFFAELE PASCALI, *Le leggi informatiche e le latae sententiae*, in *Aequitas sive Deus*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p.423 ss.

importanti). Difficile, ma sostanzialmente irrilevante, ogni possibile contestazione. Una ‘proletarizzazione’ delle menti al servizio della promozione consumistica e funzionale alla spoliazione dominante delle risorse intellettive individuali. Troppo «costosi» i processi, troppo ingannevole l’arbitrio informatico, formalmente e sostanzialmente «eversivo», per essere rilevato nelle sue strutturali gravità. La politica, globalmente e sommariamente intesa, volta a liberarsi, almeno sostanzialmente, dell’impaccio di una giustizia, avvertita come ostacolo al commercio «breve». Niente di nuovo, se non per la brutalità della svolta. Il Palazzo di giustizia è un edificio da sempre affollato di simboli e di morti, se già Betti parlava nel 1944 di *Corruzione*<sup>18</sup>. La giustizia «vera» continua ad essere assicurata a chi può gravare il piatto della bilancia con monete d’oro, come essa è rappresentata dall’appena evocato Lee Master. La potenza informatica coniuga perfettamente il dominio finanziario e una giustizia ancillare, volti entrambi a dissanguare, con *oggettive* e apparentemente intangibili preclusioni formali, il cittadino di diritti e pretese<sup>19</sup>. Gli alti costi di un inaccessibile processo sono solo l’aspetto meno avvertito di una spoliazione di tutela giudiziaria e di una clamorosa violazione costituzionale, celebrata quotidianamente in silenzio.

A riguardo poi e ancora del suicidio del *giovane* Avvocato (43 anni!)<sup>20</sup> nel tribunale campano, ma questo è un altro discorso, in parte, chi si ostina ancora a dubitare che la morte non faccia – *di per sé* – parte essenziale della vita, ha occasione per rimeditare. Almeno nelle determinazioni e nel rispetto della volontà di chi volontariamente abbandona il mondo. Il sangue dei vinti asciuga in fretta, vien giustamente detto, ma la confessione di una sconfitta rappresentata al prezzo della vita diviene quasi sempre testimonianza scolpita ed eloquente. In qualche modo *retroagisce* in vita nel suggellarne l’esistenza. Fa capire assai più di una ponderosa e magari dotta trattazione (che ha funzione tutta diversa, ma che è egualmente volta alla comprensione del fenomeno e di eventuali rimedi). Certo ogni suicida parla ai vivi, anzi ogni morto parla ai vivi, non

---

<sup>18</sup> UGO BETTI, *Corruzione a Palazzo di giustizia*, 1944. Pubblicato nella rivista *Sipario* nel 1949.

<sup>19</sup> Cfr. gli Atti, di cui è prevista la pubblicazione in apposito quaderno, dell’*Incontro* del 18 maggio 2019 su: «Nuovi orizzonti della tecnologia informatica e applicazione dell’intelligenza artificiale alla giustizia», tenutosi presso l’Auditorium Donnaromita a Napoli, a cura del Centro di Iniziativa Giuridica «Ganbattista Vico».

<sup>20</sup> In Italia in particolare – specie se non si appartiene, magari per tradizione familiare, al sistema – occorre essere anziani per divenire *giovani* professionisti e soprattutto avvocati. Nel caso specifico il giovane avvocato suicida aveva 43 anni. Il presidente dell’Associazione avvocati *Liberi e solidali*, Gennaro De Falco, con una nota invita a riflettere sul fatto che «la tragica fine dell’avvocato Lucio Mazzella è assolutamente speculare al suicidio dell’operaio della Thyssen, dimostrando che il disagio e la precarietà sono circostanze assolutamente comuni anche nel mondo del lavoro autonomo, anch’esso profondamente colpito da crisi economica e sovraffollamento».

solo a *Spoon River*, e se chi si priva della vita per ritenere la fine sua un fatto esclusivamente privato, può a priori rinunciare al valore della memoria e rimanere imperturbabile a un'eventuale *damnatio*, nessuno di essi può illudersi *legittimamente* di tacitare i sopravvissuti. Umberto Eco può pure chiedere di non essere celebrato prima di un significativo lasso di tempo, ma ogni studioso *deve* ignorare tale particolare ogni volta che esigenze culturali lo richieggano. Gli alunni dell'incontaminazione esistenziale sanno che l'uomo nasce solo, vive solo, muore solo. Nessuno è però veramente solo di se stesso. Ogni allusione, messaggio, volizione sulla propria fine è un testamento. In realtà, è una tempesta di sentimenti, emozioni, comunicazioni. Noi possiamo coglierne solo una come appunto scritta sulla tomba. Solo una, di volta in volta. Senza illuderci di avere veramente colto la coincidenza (ma solo per approssimazione, persuasi solo – unica certezza? – della inevitabile [?] deformazione soggettiva).

Per approssimazione convenzionale chi è stato in vita sovraesposto ambisce al silenzio della morte come la cellula primordiale nata al piacere della vita tende a ricercare <sup>21</sup> il piacere della quiete e di *Thanatos*. Socrate parla con le leggi della città e rifiuta l'esilio, ma, citando a caso, se volete essere indulgenti per la provocatoria confusione ricercata, Pirandello voleva che di sé non rimanesse neppure le ceneri, quasi ogni autore vorrebbe che delle proprie opere non pubblicate non rimanesse traccia. Basti pensare a Virgilio o a Kafka. Tale è la distanza tra la perfezione ambita e l'esito storico avvertito dall'autore come inadeguato che egli si raccomanda di farne sparire le tracce col rogo. Alla luce di una sorta di (legge del) contrappasso chi in vita aveva tacitato d'incanto chiunque con la semplice allusione al proprio formidabile archivio, lasciò detto che sulla tomba avrebbe voluto veder scritto: «Fatevi i fatti vostri». Statisti e personaggi insigni (Moro, Pertini, Lucio Magri) tutti traditi e giustamente, perché nessuno di essi fu solo suo ma fu – ed è – anche parte di noi e noi di lui. Ognuno di noi ha contribuito alla sua personalità. Chi si suicida in particolare ci priva di quella parte di noi che è in lui. Ogni uomo è in buona parte anche l'esito di una ininterrotta qualificazione sociale. È grave che ancora ieri – 9 giugno 2019 – Rossana Rossanda abbia difeso sul Corriere della sera addirittura il messaggio *politico* di Lucio Magri. Ma come: tu, protagonista del '68, parlamentare, amato e desiderato nella bella stagione e ininterrotta, splendido uomo, la fai finita per una crisi esistenziale? Pietà umana a parte <sup>22</sup>, non sapevi che la morte è pur essa

---

<sup>21</sup> SIGMUND FREUD, *Al di là del principio del piacere*, in *Opere 1886-1921*, Newton Compton Editore, Roma, 2010, p.2282 (pubblicato in origine nel 1920). Cfr. spec. p. 2284 s., in relazione al principio «metapsicologico» e di «economia», di «stabilità», che diremmo *responsabile* (salvo insomma il *principio di realtà* e di «autoconservazione», *ipotizzato come prevalente*, in caso di conflitto).

<sup>22</sup> Sulla (difficile e quasi impossibile) elaborazione del lutto, cfr. ELENA STANCANELLI, *Il crepa-*

un fatale compagno di viaggio? È questo, la fuga, il Vostro ultimo messaggio sociale? Non è così per noi, occasionali *viatores*, che serbiamo memoria feconda e fedele, per quanto possibile, di ogni parte baluginante di Voi.

Il presentatore del cammeo però, se gli è concessa una notazione intertestuale, pur valorizzando debitamente la consegna suprema del suicida, secondo le sue chiare intenzioni, assurte a simbolo inequivocabile quando coincidente con una precisa protesta sociale (più manifeste e *dedicate* di così!), non intende con questo prendere definitiva posizione scientifica sul dubbio supremo (storicamente all'inizio caro al solo diritto privato romano, perché imprescindibile) riguardante l'ultimo istante della vita: se la morte appartenga o meno alla vita stessa.

I Romani furono *originali* nel diritto e nella funzionalità ingegneristica. Nel dubbio se la morte appartenga alla vita o alla morte furono originalissimi e concreti (come sempre). A riguardo, oggi, le imprescindibili coordinate presupposte di riferimento, astratte e funzionali, andrebbero connesse e scrimate e aggiornate alla luce del pensiero filosofico: da Parmenide a Eraclito, evidentemente, poi confrontate con Zenone fino agli infiniti cristallizzati e dinamici di Leibnitz, con ogni successiva, discrezionale e necessaria (per la funzionalità degli infiniti stessi) approssimazione correlata, per pervenire al matematico Maiorana (per sfiorare solo apici non ignorabili). Il dato storico (la morte è storicamente la fine della vita fisica) conflige<sup>23</sup> con la dialettica in grado di dimostrare (o tentare di dimostrare) che, proprio sul piano della storia (non si può morire se non si sia in vita), la morte è anche l'ultimo atto e irreversibile della vita (e qui il punto definitivo va posto, anche allusivamente, prima di chiudere la parentesi.)

Quanto il tema sia ancor oggi assai poco approfondito – anche giuridicamente, che è quanto dire – lo dimostra il fatto che il chirurgo, munito di formale e sostanziale consenso, può legittimamente espiantare l'organo di un uomo con l'encefalogramma piatto, ma se lo stesso uomo viene privato della vita organica da altri non per ragioni di espianto, chi abbia posto in essere la soppressione della vitalità individuale (vegetativa o qualificata tecnicamente come non vita umana vera, irreversibilmente priva di coscienza e volontà) viene incriminato, in quasi tutti gli ordinamenti giuridici, per omicidio e non per vilipendio di cadavere o altra previsione di reato.

A riguardo si può comunque ipotizzare – e con buone motivazioni di fatto e scientifiche (il tema del *risveglio* dal coma irreversibile è tuttora oggetto di analisi, per non dire di manipolazioni con le staminali, sinora del tutto impo-

---

*cuore uccide anni dopo*, in *La Stampa*, 16 giugno 2019. La stessa cita JULIAN BARNES, *Livelli di vita*, Einaudi, Torino, 2013 e il concetto di *Sehnsucht*, traducibile come «*Nostalgia profonda di qualcosa*».

<sup>23</sup> Nell'incertezza lessicale si indulga sull'opzione *latinista*.

tenti) – che la morte *non* coincida affatto con l’encefalogramma piatto, il che però contraddice il principio di liceità dell’espianto. *Simplicius* ritiene che la morte appartenga alla morte ma che la volontà manifestata in vita come espressione della persona vada rispettata dagli eredi anche dopo la morte e anche se non blindata da formule testamentarie (così non potrà essere imposto un funerale religioso cattolico a chi in vita si è dichiarato appartenente ad altra fede religiosa). In ciò Jemolo la pensa diversamente e, da grande giurista, proprio su un organo mediatico, *La Stampa* di Torino, suggerisce, nella rubrica *Gli occhiali del giurista*, di porre un vincolo economico-giuridico in sede testamentaria, a carico di chi dovrà ottemperare alle volontà del defunto.

In un conflitto permanente e mutevole tra Mondo e Oltremondo, per dirla alla Baricco, per quanto studioso visto come seducente e ingannevole, in cui un’ininterrotta osmosi, confonde e manipola e altera il divenire della conoscenza, in una sorta di gioco virtuale (*The Game*), che non è gioco e che non è virtuale, che altera biologicamente la struttura fisica del cervello umano e la postura nel cammino, voler semplicemente prescindere dai media, ignorarli, è pretendere di capire procedendo *a collo storto*, come i dannati danteschi. Si può non citare Wikipedia, probabilmente dopo essersene avvalsi, si può e si deve criticare la mera conoscenza superficiale mediatica, quando rimanga solo tale, ma non se ne può semplicemente prescindere.

Perché se l’ha capito – e da mezzo secolo – *l’animuccia* di *Simplicius*, si direbbe a Napoli, *l’anima pezzentella* di *Simplicius*, lo può e forse lo *deve* capire (l’asterisco ritiene il ‘forse’ una cortesia dovuta) anche quella parte del Ggota accademico blindata nella fortezza del *Coro angelico*, da cui le anime *pezzentelle* sono per definizione presupposta escluse. Esse, com’è noto, nelle raffigurazioni votive partenopee, ardono e soffrono in Purgatorio. Non perché l’anima peccatrice di *Simplicius* valga oltre il peso scientifico nullo del neutrino, ma perché non accada che, nonostante l’ermellino, schermo ingannevole, ci si ponga – e sarebbero questo un più grave errore e un male oggettivo per la ricerca – su un gradino, *diverso*: quello della testimonianza nobile e dell’eloquenza muta, assai importanti pur esse, anzi essenziali, ma che anche i reperti archeologici hanno.

Un gradino (difficile, in astratto impossibile, la gradazione matematica tra *insiemi* eterogenei, salvo inserire, per necessità, una funzione convenzionale correttiva) non tanto meno elevato del neutrino stesso, a peso scientifico zero, salvo infinitesimali, ma, anche se non tutti gli accademici se ne avvedono, collocabile – è questo il dubbio del neutrino – solo *fuori del tempo e contro la scienza*.

\* \* \*

Rimane la convinzione che lo scritto del neutrino, forse utile e necessario e avvertito soggettivamente come atto dovuto, ma non veramente necessario, se c'è evidenza che parli da sé, è *però di assoluta retroguardia rispetto alle attese dei Tempi. Nasce vecchio, come nacque anziana la pecora Dolly.*

*È solo un segno nella* transizione tra un passato glorioso e schivo, qui trattato con riferimento a un difetto metodologico antico e il presente generato dalla rivoluzione mediatica (e in questo, comunque la pensiate, la mutazione avvertita da Baricco è veramente impagabile).

Rimane per la scienza, «ritrosetta» a contaminarsi coi media più della vergine dell'Opera verdiana, il compito di rivisitare le regole del mondo, sedotto a sua insaputa dalla rivoluzione informatica e dominato da lame di tenebra.

Che avesse ragione Pessoa?

#### RIASSUNTO

Il contributo intende esaminare, a partire dall'esperienza della scienza del diritto ecclesiastico, il rapporto tra ricerca scientifica e contributi mediatici. Invero, il tradizionale atteggiamento di autoreferenzialità, unitamente all'ostracismo manifestato nei confronti di tali contributi, dovrebbe indurre ad una maggiore apertura delle scienze nei riguardi dei mass-media.

#### PAROLE CHIAVE

*Mass media; Ricerca*

#### ABSTRACT

The contribution intends to examine, starting from the experience of the science of ecclesiastical law, the relationship between scientific research and media contributions. Indeed, the traditional self-referential attitude, together with the ostracism expressed towards these contributions, should lead to a greater opening of the sciences towards the mass media.

#### Key words

*Mass media; searche*

# Riflessioni filosofico-giuridiche sulla tutela penale specifica del sentimento religioso

AUGUSTO ROMANO

La protezione penale di beni giuridici in materia di religione testimonia l'andamento del processo di secolarizzazione, nonché il rilievo assunto dal principio di laicità che caratterizza “*in senso pluralistico la forma del nostro Stato entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizione diverse*”<sup>1</sup>.

Il più recente intervento legislativo<sup>2</sup> – teso a conservare la tutela penale del fenomeno religioso e sottoporre le condotte incriminate ad un trattamento sanzionatorio complessivamente più blando rispetto al passato – appare sostanzialmente un compromesso normativo tra condizionamenti valoriali di lungo periodo e contingenti opzioni politiche che, in effetti, finiscono per mantenere i delitti in materia di religione in sospenso tra la continuità dell'iscrizione al diritto penale classico e la via di una sorta di depenalizzazione di fatto.

---

<sup>1</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 508/2000.

Sul tema del rapporto tra principio di laicità e diritto penale in materia religiosa la letteratura è ampia. Tra i contributi più significativi si vedano: NICOLA COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 594-620; PLACIDO SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori. La superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 621-638; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Appartenenze /credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2008, pp. 1-29; GIOVANNI FLORA, *La tutela penale del fattore religioso tra codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, pp. 97 ss.; MARIO ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 494 ss.; DOMENICO PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 55-94; MARIA C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004; FEDERICO STELLA, *Laicità dello Stato, fede e diritto penale*, in GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 309 ss.; PLACIDO SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Giuffrè, Milano, 1983.

<sup>2</sup> Per la disamina della Legge 24 febbraio 2006, n. 85 che ha modificato il titolo IV capo I del libro II del codice penale e per utili disquisizioni dottrinali al riguardo si rimanda a RENATO NITTI, *Titolo IV. Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in GIORGIO LATTANZI – ERNESTO LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. V – libro II, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 389-437; nonché CARMELO SGROI, *Titolo IV. Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in GIORGIO LATTANZI – ERNESTO LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. VII – libro II, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 511-527.

Il legislatore anziché provvedere ad un'indispensabile riforma organica di tutela del fenomeno religioso – favorita peraltro dagli approdi della giurisprudenza costituzionale, che ha più volte reso decisioni caducatorie e in parte manipolative in materia<sup>3</sup> – si è infatti limitato a manifestare una linea programmatica inadeguata al carattere pluri-etnico e multireligioso dell'attuale democrazia pluralista italiana, caratterizzata da significativi flussi immigratori di persone appartenenti a culture “altre” e scossa da episodi di razzismo e xenofobia.

Considerare il pluralismo significa riconoscere le differenze – quale condizione di giustizia ed equità – nel rispetto del patrimonio spirituale di ciascuna religione ed etnia, in una ragionevole cooperazione nella reciprocità e mantenendo l'imprescindibilità della tutela e garanzia del sistema universale dei diritti umani e dei valori fondamentali delle democrazie contemporanee<sup>4</sup>.

Risulta necessaria, pertanto, una politica del diritto che garantisca una pacifica convivenza sociale e tuteli complessivamente la libertà di tutti i cittadini a professare una fede religiosa e a celebrarne i culti o anche a non professare alcuna religione, in un bilanciamento equilibrato con tutte le altre libertà costituzionalmente garantite<sup>5</sup>.

Il processo di secolarizzazione delle società occidentali ha infatti prodotto dinamiche di desacralizzazione, ma non ha attivato, di per sé, un affievolimento del religioso in quanto tale, quanto piuttosto una crisi della religiosità istituzionale, con l'allentamento tra credenza e appartenenza e il sostituirsi di una religiosità personale, favorendo quindi una società più frammentata<sup>6</sup>.

Nell'orizzonte di un ordinamento politico di democrazia liberale, in cui,

---

<sup>3</sup> Cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2014.

<sup>4</sup> Sull'argomento si rinvia agli studi, ormai classici, di RONALD DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010; JOHN RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994; CHARLES TAYLOR, *La politica del riconoscimento* (1992), in JURGEN HABERMAS, CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 9-62.

Tra i contributi più recenti in ambito filosofico-giuridico e filosofico-politico, cfr. ROBERTA SALA, *Pluralismo religioso, tolleranza e modus vivendi*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2018, 1, pp. 105-123; FABIO MACIOCE, *A Multifaceted Approach to Legal Pluralism and Ethno-Cultural Diversity*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 48, 2016, pp. 1-16; PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016; CORRADO DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, ETS, Pisa, 2014; AGATA C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Diritto e religione tra immigrazione e integrazione*, Aracne, Roma, 2013.

<sup>5</sup> Si pensi, fra le altre, alla questione dei limiti alle manifestazioni del pensiero recanti una potenzialità offensiva del sentimento religioso: circostanza che, come è noto, si è posta in maniera tragicamente clamorosa a Parigi nel 2015 a seguito della pubblicazione di vignette nel giornale satirico *Charlie Hebdo*.

<sup>6</sup> Sul punto cfr. FRANCESCO D'AGOSTINO, *Diritto, religione e secolarizzazione*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013, fascicolo speciale, dicembre, p. 11.

per un verso, si assiste alla rilevanza del fattore religioso nelle sue molteplici forme e, per altro verso, però, non può non destare preoccupazione il rischio dell'emersione di realtà fondamentaliste intolleranti che accampano pretese di esclusività e di imposizione di particolari concezioni religiose o morali, un'avveduta politica penale rimane pertanto necessaria per la tutela della convivenza di uguali libertà e del pluralismo delle culture.

Parte della dottrina ritiene che nell'odierna società multiculturale le possibili conflittualità innescate da pretese di libertà illimitate e condotte illecite offensive della religione possono, in effetti, trovare una equilibrata risposta sanzionatoria superando l'odierna tutela penale del sentimento religioso attraverso una generalizzata abolizione delle specifiche disposizioni che lo presidiano, facendo rientrare le condotte oggi specificamente sanzionate sotto la tutela delle norme penali ordinarie a difesa di beni comuni.

In sostanza, alla luce del principio di laicità, non si riterrebbe opportuna *“una tutela penale specifica, laddove all'opposto possano soccorrere discipline comuni perfettamente applicabili (il reato di turpiloquio per la bestemmia, l'ingiuria o il danneggiamento per il vilipendio di persone o cose), con esiti assai più sostenibili nella prospettiva multiconfessionale”*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> FRANCESCO RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di uguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 3347.

Cfr., recentemente, UGO ADAMO, «Senza distinzione... di religione». *Libertà di manifestazione di pensiero e tutela del sentimento religioso*, in *Consulta Online*, 2018, I, pp. 50-81; FABIO BASILE, *I delitti contro il sentimento religioso: tra incriminazione dell'opinione e tutela della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, 20, pp. 1-14; ANDREA LOLLO, *Blasfemia, libertà di espressione e tutela del sentimento religioso*, in *Consulta Online*, 2017, III, pp. 474-489. Sul punto si vedano anche le riflessioni di NICOLA COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, cit.; PLACIDO SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori. La superstita tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, cit.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Appartenenze /credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, cit.; GIOVANNI FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletti*, I, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 185 ss.

È stato inoltre sostenuto qualche tempo addietro che *«l'unica via percorribile è quella consistente nel mantenere, certo, la tutela di quel particolare bene che è la religione, ma di attuarla attraverso semplici qualificazioni di ipotesi generali – ingiuria, diffamazione, violazione di domicilio – che possono raggiungere efficacemente lo scopo, cancellando quella specificità di tutela del sacro e della religione che contrasta irrimediabilmente con i principi dello Stato sociale di diritto»*(ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico: ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 464); nonchè *«il principio di laicità impedisce che venga assistito da tutela penale qualsivoglia complesso etico-ideologico (prova ne sia che persino gran parte delle regole fondamentali del vivere democratico e la stessa forma repubblicana non sono presidiate da alcuna misura penale)»* (GIANPAOLO FONTANA, *Il principio supremo di laicità nello Stato democratico-pluralista e la tutela penale del sentimento religioso*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 5, p. 991). SERGIO LARICCIA, *Coscienza e libertà*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 95, reputa poi che *«l'abrogazione delle norme che puniscono il vilipendio della religione e la bestemmia consentirebbe una liberalizzazione della legge civile nel senso di escludere dalle sanzioni legali un fenomeno deteriore ed offensivo, ma che non sembra debba assumere rilievo sul piano dell'ordinamento giuridico statale»*.

Tendendo gli illeciti offensivi delle confessioni religiose ad avere un'incidenza sempre meno rilevante nella coscienza collettiva della società contemporanea, è stato insomma considerato un "diritto penale laico" rispetto a cui risulterebbe incompatibile un programma di tutela specifica che "*finirebbe comunque per attribuire uno status privilegiato al sentimento religioso rispetto a sentimenti diversamente orientati. È la religione come tale, pur se in prospettiva personalistica, che non può avere la qualità di bene giuridico in un ordinamento secolarizzato*"<sup>8</sup>.

Sulla scia dell'impostazione del codice penale tedesco del 1969, che contempla la religione come una qualsiasi altra attività culturale o come semplice *Weltanschauung*<sup>9</sup>, anche parte della dottrina italiana tende, quindi, essenzialmente ad assimilare le tematiche culturali ed ideologiche alle tematiche religiose, promuovendo la salvaguardia del fattore religioso ad opera del diritto penale comune.

Con una posizione che si fonda sul relativismo dei valori e colloca lo Stato in una posizione non cognitivista<sup>10</sup>, il punto di partenza non è la garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà religiosa – con la dovuta accortezza per il pieno sviluppo della personalità di ciascun uomo – ma è il ritenere la religione come una tra le possibili opinioni presenti nel corpo sociale e, come tale, eventualmente, rivelantesi giuridicamente irrilevante per l'ordinamento.

Lo Stato, da semplice soggetto garante dell'ordinamento, della legalità degli atti e della legittimità dei pubblici poteri, verrebbe però in tal modo trasformato in custode di un determinato patrimonio morale caratterizzato dalla molteplicità dei valori, attraverso una particolaristica opzione ermeneutica della realtà che gli farebbe assumere, paradossalmente, l'illiberale fisionomia di Stato etico.

La democrazia risulterebbe ridotta a mera procedura priva di qualunque contenuto, con un'attenuazione del principio di legalità costituzionale, che finirebbe per soggiacere alla pressione del potere maggiormente in grado di affermarsi, rischiando di inverare quindi una sorta di tirannia della democrazia.

L'astrazione della validità formale del diritto dai contenuti delle singole

---

<sup>8</sup> NICOLA COLAIANNI, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, in *Foro italiano*, 1996, I, pp. 35-36. Al riguardo, il medesimo autore, ritiene, inoltre, che il principio di laicità impedirebbe «*di attribuire a qualsivoglia complesso etico-ideologico, religioso o areligioso [...] una valorizzazione penalistica come bene di civiltà, di interesse generale*» poiché finirebbe per attribuire «*uno status privilegiato al sentimento religioso – sia pure di ogni tendenza – rispetto a sentimenti diversamente orientati*» (Id., *Libertà costituzionali e diritto penale «di religione»*, in *Politica del diritto*, 1996, I, pp. 159-160).

<sup>9</sup> Al par. 166 StGB si parla di «*religiöse oder weltanschauliche Bekenntnisse*» (cfr. WINFRIED HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in LUIGI LOMBARDI VALLAURI, GERHARD DILCHER (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, vol. II, Giuffrè, Milano – Baden-Baden, 1981, pp. 1309 ss.

<sup>10</sup> Sul punto v. FRANCESCO RIMOLI, voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII (Aggiornamento), Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1995, pp. 1-15.

norme, piuttosto che rappresentare un formalismo garantistico, diventerebbe funzionale ad un sistema penale svuotato della sua essenzialità.

Una concezione della laicità che non considera la specificità e la “*centralità antropologica dell’interrogativo su Dio*”<sup>11</sup>, non può pertanto che suscitare talune perplessità.

Del resto, come affermato dalla Corte Costituzionale, il principio di laicità “*implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*”<sup>12</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, a ben vedere, sancisce “*la stessa esatta meritevolezza di tutela per il pensiero religioso (per ogni tipo di pensiero religioso) e per il pensiero laico (per ogni tipo di pensiero laico). Il valore universale è lo Stato, non il pensiero laico.*”

*Bisogna dunque distinguere una visione laica del mondo e una visione laica dello Stato, tra loro indipendenti. La prima si contrappone alle visioni del mondo rivelate da una specifica religione. La seconda si contrappone alle visioni dello Stato come ordinamento integralista, e ha due versioni: lo Stato laico-laicista, che impone ai cittadini una visione del mondo laica; lo Stato laico-liberale, che non impone ai cittadini una specifica religione e nemmeno una visione laica del mondo. Lo Stato integralista e lo Stato laicista sono (in senso popperiano) “chiusi”; lo Stato laico-liberale si contrappone a entrambi come ‘aperto’”<sup>13</sup>.*

Il termine laicità rinvia a neutralità, imparzialità, al riconoscimento più ampio possibile di libertà, anche giuridiche; mentre il laicismo si caratterizza per un atteggiamento di contrapposizione sostanzialmente intollerante rispetto al fatto religioso, per un’impostazione non neutrale ma ideologica<sup>14</sup>.

Potremmo dire che “*la misura della realizzazione della libertà religiosa*

---

<sup>11</sup> FEDERICO STELLA, *Il nuovo Concordato tra l’Italia e la Santa Sede: riflessi di diritto penale*, in *Jus*, 1989, 1, p. 101.

<sup>12</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 203/1989.

<sup>13</sup> LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in ADOLFO CERETTI, LOREDANA GARLATI (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 57-58.

<sup>14</sup> Al riguardo, Bobbio rilevava come «quando la cultura laica si trasforma in laicismo, viene meno la sua ispirazione fondamentale, che è quella della non chiusura in un sistema di idee e principi definiti una volta per sempre» (NORBERTO BOBBIO, *Perché non ho firmato il «Manifesto laico»*, in ENZO MARZO, CORRADO OCONE (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 127). Sul tema, cfr. VINCENZO TURCHI, *Laicità e laicismo: origini storiche e ragioni attuali di una dicotomia*, in GERALDINA BONI, ERMINIA CAMASSA, PAOLO CAVANA, PASQUALE LILLO, VINCENZO TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. II, Diritto ecclesiastico, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 1231 ss.; *contra* SERGIO LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, Roma, 2011, p. 107.

*designa pertanto la misura della laicità (Weltlichkeit) dello Stato*<sup>15</sup>.

Il giudice delle leggi sollecita quindi una realistica riflessione sul principio di laicità, tesa a superare le concezioni che racchiudono l'esperienza religiosa nella coscienza della persona – cui di certo spetta il primato – escludendone la dimensione e la rilevanza sociale.

Il fenomeno religioso, nella sua dimensione non solo individuale ma organizzata, infatti, può, assumere rilievo “*in quanto fattore di coesione civile, che consente di innervare moralmente la democrazia e di contribuire alla costruzione di quel “consenso per intersezioni” che appare l’unico modo possibile di legittimazione del potere nelle società occidentali contemporanee*”<sup>16</sup>.

La laicità impone la parità di trattamento di persone e gruppi, indipendentemente dal credo professato o dal non professare alcun credo e un'effettiva, adeguata, tutela del sentimento religioso è per la Corte una conseguenza diretta ed immediata richiesta dal diritto costituzionale di libertà religiosa<sup>17</sup>, nella consapevolezza che in un ordinamento moderno l'intervento del diritto penale ha carattere di sussidiarietà e va utilizzato come *extrema ratio* rispetto ad altri strumenti politico-sociali<sup>18</sup>.

Se non viene considerata “*piuttosto un metodo che un contenuto*” – assoltizzando, univocamente, una concezione del mondo che pretende di avere una visione globale ed esclusiva della storia e della società – la laicità si trasforma, infatti, “*in laicismo quando viene meno alla sua ispirazione fondamentale, che è quella della non chiusura in un sistema di idee e di principi definiti una volta per sempre*”<sup>19</sup>.

L'abbandono della concezione teocratica del diritto penale ha, peraltro,

---

<sup>15</sup> ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, p. 61.

<sup>16</sup> MARCO OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzione di religione e laicità dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 3979.

<sup>17</sup> Al riguardo cfr. STELIO MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale»*, in *Diritto e società*, 1, 1997, pp. 27-39.

<sup>18</sup> Cfr. LUCIANO EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa ?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2002, pp. 76-115.

In una prospettiva di diritto penale «minimo» cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990; ALESSANDRO BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 443-473; ELIGIO RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 475-491. Riflessioni critiche sulle tendenze «riduzionistiche» del diritto penale minimo sono in GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 802-820, secondo i quali il diritto penale moderno deve sì correggere la sua naturale tendenza all'ipertrofia, ma deve nel contempo realizzare una tutela equilibrata di tutti i beni fondamentali, individuali e collettivi.

<sup>19</sup> NORBERTO BOBBIO, *La polemica sulla cultura laica*, in *Nuova Antologia*, 1988, n. 2168, p. 145.

condotto, in un *continuum* storico evolutivo, ad un diritto penale secolarizzato, caratterizzato da una “laicità” che sta ad indicare “che la costruzione giuridico-penale statale è una costruzione temporale, retta da principi suoi propri, autonoma rispetto a qualsiasi fede, religiosa e non”<sup>20</sup>.

Attraverso un processo lungo e complesso – che va dall’Umanesimo e dal Rinascimento al giusnaturalismo moderno, fino all’illuminismo ed al liberalismo giuridico – si è costruito un diritto penale legittimato dall’ordine politico-sociale, determinato alla stregua di criteri non trascendenti<sup>21</sup>.

Il rifiuto di forme di teocrazia non ha significato però una negazione della prospettiva religiosa, bensì una distinzione di piani, ossia una distinzione tra teologia e diritto, tra peccato e delitto, tra violazione della legge morale e violazione della legge giuridica, quest’ultima sola legittimante l’intervento coattivo dello Stato<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> FEDERICO STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità: problemi e prospettive*, Vita e Pensiero, Milano, 1977, p. 306.

In proposito cfr. anche NICOLA COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell’età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2016; LUCIA RISICATO, EMANUELE LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli, Torino, 2009; GABRIO FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 308 ss.; LUCIANO EUSEBI, *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello Stato laico*, in ANTONIO ACERBI, LUCIANO EUSEBI (a cura di), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, pp. 207-250; MARIO TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (CZ), 1996; FERRANDO MANTOVANI, *Problemi della laicità nell’esperienza giuridico-penale*, in GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 83-104; SERGIO MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 1979; GIOVANNI FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., pp. 185 ss..

<sup>21</sup> Su questo tema affascinante e complesso, cfr. PAOLO PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei Fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000; MARIO A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Giappichelli, Torino, 1998, in part. pp. 337-357; DANILO CASTELLANO, GIOVANNI CORDINI (a cura di), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1994; GIACOMO MARRAMAO, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 1994; LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.; AUGUSTO DEL NOCE, *Secolarizzazione e crisi della modernità*, Esi, Napoli, 1989; FRANCESCO D’AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano, 1982; MARIO ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit..

<sup>22</sup> Si potrebbe dire, in tal senso, che la secolarizzazione del diritto penale è «un portato del messaggio cristiano. Ricordiamo la frase di Cristo, tante volte abusata in certe applicazioni, ma in sé fondamentale, «rendete a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio» (Matteo, XXI, 21)» (MARIO A. CATTANEO, *Secolarizzazione e diritto penale*, in DANILO CASTELLANO, GIOVANNI CORDINI (a cura di), cit., p. 144). Sul punto, cfr. anche JACQUE LE GOFFE, *Il Medioevo. Alle origini dell’identità europea*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 9.

Circa il processo storico di secolarizzazione e la distinzione tra «secolarità» e «secolarismo» cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Libertà religiosa e secolarismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, 10, pp. 1-13; nonché, in una prospettiva filosofico-politica, ANNA ELISABETTA GALEOTTI, *Secolarismo e oltre*, in ALESSANDRO FERRARA (a cura di), *Religione e politica nella società post-secolare*,

La dialettica e la progressiva distinzione tra il concetto di peccato – come disobbedienza alla legge morale – e il concetto di reato – come disobbedienza alla legge positiva – esprimono infatti il processo evolutivo storico-giuridico, manifestazione di modernità dello sviluppo occidentale del teismo giudaico-cristiano.

La religione “*non è più lo spirito dello Stato [...] essa è divenuta lo spirito della società civile [...]. Essa non è più l'essenza della comunità, ma l'essenza della distinzione [...]. Essa è stata [...] esiliata dalla comunità in quanto comunità*”<sup>23</sup>; non è più, quindi, parte dell'ordinamento statale come tale, ma appartiene alla scelta di valore e all'interesse dei singoli individui.

Obiettivi comuni di natura secolare, indipendenti dalla religione, costituiscono la sostanza universale che struttura lo Stato.

La democrazia liberale si dichiara incompetente a discutere rispetto alle molteplici visioni del mondo ed alle concezioni religiose espresse in una società multiculturale e pluralista, offrendo però la cornice nella quale questioni di verità e di valori possono essere liberamente espresse alla luce di un principio di inclusione che consideri centralmente il concetto di tolleranza, di conoscenza dialogica e di libertà.

Nell'odierno dibattito pubblico, razionalità “secolare” occidentale e fede possono quindi dar luogo ad una correlazione polifonica<sup>24</sup>, se disponibili reciprocamente ad apprendere e ad autolimitarsi, ben sapendo che le diversità possono avere un valore positivo di arricchimento della discussione.

In questo senso un ordinamento liberaldemocratico, nel garantire una libera competizione fra le conoscenze, non può non dirsi relativista, che “*non significa che una cosa vale l'altra e dunque nulla ha valore. Significa che le convinzioni, i valori, le fedi sono, per l'appunto relativi a chi li professa e che nessuno può imporli agli altri. E che, sul piano della vita collettiva, essi devono formarsi*

---

Meltemi, Roma, 2009, pp. 81-99.

Sul tema utili riflessioni sono, inoltre, nell'*Editoriale de La Civiltà Cattolica (La secolarizzazione oggi*, in Quaderno n. 3641 del 2002, pp. 425-434), in cui si rileva per un verso una «secolarità» positiva che ha condotto al riconoscimento della laicità e non-confessionalità dello Stato e, quindi, della giusta autonomia della cultura, dello Stato, della politica e della vita sociale, dalla Chiesa e dai regolamenti ecclesiastici; per altro verso, si evidenzia, però, che il processo di secolarizzazione ha avuto anche l'esito del «secolarismo», per il quale Dio – il cui stesso nome appare senza senso – deve essere escluso totalmente da ogni ambito della vita umana, sociale e personale.

<sup>23</sup> KARL MARX, *La questione ebraica e altri scritti giovanili*, Editori Riuniti, Roma, 1954, pp. 59-60.

<sup>24</sup> Sul punto, in riferimento alla specificità della fede cristiana, si vedano le riflessioni di JOSEPH RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, in JOSEPH RATZINGER, JÜRGEN HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, p. 56.

Riguardo al dialogo Habermas – Ratzinger, interessanti spunti critici si trovano in PIERO MARINO, *Legami: Logos e Diritto al tempo della secolarizzazione. Sul dialogo Ratzinger – Habermas*, in *Diritto e Religioni*, 2018, 2, pp. 252-273, nonché in VITTORIO POSSENTI, *Stato, diritto, religione. Il dialogo tra Jürgen Habermas e Joseph Ratzinger*, in *Roczniki filozoficzne*, tomo LXII, 2014, 1, pp. 71-85.

*procedendo da libero confronto tra le relatività*<sup>25</sup>, nella consapevolezza che la democrazia è la forma di ordinamento politico più adeguata a garantire la collaborazione di ciascuno nella formazione della legge in condizioni di uguaglianza.

Il problema del relativismo sta però nel concepire se stesso come illimitato e nel rischio di minare strutturalmente la democrazia che invece – lungi dal non presupporre una particolare concezione del mondo e dal non necessitare di alcuna giustificazione – poggia su irrinunciabili fondamenti di valore, quali il riconoscimento della pari dignità e dell'uguale libertà di tutti gli uomini.

Non avendo lo Stato moderno un'investitura religiosa e metafisica, esso non può e non deve quindi identificarsi con determinate religioni o con determinati orientamenti etico-religiosi e dichiararli vincolanti per tutti, ma la tolleranza ed il pluralismo ideologico, tipici delle liberaldemocrazie e dell'etica secolarizzata, non significano la negazione dei valori etici assoluti; pluralismo non significa infatti Wertnihilismus<sup>26</sup>.

La ricerca illuministica dell'emancipazione del diritto penale dagli influssi religioso-ecclesiali – con le sue conquiste della separazione di ambiti, dell'allargamento della sfera di libertà, dell'esclusione della punizione della manifestazione di opinioni – non si traduce affatto in una scelta convenzionalistica della funzione del diritto penale, il quale mantiene invece il suo significato autentico laddove rimane a tutela della persona umana, nella sua integralità, a tutti i livelli ed in tutti i rapporti.

Pertanto, un'opzione etica non cognitivista che ritenesse superflua una tutela penale del sentimento religioso, rischia di sottovalutare che il bene giuridico offeso dal reato e protetto dalla legge penale è il diritto individuale, il diritto soggettivo della persona, di cui fa parte l'atteggiamento liberamente assunto rispetto alla problematica religiosa.

L'equiparazione tra ideologie e fedi non considera il senso della ricerca di trascendenza ontologicamente strutturato nella persona e costituisce "*fictio giuridica macroscopica, inidonea, come tale, a cogliere l'essenza di realtà, che la storia dell'Occidente cristiano ci propone come inassimilabili: il credo religioso, con il suo portato di absolutezza metafisica, le concezioni filosofiche o politiche, con la loro attitudine ad essere ricondotte dallo Stato di diritto entro l'alveo relativistico della dialettica democratica*"<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, La biblioteca di Repubblica, Roma, 2005, p. 25.

<sup>26</sup> Già qualche tempo addietro lo rilevava lucidamente ROBERTO ORRÙ, evidenziando come ciò, in effetti, sia dimostrato dalla storia delle moderne Costituzioni, che si pongono quasi tutte nel solco della tradizione giusnaturalistica (in *Il dibattito sui valori e diritti fondamentali nelle «Settimane Salisburghesi»*. *Proposte e riflessioni*, in *Jus*, 1978, p. 324).

<sup>27</sup> MASSIMO JASONNI, *Illegittimità costituzionale del vilipendio e tutela penale del sentimento religioso nelle aporie della più recente giurisprudenza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 1998, p. 991.

Se l'ideologia è caratterizzata da un sistema di idee, di concezioni, di opinioni, atto ad interagire in un insieme di rapporti esistenziali, il sentimento religioso è, infatti, fondato su un *atto del credere*, che coinvolge primariamente la stessa costruzione della soggettività del credente, contrassegnato da un processo interiore della persona teso ad una prospettiva escatologica<sup>28</sup>.

La coscienza dell'éschaton – quale “*aurora dell'atteso nuovo giorno che colora ogni cosa della sua luce*”<sup>29</sup> – tenendo aperto il soggetto alla permanente eccedenza di speranza e di senso, opera costantemente coinvolgendo pensiero e azione dell'uomo.

Potremmo perfino dire, con Wittgenstein, che “*pregare è pensare al senso della vita*”<sup>30</sup>.

“*La ragione che riflette sul suo fondamento più profondo scopre la sua origine in un Altro; e la potenza fatale di questo deve essere riconosciuta dalla ragione, se essa non vuole perdere il proprio orientamento razionale nel vicolo cieco di un ibrido diventare preda di se stessa (hybride Selbstbemächtigung)*”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul tema cfr. lo studio di ITALO MANCINI, *Teologia, ideologia, utopia*, Queriniana, Brescia, 1974.

<sup>29</sup> JÜRGEN MOLTSMANN, *Teologia della speranza*, Queriniana, Brescia, 1971, p. 10.

<sup>30</sup> LUDWIG WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-1916*, in Id., *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, Torino, 1968, p. 173.

<sup>31</sup> JÜRGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello stato liberale*, in JOSEPH RATZINGER, JÜRGEN HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, cit., p. 33, il quale così continua: «Come modello serve qui l'esercizio di una conversione (*Umkehr*) compiuta, o almeno innescata, dalle proprie stesse forze, una conversione (*Konversion*) della ragione per mezzo della stessa ragione, indipendentemente dal fatto se tale riflessione venga posta, come in Schleiermacher, nell'autocoscienza del soggetto conoscente e agente, oppure, come in Kierkegaard, nella storicità della propria autoconsapevolezza esistenziale, oppure, come in Hegel, Feuerbach e Marx, nella lacerazione, densa di conseguenze, dei rapporti etici. Pur senza un'iniziale intenzione teologica, la ragione che scopre i suoi stessi limiti trapassa verso un Altro: o in un fondersi mistico con una coscienza che abbraccia il cosmo, oppure in uno sperare disperatamente nell'evento storico di un messaggio salvifico, oppure in un proporre una solidarietà progressiva, nei confronti degli ultimi e degli afflitti, allo scopo di sollecitare la salvezza messianica. Queste divinità anonime della metafisica posthegeliana – la coscienza abbracciante, l'evento memorabile, la società non-alienata – sono facili prede per la teologia. Esse si offrono ad essere decifrate come pseudonimi della trinità del Dio personale che comunica se stesso.

Questi tentativi di rinnovare la teologia filosofica dopo Hegel sono sempre più simpatici di quel nietszcheanesimo, che prende le connotazioni cristiane di udire e intendere, raccoglimento e attesa della grazia, provenienza ed evento, al solo scopo di richiamare in vita un pensiero privo di nucleo preposizionale, anteriore a Cristo e Socrate, in un'arcaicità indeterminata. Di fronte a ciò, una filosofia, che è conscia della sua fallibilità e della sua fragile posizione all'interno dell'edificio differenziato della società moderna, insiste per differenziare – in modo generico, ma non certo in senso peggiorativo – il discorso secolare, che ha la pretesa di essere accessibile in generale, e il discorso religioso, dipendente dalle verità di fede. Diversamente che in Kant e in Hegel, questa delimitazione grammaticale non si collega alla pretesa della filosofia di determinare essa stessa – oltre al sapere mondano socialmente istituzionalizzato – cosa sia vero e cosa sia falso nel contenuto delle tradizioni religiose. Il rispetto (*Respekt*), che va di pari passo con questa astensione di giudizio, si fonda sull'attenzione (*Achtung*) nei confronti di persone e modi di vita che attingono la loro integrità e la loro autenticità in primo

La coscienza della finitudine, l'angoscia della morte – limite costantemente incombente ed inevitabile – l'inquietudine del soggetto indagante, aprono ad una “nostalgia del totalmente Altro”<sup>32</sup>, stabilendo quell'incessante ricerca che produce pensiero e vita e fa sì che “in ultima istanza il nucleo generatore di ogni cultura è l'apertura al mistero di Dio”<sup>33</sup>.

Ridurre il sentimento religioso a mera superstizione o alla manifestazione di una nevrosi significa quindi non cogliere come il bisogno di credere sia antropologicamente costitutivo<sup>34</sup>.

«Si magnifica – dal razionalismo più maturo – la «supremazia della ragione»: ma lo si fa «nei limiti entro i quali la ragione può esercitare la sua opera». Lo si fa in rapporto a ciò che «empiricamente è rilevabile»: che «razionalmente è dominabile»: con gli strumenti e con i metodi delle indagini induttive. Al di là di questa soglia – quando a venir in giuoco siano i massimi temi del nostro essere – la «ragione ragionante» dei filosofi più non ha che dire [...] Che giustappunto è quanto accade ogni qual volta con “convincimenti religiosi” abbia a che farsi: i quali non di freddo ragionamento sono frutto (di «conoscenza discorsiva») sì invece d'un qualche moto mistico («meta-razionale») di «illuminazione coscienziale» [...] Allora è di «grandezze soprannaturali» che si tratta: e queste [proprio per il lor essere grandezze «sopra» o «preter-razionali»: proprio per l'essere «grandezze sopra-intelligibili»] restano affatto impenetrabili a una verifica intellettuale [...] È l'«intuizione» che fa valere nel caso il suo primato. Lo fa valere l'«emozione», il «sentimento morale»: con tutta la forza, tutto l'impeto, del «pathos numinoso».

Non «atto d'intelletto» è il credere: d'un intelletto dominabile dalla ragione, e dalla libera volontà. È un «atto di sentimento» a farsi largo: e questo [il

---

luogo da convinzioni religiose. Ma il rispetto non è tutto, la filosofia ha motivi per relazionarsi alle tradizioni religiose con una disponibilità ad apprendere» (*ibidem*).

Sul tema, utili riflessioni del filosofo di Francoforte si trovano in JÜRGEN HABERMAS, *Verbalizzare il sacro. Sul lascito religioso della filosofia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

<sup>32</sup> Nella costruzione della sua teoria critica della società, MAX HORKHEIMER, *La nostalgia del totalmente Altro*, Queriniana, Brescia, 1972, p. 75 – rifacendosi all'esperienza ebraica dell'impronunciabilità e non raffigurabilità di Dio – dice che «in nessun modo qui teologia significa scienza del divino, o magari scienza di Dio. Teologia significa qui la coscienza che il mondo è fenomeno, che non è verità assoluta, la quale solo è la realtà ultima. La teologia è – devo esprimermi con molta cautela – la speranza che, nonostante questa ingiustizia, che caratterizza il mondo, non possa avvenire che l'ingiustizia possa essere l'ultima parola».

<sup>33</sup> VITTORIO POSSENTI, *Religione e vita civile. Il cristianesimo nel postmoderno*, Armando, Roma, 2001, p. 10.

<sup>34</sup> Cfr. JULIA KRISTEVA, *Bisogno di credere. Un punto di vista laico*, Donzelli, Roma, 2006, pp. 5 ss.; ID., *La grammatica del credere*, in *Vita e Pensiero*, 2011, 3, pp. 74-83; ID., *Osare l'umanesimo*, in *Il cortile dei Gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, a cura di LAURENT MAZAS, Donzelli, Roma, 2011, pp. 18-19.

*sentimento] non è dominabile dall'uomo, ma lo domina»<sup>35</sup>.*

Il sentimento religioso, insomma, «resta espressione della parte di sé che maggiormente chi crede sente essergli «essenziale». Sicché [“de rei necessitate”] non può non conseguirne che qualunque convincimento di tanta levatura, sentito con pienezza di partecipazione coscienziale, valga a esprimere con singolare immediatezza la «dignità nativa», non conculcabile né prima ancora rinunciabile, della persona umana che ne avverta in scrinio pectoris la superiore vincolatività morale. E tali convincimenti, tanto profondamente radicati, avranno tutti la forza imperativa che gli viene dalla carica ideale che presiede alla avventura morale di ciascuno.

*A questo habitus animi [a questo sentirsi ognuno portatore d'una propria dotazione di valori da rispettare e realizzare] si assume si trasmetta – optimo iure – il singolare apprezzamento cui hanno titolo le più nobili espressioni della personalità degli uomini»<sup>36</sup>.*

L'ordinamento deve pertanto considerare meritevole di tutela e promozione tale cimento personale nella ricerca della verità, in un ambito che tocca la coscienza del soggetto e quindi il più profondo sentimento di doverosità morale.

La funzione inibente ed espansiva del sacro, attraverso interdetti e condivisioni, delinea infatti quel linguaggio che tesse la trama del legame sociale<sup>37</sup> di cui un ordinamento giuridico non può non tener conto, nella consapevolezza che «l'astrazione da cui nasce il difetto del diritto moderno è l'astrazione dalla vita»<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> PIERO BELLINI, *Determinazione concettuale della «idea di laicità» della esperienza liberale*, in ID., *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 3-4, il quale così continua: «E allora, consapevole dei limiti che circoscrivono il recinto della conoscenza razionalmente raggiungibile, e razionalmente giustificabile, ci si deve astenere dal respingere la possibilità di altre forme di conoscenza: di quelle che – benché non ottenibili col tangibile sussidio degli ordinari procedimenti intellettivi – restano ciò non di meno conseguibili con la «immediatezza di intuizione della esperienza emozionale», p. 4.

<sup>36</sup> PIERO BELLINI, *Determinazione concettuale della «idea di laicità» della esperienza liberale*, cit., pp. 5-6.

<sup>37</sup> «Queste credenze implicano valori e norme etico-giuridiche, consuetudinarie e formalizzate. Questo insieme complesso, nel quale si riconosce una pluralità di persone, definisce un «noi» comunitario, e a sua volta ne è definito» (SERGIO COTTA, *Diritto e religione tra «chiuso» e «aperto»*, in *Persona y Derecho*, 40, 1999, pp. 326-327. Sul punto cfr. dello stesso autore, *Politica e religione: somiglianze e dissomiglianze*, in *Communio*, 6, 1976, pp. 9-17.

<sup>38</sup> GIUSEPPE CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 420, il quale, poi, in riferimento al fatto religioso riteneva che «l'idea di Dio è così nell'animo, come aiuto, come bisogno, come spiegazione, fin dal primo momento della sua vita: fin dal primo momento sia il desiderio di liberazione dalla realtà di dolore a cui la vita si riduce, sia l'aspettazione di una perfezione che trascende le cose finite, sia il bisogno intimamente razionale di dare una conclusione razionale alla conoscenza di tutto il finito, fanno attenta l'anima a questa idea senza la quale essa non sopporta le prove dell'esperienza», ID., *Analisi dell'esperienza comune*

La religione – nella latinità *religio*, da *re-legere*<sup>39</sup> – intesa come qualcosa che lega infinito e finito, trascendenza e uomo, costituisce, quindi, nella sua complessa specificità, un fattore certamente non residuale della modernità, di cui il legislatore dovrà considerare la rilevanza, per non incorrere in «*un’alienazione dall’umano, un irrazionale allontanamento dell’uomo dalle sue radici*»<sup>40</sup>.

La tutela integrale della personalità umana nella totalità delle sue potenzialità espressive – quale preconditione essenziale dei presupposti fondativi di un ordinamento democratico che riconosce la radice antropologica del giuridico – necessita infatti anche di una garanzia di protezione del sentimento religioso, «*corollario del diritto costituzionale di libertà religiosa*»<sup>41</sup>.

Pertanto un legislatore che intenda promuovere l’affermazione del primato dei beni-valori-fini in quanto beni fondamentali della persona, quale valore in sé, non potrà certamente trascurare l’organicità del messaggio comportamentale che il diritto penale è in grado di rivolgere alla popolazione attraverso i suoi divieti<sup>42</sup>.

«*Se infatti la persona è al centro di numerosissime incriminazioni (le quali individuano l’ambito di più certa legittimità del diritto penale), se dunque l’ordinamento ritiene indispensabile indicare la centralità della dignità personale e della sua massima valorizzazione (anche) con l’ausilio dello strumento penale, allora potrebbe apparire difficilmente comprensibile una lacuna attinente alla tutela di quella che resta una espressione fondamentale della personalità*»<sup>43</sup>.

---

(1930), in *Opere*, II, *cit.*, p. 57.

<sup>39</sup> Cfr. ÉMILE BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni europee. II, Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino, 1976, p. 486 ss.

<sup>40</sup> MARIO ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, *cit.*, p. 1306.

<sup>41</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 329/1997.

<sup>42</sup> Anche con la valenza di riprovazione sociale propria della sanzione penale.

<sup>43</sup> FEDERICO STELLA, *Il nuovo Concordato tra l’Italia e la Santa Sede: riflessi di diritto penale*, *cit.*, p. 103.

Così anche PASQUALE LILLO, *Corte Costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 4554, secondo il quale «*in un ordinamento in cui il sentimento religioso viene ampiamente riconosciuto, promosso e tutelato, anche a livello costituzionale, quale fondamentale fattore di completamento e di sviluppo della persona umana, sembrerebbe lacuna difficilmente comprensibile una mancanza di protezione (anche) penale di questo particolare bene-valore. Si tratta, difatti, di un interesse oggettivamente e giuridicamente qualificato, costituente espressione intima, profonda ed essenziale della complessiva personalità dell’uomo, nonché vincolo ideale di gruppi più o meno estesi in cui si svolge la stessa personalità umana, e che, in quanto tali, esigono effettive forme di garanzia e tutela*». Sostanzialmente convergenti sulla questione le riflessioni di PAOLO CAVANA, *La caducazione del delitto di vilipendio della religione di Stato. Luci ed ombre di un’incostituzionalità annunciata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 3990-4003.

Uno Stato liberaldemocratico potrà quindi tutelare autenticamente la libertà religiosa e promuovere il pieno sviluppo della persona solo considerando il sentimento religioso un bene giuridico degno di tutela specifica, confermando laicamente la legittimazione del finalismo delle istituzioni penali nella tutela della convivenza di uguali libertà e del pluralismo di culture in una società aperta.

RIASSUNTO

Tendendo gli illeciti offensivi delle confessioni religiose ad avere un'incidenza sempre meno rilevante nella coscienza collettiva, parte della dottrina ritiene che il sentimento religioso non possa più costituire bene giuridico degno di tutela specifica in un ordinamento laico e secolarizzato e auspica l'abolizione delle disposizioni che lo presidiano, proponendo di fare rientrare le condotte oggi specificamente sanzionate sotto la tutela delle norme penali ordinarie a difesa di beni comuni.

L'Autore – rilevando come una concezione della laicità che trascura la specificità e la centralità antropologica dell'interrogativo su Dio non possa che suscitare perplessità – evidenzia, criticamente, come l'equiparazione tra ideologie e fedi costituirebbe una fictio giuridica inidonea a cogliere realtà inassimilabili e sarebbe in contrasto con un ordinamento orientato in senso pluralistico, entro cui la tutela integrale della personalità umana necessita anche di una garanzia di protezione specifica del sentimento religioso.

PAROLE CHIAVE

*Tutela penale specifica, sentimento religioso; laicità; secolarizzazione*

ABSTRACT

Since offensive abuses of religious confessions have less and less impact on collective conscience, part of the doctrine considers religious sentiment can no more constitute a value worthy of specific criminal-law protection in a laic and secular legal system and hopes abolition of the provisions which garrison it, proposing that conducts, which are today specifically sanctioned, fall within the protection of ordinary penal rules defending common assets.

The autor, noting that a conception of laity that overlooks the specificity and the anthropological centrality of the question about God cannot but arouse perplexity, critically highlights that assimilation of faiths as ideologies would constitute a fictio juris unfit to grasp unassimilable realities and would be contrary to a pluralist oriented legal system, in which integral protection of human personality needs a specific protection of religious sentiment too.

KEY WORDS

*Specific criminal-law protection; religious sentiment; laity; secularization*

# *Sulla discussa natura delle oblazioni*

FRANCESCO ROSSI

SOMMARIO: 1. *Le oblazioni ai comitati e le erogazioni a favore degli enti non profit in generale* – 2. *La natura delle oblazioni*

## *1. Le oblazioni ai comitati e le erogazioni a favore degli enti non profit in generale.*

Il problema della natura giuridica delle oblazioni<sup>1</sup> è poco indagato, meno che mai di recente, come testimoniano la pressoché totale assenza di contributi diretti a risolverlo, l'esiguità delle pagine, se non delle righe, in cui viene analizzato negli studi concernenti gli enti non commerciali, e in particolare i comitati – nella disciplina codicistica dei quali, come è noto, vi è espressa menzione delle «oblazioni» nell'art. 41 c.c. –, nonché la rarità delle pronunzie giurisprudenziali che lo lambiscono. Sarebbe logico opinare che la scarsa attenzione verso l'accennato problema sia dovuta alla concordanza delle risposte fornite dagli interpreti; tuttavia, dalle brevi considerazioni che seguiranno emergerà che nessuna soluzione sembra raggiunta e neppure vicina.

Si potrebbe ipotizzare che, già nel prossimo futuro, possa ulteriormente scemare l'interesse della dottrina nei confronti di tutti gli aspetti caratterizzanti i comitati, non essendo questi annoverati tra gli enti del Terzo settore, forse per le note difficoltà di inquadramento giuridico o per la (asserita) dubbia, effettiva "utilità" degli stessi<sup>2</sup> o, ancora, perché di solito operano in un lasso temporale limitato.

Al contrario, premesso che i comitati possono rientrare tra gli «altri enti di carattere privato diversi dalle società» di cui all'art. 4, comma 1, del de-

---

<sup>1</sup> Questo scritto costituisce il prosieguo e lo sviluppo delle riflessioni intraprese con la relazione dal titolo «L'oblazione tra donazione e solidarietà», svolta il 18 maggio 2017 presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, nell'incontro di studio su «Autonomia privata e strutture organizzative: gli enti del libro primo del codice civile». L'anzidetta relazione è inserita nella raccolta degli atti del convegno, in corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> ALESSANDRO MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 26 ss.

creto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. «Codice del Terzo settore»)<sup>3</sup>, non è azzardato pronosticare che gli stessi non scompariranno affatto<sup>4</sup>. A voler trascurare, infatti, che nulla impedisce che i comitati siano diretti a realizzare senza limiti di tempo le proprie finalità, e segnatamente proprio quelle civiche, solidaristiche e di utilità sociale, caratterizzanti gli enti del Terzo settore ai sensi dell'anzidetto articolo, attraverso lo svolgimento di una delle attività di cui all'art. 5 del medesimo decreto, è innegabile che proprio la figura del comitato, che mira a soddisfare un interesse collettivo differente da quello dei promotori, si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi perseguiti dalla riforma del Terzo settore<sup>5</sup>.

Non è irragionevole prevedere che a suscitare l'interesse della dottrina saranno le attribuzioni a vantaggio degli enti del Terzo settore, spesso qualificate dalla legge come «erogazioni liberali», e incoraggiate anche da recenti normative. Basti pensare, per averne conferma, che la legge 6 giugno 2016, n. 106, recante «Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale», e il suddetto decreto n. 117 del 2017, emanato in attuazione dell'anzidetta legge, hanno ribadito il favore verso le attribuzioni patrimoniali gratuite finalizzate al raggiungimento di scopi giovevoli alla collettività, così ponendosi in perfetta sintonia con i principi solidaristici della Carta costituzionale e con l'obiettivo, da quest'ultima espressamente dichiarato, di agevolare il pieno sviluppo della persona umana.

L'art. 9, lett. b, della medesima legge delega fa esplicito riferimento ai vantaggi fiscali derivanti dalle erogazioni liberali «disposte in favore degli enti di cui all'articolo 1» – cioè di quelli che perseguono, senza scopo di lucro, finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale –, nonché alla finalità della promozione, «anche attraverso iniziative di raccolta di fondi», dei comportamenti donativi delle persone e degli enti. Questi vantaggi fiscali sono stati ribaditi dalle previsioni normative del d.lgs. n. 117 del 2017, che stabiliscono, tra l'altro, consistenti detrazioni Irpef per le erogazioni liberali a favore degli enti del Terzo settore non commerciali (art. 83), nonché un *social bonus* per le donazioni a beneficio degli enti del Terzo settore ad attività prevalentemen-

---

<sup>3</sup> Cfr. DIANORA POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in MARILENA GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018, p. 207.

<sup>4</sup> In questo senso, v., per tutti, RENATO DABORMIDA, *La riforma del Terzo settore*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 24; ENRICO QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 715.

<sup>5</sup> Per queste osservazioni, v. FRANCESCA LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, p. 81.

te non commerciale, che abbiano presentato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali un progetto per recuperare immobili pubblici inutilizzati e beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata assegnati agli anzidetti enti (art. 81).

Che da tempo il legislatore intenda favorire le erogazioni in esame si ricava sia dall'assenza di disposizioni richiedenti l'osservanza della forma scritta per quelle attribuzioni gratuite qualificabili «di pubblica utilità», sia dalla vigenza di norme fiscali che da molti anni le considerano rilevanti in sede di calcolo delle imposte<sup>6</sup>.

Le erogazioni agli enti del Terzo settore, e le oblazioni ai comitati – queste ultime specificamente oggetto delle brevi considerazioni che seguono – consistono in offerte gratuite di entità variabile, destinate, tramite l'attività degli stessi enti, al raggiungimento di fini di pubblica utilità.

La raccolta di fondi è fenomeno ricorrente nella vita quotidiana, coinvolge diverse tipologie di organismi, e include svariate forme di messa in comune di risorse per il raggiungimento di obiettivi di utilità sociale.

La rilevanza della suddetta raccolta è ribadita dalla definizione del legislatore del citato d.lgs. n. 117 del 2017, che con il sintagma *de quo* intende «il complesso delle attività ed iniziative poste in essere da un ente del Terzo settore al fine di finanziare le proprie attività di interesse generale, anche attraverso la richiesta a terzi di lasciti, donazioni e contributi di natura non corrispettiva» (art. 7, comma 1). Lo stesso legislatore specifica, poi, che l'attività di raccolta dei fondi può essere realizzata anche in forma organizzata e continuativa, e pure «mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi» (art. 7, comma 2).

È sotto gli occhi di tutti quanto siano frequenti le sollecitazioni che i privati ricevono a compiere attribuzioni patrimoniali ad enti non commerciali per la realizzazione degli obiettivi più svariati, a volte collegati alla necessità di fare fronte a situazioni di emergenza: è sufficiente ricordare, in proposito, le richieste di erogazioni a favore degli enti che finanziano attività di ricerca per la cura delle principali patologie che possono colpire la salute degli individui, oppure di quelli che prestano soccorso alle vittime di calamità naturali.

Coloro che intendono testimoniare solidarietà a chi ha bisogno di aiuto, o comunque in vista della realizzazione di scopi non lucrativi, di solito hanno a

---

<sup>6</sup> Si pensi già, per addurre un esempio significativo al riguardo, a quanto stabilito dall'art. 65, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, Testo unico delle imposte sui redditi, poi riprodotto nell'art. 100 di quest'ultimo dopo l'entrata in vigore, nel 2004, del d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344; v., inoltre, l'art. 15 del medesimo Testo unico *post* riforma.

disposizione per effettuare l'erogazione, spesso avente ad oggetto denaro, una pluralità di mezzi, come l'invio di brevi messaggi tramite cellulare, bonifici, consegna manuale ai promotori delle attività benefiche, destinazione del cinque per mille in sede di dichiarazioni dei redditi ecc. Tali mezzi, di recente, coinvolgono pure la rete *internet*, come testimonia (anche) l'ampia diffusione del *crowdfunding*.

Chi esegue la prestazione o promette di eseguirla sovente non ha un particolare interesse a conoscere quale sia il tipo di ente che raccoglie il denaro e gli altri beni che si è impegnato a destinare al fine pubblicizzato, poiché ciò che lo induce all'attribuzione o a prometterla è esclusivamente lo spirito che lo anima, che potrebbe essere qualificato come «di liberalità» o forse più precisamente «di solidarietà», e che di certo incontra l'approvazione del comune sentire dei consociati, prima ancora che del legislatore. Tuttavia, quella che può essere reputata come una questione di scarsa rilevanza, se riferita all'oblazione di pochi euro – che pure implicherebbe di verificare se la tradizione cui si riferisce l'art. 783 c.c. possa essere sostituita dai mezzi di pagamento che le moderne tecnologie mettono a disposizione dei privati per trasferire denaro immediatamente o comunque rapidamente –, assume un'importanza diversa quando il benefattore, colpito dalla perdita dei propri genitori a causa di una malattia rara, decida di assegnare una parte consistente del proprio patrimonio a un ente che assiste coloro che sono affetti dalla stessa patologia. In questo caso non è indifferente comprendere, in assenza della forma solenne, quale sia la natura giuridica dell'erogazione, quindi se essa rientri nell'ambito coperto dall'art. 2034 c.c., oppure tra le liberalità, e, in tale ultima ipotesi, tra quelle donative, specialmente nell'ottica di chi sia legittimario e pretenda di essere stato leso nella quota che gli spetta.

Orbene, la legge delega per la riforma del Terzo settore prevede, tra l'altro, obblighi di pubblicità delle risorse destinate agli enti più volte richiamati (art. 9, lett. d), controlli sull'attività degli amministratori, ma non fornisce spunti idonei ad agevolare la determinazione della natura delle attribuzioni in questione. Uguale conclusione deve essere ricavata dall'esame del successivo, più volte richiamato, d.lgs. n. 117 del 2017.

Qualunque indagine sulla natura delle erogazioni non può non spostarsi da quelle di entità modesta, e dall'analisi delle diverse modalità con le quali si attuano – che, come si è rilevato, beneficiano dei recenti progressi della tecnologia –, alle attribuzioni più consistenti, dal momento che è ricorrente tra gli studiosi e i giudici l'affermazione secondo la quale l'atto rispondente a un interesse collettivo, per essere valido, deve essere proporzionato al patrimonio del disponente e consistere nell'attribuzione di denaro o altro bene mobile, mentre l'assegnazione di un bene dal valore sproporzionato o di un immobile

richiede l'atto pubblico<sup>7</sup>. A prescindere dalla scarsa persuasività degli argomenti posti a sostegno di questa affermazione, vuoi se facciano leva sull'art. 64 della l. fall., vuoi se fondati sulle esigenze della famiglia del disponente, occorre rilevare la difficoltà degli interpreti nel determinare il *discrimen* tra attribuzione all'ente che richiede la forma solenne e attribuzione che ne può fare a meno.

## *2. La natura delle oblazioni*

Chi intenda dare conto delle teorie fiorite con riguardo alla natura degli spostamenti patrimoniali sopra menzionati non può omettere di considerare quelle aventi ad oggetto le attribuzioni definite testualmente come «oblazioni» dal legislatore del 1942, ossia le erogazioni effettuate ai comitati. Dai contributi dottrinali dedicati a questi ultimi (non numerosi, in verità) emerge che vi è una pluralità di questioni interpretative a tutt'oggi irrisolte. Infatti, premesso che in generale l'intermediazione dell'ente senza scopo di lucro garantisce meglio che l'attribuzione patrimoniale venga effettivamente impiegata per i fini dell'ente, evitando ogni sorta di abuso tramite i controlli ai quali l'ente stesso è soggetto, vedute discordanti si riscontrano relativamente alla determinazione sia degli specifici rimedi a disposizione dell'oblato allorché l'ente non abbia destinato quanto ricevuto al fine prefissato nel programma, sia di chi sia legittimato a far valere la responsabilità nell'ipotesi ora descritta<sup>8</sup>. E ciò, a tacere che non è dato registrare unanimità di opinioni nemmeno sul se la destinazione allo scopo abbia carattere reale.

Come è noto, la ricostruzione, alquanto datata, della causa del negozio di oblazione in termini di onerosità, segnatamente quale espressione di un *do ut facias*<sup>9</sup>, è stata presto abbandonata, essendo stato sufficiente alla dottrina rilevare sia che l'onerosità così intesa sussisterebbe soltanto quando il comitato abbia il fine di svolgere un'attività materiale, sia che l'obbligazione sorge per il comitato non con una singola oblazione, ma quando i fondi raccolti siano

---

<sup>7</sup> Sulle difficoltà che suscita all'interprete l'individuazione della «modicità» della donazione, v., per tutti, ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 20 e p. 331 ss.

<sup>8</sup> Per una recente, chiara sintesi delle diverse posizioni della dottrina sugli aspetti ora accennati, v., per tutti, LAURA BUGATTI, *Sub art. 40*, in ROSANNA BREDI, LAURA BUGATTI, VERONICA MONTANI, GIULIO PONZANELLI, *Le associazioni non riconosciute. Artt. 36-42*, a cura di G. Ponzanelli, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, p. 297 ss.

<sup>9</sup> Cfr. NICOLA COVIELLO, *Lezioni di diritto civile. Donazione*, Società Tipografica Editrice, Siracusa, 1927, p. 387 ss.

sufficienti a raggiungere lo scopo<sup>10</sup>.

Respinto l'inquadramento sistematico nella figura del contratto a favore di terzi, dato che il terzo non acquista dall'oblato, ma dal comitato<sup>11</sup>, gli studiosi si mostrano discordanti con riguardo all'ambito al quale ricondurre l'atto di oblazione, annoverato pressoché pacificamente tra quelli gratuiti<sup>12</sup>.

Per negare che si tratti di una donazione fiduciaria<sup>13</sup>, è sufficiente rammentare, da un lato, i dubbi che da sempre suscita l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico italiano del negozio fiduciario e la riconducibilità a quest'ultimo delle fattispecie di c.d. «fiducia legale» nelle quali viene collocata la figura in esame, e, dall'altro, che è stato osservato che tale qualificazione potrebbe rivelarsi non adeguata, qualora «manchi un terzo cui debba essere devoluta l'attribuzione patrimoniale»<sup>14</sup>.

Meno isolata è la tesi secondo la quale l'oblazione costituisce una donazione modale<sup>15</sup>. Tuttavia, questa tesi, pur avendo il merito di tutelare maggiormente l'oblato nella pretesa all'adempimento da parte del comitato, non risulta persuasiva per una pluralità di ragioni. È stato rilevato, da una parte, che «il richiamo alla donazione modale presuppone il disconoscimento dell'efficacia vincolante dell'annuncio del programma, e comporta la discutibile degradazione ad elemento accessorio, o a semplice motivo, dell'interesse dei sottoscrittori a destinare le offerte allo scopo stabilito»<sup>16</sup>; dall'altra, che il *modus* non può consistere nella realizzazione della finalità cui mira il comitato, e per la quale è stata compiuta l'oblazione<sup>17</sup>. Inoltre, se è inconfutabile che l'inadempimento dell'onere nella donazione produce la risoluzione, qualora sia stata prevista, e la conseguente restituzione di quanto erogato, è altrettanto inconfutabile che l'oblazione non può mai tornare a chi la abbia effettuata, giacché tale possibilità sembra esclusa dall'art. 42 c.c.

---

<sup>10</sup> Per una sintesi efficace degli argomenti che contrastano con l'accennata ricostruzione, v. SARA TREVISANATO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di comitati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 130.

<sup>11</sup> Per questo rilievo, v. ALBERTO AURICCHIO, *Comitati (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 757.

<sup>12</sup> Cfr. MASSIMO BASILE, *Comitati*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Utet, Torino, 1988, p. 4.

<sup>13</sup> Tra i sostenitori dell'opinione confutata, v. NICOLÒ VISALLI, *I comitati non riconosciuti*, Cedam, Padova, 1986, spec. p. 66.

<sup>14</sup> Così, SARA TREVISANATO, *op. loc. cit.*, che condivide *in toto* i rilievi di ALBERTO AURICCHIO, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> Sembra propendere per questa tesi PAOLO FORCHIELLI, *Saggi sulla natura giuridica dei comitati*, in *Riv. trim.*, 1954, p. 115. Cfr. pure ALBERTO AURICCHIO, *op. cit.*, p. 757 s., che sottolinea «i molti vantaggi pratici che derivano dalla natura modale dell'atto» (*ivi*, p. 758).

<sup>16</sup> Così, MASSIMO BASILE, *op. loc. cit.*

<sup>17</sup> Sul punto, v. ANDREA TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1956, p. 289 s.

La suggestiva ricostruzione secondo la quale ciascun oblatore è un fondatore, sia pure limitatamente alla propria attribuzione, la quale costituirebbe con le altre oblazioni il patrimonio della fondazione non riconosciuta<sup>18</sup>, è stata confutata con vari argomenti dalla letteratura, che ha sottolineato innanzitutto il contenuto non patrimoniale del negozio di fondazione, poi che la dotazione della stessa avviene con un atto diverso, e ancora che il comitato non è costituito soltanto dai promotori, e infine che promesse di oblazioni e oblazioni possono essere compiute anche dopo che l'ente sia sorto. Del resto, gli artt. 39 e ss. c.c. sembrano delineare un ente del tutto differente dal tipo della fondazione.

Tra le tesi che oggi raccolgono in dottrina ampi consensi, spicca quella che configura l'oblazione come una donazione semplice<sup>19</sup>, sovente evidenziando il collegamento funzionale della stessa con l'annuncio del programma, considerato quale promessa unilaterale. Tale tesi, rimarcando che gli oblatori rispondono all'invito del comitato spogliandosi della proprietà dei beni, suscita inevitabilmente il quesito, cui si è fatto cenno all'inizio, circa la forma che deve osservare tale donazione. La medesima tesi, inoltre, sembra trascurare le vere ragioni sottostanti alle offerte, che spesso consistono in doveri morali, sociali o di altra natura<sup>20</sup>.

Altra tesi ravvisa nell'oblazione una liberalità d'uso o un adempimento di obbligazioni naturali<sup>21</sup>, e parimenti non è risultata esente da critiche, vuoi perché non attribuisce la dovuta importanza all'interesse dell'offerente alla specifica destinazione di quanto erogato, vuoi perché per lo più intende l'oblazione come atto traslativo, senza considerare adeguatamente le ipotesi in cui si presenti come mera promessa di dare<sup>22</sup>. E ciò, a tralasciare che i confini tra liberalità d'uso e obbligazioni naturali non sono ben delineati: convincente, in proposito, è l'osservazione secondo la quale, «senza escludere un apporto in sede di qualificazione della vicenda dell'*animus* del soggetto, della proporzionalità della prestazione e della rilevanza sociale del presupposto morale che può giustificarla», soltanto la valutazione degli interessi sottesi alla singola, concreta vicenda può permettere, utilizzando il criterio della ragionevolezza,

---

<sup>18</sup> FRANCESCO GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Art. 36-42*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1967, sub *art. 41*, p. 322 ss.

<sup>19</sup> Cfr. ANDREA TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 289.

<sup>20</sup> Per tale osservazione, cfr. MASSIMO BASILE, *Comitati*, cit., p. 5.

<sup>21</sup> In questo senso, v. MASSIMO BASILE, *ibidem*.

<sup>22</sup> Per questi rilievi, v., per tutti, SARA TREVISANATO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di comitati*, cit., p. 131.

di qualificare la fattispecie riguardata<sup>23</sup>. È innegabile, del resto, che i confini tra liberalità e doveri morali e sociali sono mutevoli, essendo plurime le situazioni suscettibili di passare, con il trascorrere del tempo, dalla prima alla seconda delle anzidette aree. Non a caso uno degli studiosi più attenti ai problemi sollevati dagli enti, a proposito della natura delle oblazioni, si limita ad affermare che rientrano tra le liberalità d'uso o tra gli atti di adempimento di obbligazioni naturali<sup>24</sup>, prospettando esempi delle une e degli altri, ma senza soffermarsi sul criterio che permetterebbe di stabilire quando le diverse ipotesi vadano annoverate in un ambito anziché nell'altro.

Ulteriori tesi sulla natura dell'oblazione sono rimaste pressoché isolate. Tra queste, basti rammentare quella che rimarca la necessità di collegare l'oblazione alla sottoscrizione, di cui costituirebbe esecuzione<sup>25</sup>, e l'altra, che considera le oblazioni quali attribuzioni liberali non donative<sup>26</sup>.

Ai limitati fini di questa rapido *excursus* preme sottolineare soltanto che ciascuna delle suaccennate tesi è stata respinta con argomenti stringenti, che finiscono con l'alimentare la convinzione dell'insuccesso di ogni tentativo di qualificazione delle diverse erogazioni una volta per sempre. In altre parole, i dubbi che suscita ognuna delle anzidette tesi possono essere fugati soltanto attraverso la considerazione della diversità degli interessi sottostanti alla singola, specifica attribuzione ai comitati. Questa conclusione sembra possa essere estesa alle erogazioni agli enti in generale.

È necessario evitare affermazioni apodittiche per ricondurre in un'unica categoria tutte le attribuzioni gratuite, e considerare, invece, che, per comprendere quale sia la disciplina applicabile all'erogazione, non è possibile fare a meno di valutare la singola, particolare oblazione, dalla quale si evincono le esigenze concrete che essa è volta a soddisfare, la situazione contingente nella quale è stata effettuata, nonché la consistenza quantitativa della stessa e del patrimonio del disponente, che fanno luce sulla modicità o no del suo valore, e, dunque, sull'eventuale necessità dell'osservanza della forma solenne della donazione.

A tirare le fila del discorso, dalla solidarietà che colora il negozio di oblazione, espressione di generosità e altruismo che trovano la propria fonte

---

<sup>23</sup> V., anche per le parole testualmente riportate, ACHILLE ANTONIO CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 64.

<sup>24</sup> V. ancora MASSIMO BASILE, *ibidem*.

<sup>25</sup> GIUSEPPE TAMBURRINO, *Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute. Comitati*, 2<sup>a</sup> ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 1997, spec. p. 561.

<sup>26</sup> In questo senso, v. LUCIANA D'ACUNTO, *I comitati non riconosciuti*, De Frede, Napoli, 2002, spec. p. 117 ss.

nell'appartenenza ad un gruppo sociale, non si può inferire la sussistenza immancabile di un dovere morale o sociale (e *a fortiori* giuridico), non potendosi sostenere che la mancata sottoscrizione del programma o comunque l'assenza di oblazione, pur se sollecitate, determinino necessariamente la riprovazione o il discredito sociale. Né la quantità della prestazione e l'intensità del dovere morale, da sole, sono in grado di distinguere liberalità e obbligazioni naturali, dovendosi invece valutare la vicenda nel concreto, e complessivamente.

Un discorso a parte va fatto per le oblazioni a favore delle persone giuridiche della Chiesa cattolica, laddove le "ragioni canonistiche" della causa negoziale arricchiscono la gamma civilistica degli atti liberali.

Le fondamenta economiche dell'ordinamento ecclesiale si basano sul principio oblativo e si sviluppano lungo coordinate del tutto chiare.

Il dato connotante la natura giuridica dell'oblazione si concretizza nel precetto evangelico della *caritas*, quale cardine della responsabilità del fedele<sup>27</sup>. Anche per questo il legislatore canonico tende a distinguere le categorie delle offerte e dei tributi<sup>28</sup>, accogliendo nella prima tipologia l'articolato complesso di erogazioni fatte per le più diverse finalità di solidarismo ecclesiale, come attesta il n. 29 dell'Istruzione in materia amministrativa (2005) della Conferenza Episcopale Italiana<sup>29</sup>.

Giova ricordare quanto afferma il can. 222 – § 1 CIC del 1983: «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», dove, nonostante la prima, più immediata impressione induca a ritenere che si tratti dell'adempimento a un obbligo giuridico, occorre focalizzare l'attenzione sul dovere proprio di una partecipazione attiva e responsabile, ossia consapevole e, in questo senso, totalmente libera, da parte dell'oblato, a sostegno delle esigenze ecclesiali.

A ulteriore chiarimento, il n. 39 dell'Istruzione in materia amministrativa,

---

<sup>27</sup> Sulla responsabilità nel diritto canonico, v., per tutti, MARIA d'ARIENZO, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel Diritto canonico*, Pellegrini, Cosenza, 2012, *passim*.

<sup>28</sup> Cfr., *ex multis*, MARIA d'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 96 ss.

<sup>29</sup> All'anzidetto n. 29 è stabilito che «In Italia i fedeli sovengono abitualmente alle necessità della Chiesa mediante: a) offerte richieste dalla parrocchia per tutte le necessità della comunità parrocchiale; b) offerte corrisposte in occasione dell'amministrazione dei sacramenti e dei sacramentali; c) offerte finalizzate, in giornate prescritte dall'autorità competente, a favore di determinate iniziative diocesane, nazionali o universali; d) offerte per la celebrazione e applicazione di Ss. Messe; e) offerte occasionali alla parrocchia o alla diocesi o a organizzazioni parrocchiali o diocesane per tutte le necessità della Chiesa o per finalità specifiche (ad esempio: seminario, sacerdoti, anziani, missioni, carità); f) offerte per il sostentamento del clero; g) offerte portate ai santuari; h) offerte occasionali per finalità specifiche a istituti di vita consacrata, associazioni e altri enti; i) donazioni, eredità, legati».

relativamente a donazioni, eredità e legati, non a caso si esprime in termini di «generosità» e di «sensibilità ecclesiale» dei fedeli, i quali hanno un «diritto» a (non un dovere di) destinare i propri beni alla Chiesa. Il dovere di solidarietà, e il corrispondente criterio di meritevolezza dello scopo, in altre parole, collocano l'oblazione nel quadro delle molteplici manifestazioni di libertà religiosa garantita al fedele, in quanto concreta testimonianza dell'annuncio evangelico della carità.

RIASSUNTO

Il saggio prende in esame le erogazioni agli enti *non profit* in generale e soprattutto le oblazioni ai comitati (con cenni a quelle a favore delle persone giuridiche canoniche), per poi soffermarsi sulla natura delle oblazioni, la cui individuazione permette all'interprete di determinare la disciplina ad esse applicabile.

PAROLE CHIAVE

*Oblazioni; comitati; persone giuridiche canoniche*

ABSTRACT

The essay examines the disbursement to non profit organizations and especially the oblations to committees (with hints to those in favor of canonical legal entities), and then it focuses on the nature of the oblations, the identification of which allows the interpreter to determine the rules applicable to them.

KEY WORDS

*Oblations; committees; canonical legal entities*

## Parte II



## Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate la sentenza n. 10465 del 2018 emessa dal T.A.R. Lazio e le sentenze n. 1960 del 2014 del T.A.R. per la Sicilia e la n. 150 del 2019 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.

La sentenza n. 10465 del 2018 emessa dal T.A.R. Lazio riguarda la presunzione di culturalità dei beni di proprietà degli enti ecclesiastici. La sentenza, nel riportarsi ai precedenti giurisprudenziali in materia, evidenzia che tale presunzione si basa su una valutazione del legislatore del tutto ragionevole, poiché il patrimonio di tali enti – la cui attività è stata sempre finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici o comunque superindividuali – è stato accumulato in periodi storici non determinabili; per cui vi è una presunzione *ex lege* di interesse culturale dei beni formalmente appartenenti alle province, ai comuni e agli altri enti legalmente riconosciuti, inclusi gli enti ecclesiastici, mediante una disciplina *ratione personarum*, attributiva di poteri peculiari al Ministero, presunzione ragionevolmente prevista affinché il patrimonio culturale della Nazione non sia perduto, disperso o ridotto nella sua consistenza. Tale presunzione è provvisoria, in quanto sussiste fino a quando non sia stata effettuata una verifica da parte del Ministero competente – che può avvenire d'ufficio o su istanza dei soggetti a cui le cose appartengono – circa la effettiva sussistenza dell'interesse culturale del bene.

Le due sentenze siciliane disquisiscono sulla natura, convenzionale o di pubblico impiego, del rapporto di lavoro di un cappellano ospedaliero. Entrambe le due sentenze negano nel caso specifico la natura di pubblico impiego del rapporto intercoso con il cappellano, sulla base delle seguenti circostanze: a) non è stato effettuato un concorso, presupposto necessario per la costituzione di un rapporto di impiego pubblico; b) il rapporto è stato avviato in seguito alla individuazione del ricorrente da parte del Vescovo; c) il rapporto si è concluso quando il sacerdote aveva 85 anni, ben oltre i massimi limiti di età consentiti per il collocamento in quiescenza di personale pubblico. Invero, le circostanze indicate come a) e b) non sembrano essere determinanti ai fini dell'individuazione della natura convenzionale del rapporto, considerato che di solito non viene espletato alcun concorso per l'assunzione di tali figure professionali e che la designazione dell'Ordinario diocesano è necessaria, trat-

tandosi di ministri di culto. A buona ragione, quindi, il Consiglio di Giustizia siciliano ha integrato la motivazione del T.A.R. facendo riferimento alla facoltà, prevista dalla legge, dei consigli di amministrazione degli enti ospedalieri di stipulare convenzioni *ad hoc* con gli ordini religiosi per l'espletamento di particolari servizi, come per l'appunto il servizio di assistenza religiosa. Sicuramente le sentenze necessitavano di una motivazione più articolata, avente come punto fondante l'esistenza di siffatta convenzione.

## Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sez. II Quater di Roma, 30 ottobre 2018 n. 10465

**Beni culturali e ambientali – Vincoli storici, archeologici, artistici e ambientali in genere – Presunzione di culturalità – Sussistenza fino alla verifica.**

*Per il patrimonio culturale di proprietà pubblica è previsto un sistema di tutela che può definirsi reale, in quanto vige una presunzione di interesse storico ed artistico ai sensi del D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 12, comma 1, il quale prevede che siano da considerarsi beni culturali ai fini del godimento della tutela codicistica, le cose mobili o immobili appartenenti allo Stato, alle Regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici, che presentino un semplice interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico. La presunzione di culturalità dei suddetti beni, che si ricava dal complesso di norme in esame, può essere definita provvisoria, in quanto sussiste fino a quando non sia stata effettuata una verifica da parte del Ministero competente, che può avvenire d'ufficio o su istanza dei soggetti a cui le cose appartengono, circa la effettiva sussistenza dell'interesse culturale del bene.*

*Omissis (...)*

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso è stato impugnato il decreto del Segretario Regionale – Presidente della Commissione Regionale per la tutela del patrimonio culturale del Lazio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, del 18 ottobre 2017 con cui è stata conclusa la verifica, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004, nel senso dell'interesse storico-artistico del complesso immobiliare "Tenuta di (...)

Il provvedimento è basato sulla relazione storico-artistica allegata allo stesso che fa riferimento ai numerosi reperti di età preromana e romana, nonché alla rilevanza del castello medievale e alla presenza dei paesaggi tipici ancora incontaminati della campagna romana.

La difesa ricorrente ha dedotto di avere proposto ricorso gerarchico ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 42 del 2004, rispetto al quale si è formato silenzio rigetto, non essendo intervenuta alcuna risposta nei termini di cui all'art. 6 del d.p.r. 1199 del 1971 e ha formulato le seguenti censure:

- *violazione e falsa applicazione degli articoli 10 e 12 del d.lgs. n. 42 del 2004; dell'art. 39, comma 2, del d.p.c.m. 171 del 29 agosto 2014;*
- *violazione degli articoli 8, 9, 10 e 10 bis della legge n. 241 del 1990;*
- *eccesso di potere per difetto di istruttoria; irragionevolezza manifesta; disparità di trattamento; violazione del principio di certezza e di affidamento; violazione del difetto di irretroattività degli atti amministrativi.*

Si è costituita la Regione Campania, eccependo la tardività del ricorso e contestandone la fondatezza.

Alla camera di consiglio del 26 giugno 2018 è stata fissata l'udienza pubblica del 16 ottobre 2018.

Si è successivamente costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e la Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per l'Area Metropolitana di Roma depositando documentazione; con memoria depositata il 14 settembre 2018 la difesa erariale ha contestato la fondatezza del ricorso avverso.

All'udienza pubblica del 16 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In via preliminare deve essere esaminata la eccezione di tardività del ricorso proposta dalla difesa della Regione Campania. La eccezione è infondata. Infatti, la difesa ricorrente ha depositato in giudizio il ricorso amministrativo proposto, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 42 del 2004, con PEC inviata al Ministero l'11 dicembre 2017, in cui afferma di avere ricevuto la notifica del decreto del 18 ottobre 2017 in data 10 novembre 2017 (né è stata dedotta dalle controparti alcuna circostanza contraria).

L'art. 16 del d.lgs. n. 42 del 2004 prevede che avverso il provvedimento conclusivo della verifica di cui all'articolo 12 o la dichiarazione di cui all'articolo 13 sia ammesso ricorso al Ministero, per motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione.

Per la decisione ministeriale è previsto il termine di novanta giorni dalla presentazione dello stesso. In base al comma 5 dell'art. 16 "si applicano le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199", tra cui evidentemente altresì l'art. 6 per cui "decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica."

Ne deriva la tempestività del presente ricorso, inviato alla notifica l'8 maggio 2018, nel termine di sessanta giorni dalla formazione del silenzio ai sensi dell'art. 6 del d.p.r. 1199 del 1971.

Nel merito il ricorso è infondato.

Con la prima censura si sostiene la illegittimità del decreto, in quanto erroneamente l'Amministrazione avrebbe seguito il procedimento di verifica previsto dall'art. 12 del d.lgs. 42 del 2004 invece della dichiarazione di cui all'art. 13 del detto decreto legislativo; inoltre, per il procedimento di dichiarazione, l'art. 14, comma 3, prevede espressamente la comunicazione al Comune nel caso di dichiarazione relativa ai "complessi immobiliari", mentre nel caso di specie è mancata la partecipazione del Comune al procedimento.

La censura è infondata.

L'art. 10 del d.lgs. n. 42 del 2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio) indica i beni culturali, distinguendo i beni che hanno già tale qualità da quelli a cui la particolare rilevanza storico-artistica viene riconosciuta con la dichiarazione.

I primi sono sottoposti direttamente al regime dei beni culturali, con i relativi limiti alla circolazione e gli obblighi di conservazione, fino a quando intervenga la verifica prevista dall'art. 12, con un procedimento che può portare alla esclusione della rilevanza storico-artistica del bene, con conseguente sottrazione al regime dei beni culturali. La seconda categoria di beni individuata dall'art. 10 riguarda beni che vengono sottoposti al regime previsto dal codice dei beni culturali solo a seguito della dichiarazione.

Infatti, in base al primo e al secondo comma dell'art. 10, "sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

Sono inoltre beni culturali:

a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;

c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente e istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616".

Invece, il comma 3 dell'art. 10 considera "beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:

a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;

b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;

c) le raccolte librarie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;

d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse, particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose. Se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale, il provvedimento di cui all'articolo 13 può comprendere, anche su istanza di uno o più comuni o della regione, la dichiarazione di monumento nazionale;

d-bis) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l'integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione;

e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse".

Tale diversa classificazione corrisponde ad una sostanziale differenza nella disciplina dei procedimenti di verifica e di dichiarazione, i quali, pur simili rispetto al profilo dell'accertamento della rilevanza storica e/o artistica del bene, comportano differenti effetti giuridici, potendo la verifica concludersi con la sottrazione del bene alla disciplina dei beni culturali a cui era originariamente sottoposto, mentre la dichiarazione, in base alla espressa disciplina dell'art. 13, comma 2, del codice, "accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'articolo 10, comma 3" e comporta dunque l'applicazione del regime dei beni culturali. Invece, in base al comma 4 dell'art. 12, "qualora nelle cose sottoposte a verifica non sia stato riscontrato l'interesse di cui al comma 2, le cose medesime sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo". Ai sensi del successivo comma 5, "nel caso di verifica con esito negativo su cose appartenenti al demanio dello Stato, delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la scheda contenente

i relativi dati è trasmessa ai competenti uffici affinché ne dispongano la sdemanializzazione qualora, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non vi ostino altre ragioni di pubblico interesse". In base alla successiva disposizione del comma 6, le cose di cui al comma 4 e quelle di cui al comma 5 per le quali si sia proceduto alla sdemanializzazione sono liberamente alienabili, ai fini del presente codice".

La differenza tra l'applicazione del procedimento di verifica e quello di dichiarazione prevista dal d.lgs. 42 del 2004, sulla base di un regime analogo previsto dalla legge n. 1089 del 1939, deriva dalla natura del soggetto proprietario del bene o dalla finalità di interesse pubblico perseguita da alcuni particolari soggetti privati. Infatti, sia in base alle espresse previsioni delle norme degli articoli 10, 12 e 13 sopra citate sia in base al costante orientamento giurisprudenziale, tale distinzione deriva dalla natura pubblica (o privata con finalità di interesse pubblico) dell'ente proprietario, essendo esclusa ogni valutazione dello specifico regime (demaniale o del patrimonio disponibile) del bene di un ente pubblico, in quanto la appartenenza al demanio dell'ente pubblico deriva di per sè dalla rilevanza culturale del bene in questione, essendo espressamente prevista la sdemanializzazione solo a seguito della conclusione della verifica in senso negativo.

Per il patrimonio culturale di proprietà pubblica è previsto un sistema di tutela che può definirsi reale, in quanto vige una presunzione di interesse storico ed artistico ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, art. 12, comma 1, il quale prevede che siano da considerarsi beni culturali ai fini del godimento della tutela codicistica, le cose mobili o immobili appartenenti allo Stato, alle Regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici, che presentino un semplice interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico. La presunzione di culturalità dei suddetti beni, che si ricava dal complesso di norme in esame, può essere definita provvisoria, in quanto sussiste fino a quando non sia stata effettuata una verifica da parte del Ministero competente, che può avvenire d'ufficio o su istanza dei soggetti a cui le cose appartengono, circa la effettiva sussistenza dell'interesse culturale del bene. Per i beni di proprietà privata vige, invece, un sistema di tutela del solo patrimonio culturale dichiarato, nel senso che essi godono di tutela solo in presenza della dichiarazione di interesse culturale prevista dal d.lgs. n. 42 del 2004, art. 13, rilasciata dalle competenti autorità, che ne attesti il valore storico e archeologico. Per tali beni, dunque, non è sufficiente la presenza dell'interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico, così come previsto per i beni di proprietà pubblica, ma occorre che questo interesse venga dichiarato formalmente seguendo la procedure di cui al d.lgs. n. 42 del

2004, art. 14. La proprietà pubblica, quindi, gode sempre delle disposizioni di tutela previste dal Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, mentre la proprietà privata ne gode solo allorché sul bene sia intervenuta una dichiarazione di interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico, da parte della Soprintendenza (Cassazione civile, sez. V, 5 ottobre 2016, n. 19878; 31 ottobre 2017, n. 25947).

La verifica dell'art. 12 del Codice prevede una presunzione legale relativa di culturalità e una sottoposizione al regime integrale di bene culturale fino a che il procedimento di verifica non si sia espressamente concluso con un provvedimento amministrativo negativo di quell'interesse, con gli effetti di condizione risolutiva di quel regime; ovvero con un provvedimento positivo che conferma e consolida il regime medesimo, spiegando gli effetti di un'ordinaria dichiarazione di bene culturale ai fini della successiva trascrizione del vincolo (art. 12, comma 7). Evidentemente, il legislatore si è basato su una presunzione sul rilievo culturale dei beni di tali enti, per il solo fatto della loro appartenenza. Tale presunzione, si basa su una valutazione del legislatore del tutto ragionevole, poiché il patrimonio di tali enti – la cui attività è stata sempre finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici o comunque superindividuali – è stato accumulato in periodi storici non determinabili; presunzione *ex lege* di interesse culturale dei beni formalmente appartenenti alle province, ai comuni e agli altri enti legalmente riconosciuti, inclusi gli enti ecclesiastici, mediante una disciplina *ratione personarum*, attributiva di poteri peculiari al Ministero, presunzione ragionevolmente prevista affinché il patrimonio culturale della Nazione non sia perduto, disperso o ridotto nella sua consistenza. L'art. 12 del codice ha previsto cioè una misura di salvaguardia sui beni immobili suddetti, sulla base dell'appartenenza soggettiva e per il carattere risalente del bene, indipendentemente da una determinazione esplicita dell'organo statale competente sull'interesse storico-artistico del bene, apprezzamento che formerà oggetto della verifica d'interesse culturale di cui al citato art. 12 d.lgs. n. 42 del 2004. Si tratta di una presunzione di rilevanza culturale del bene che ha natura relativa e carattere momentaneo e che è superabile nell'ipotesi di esito negativo della verifica d'interesse culturale, con conseguente esonero, da quel momento, dall'applicazione delle disposizioni di tutela. Va, infatti, riconosciuto valore primario al principio di cui all'art. 9 Cost., relativamente alla cura dell'interesse culturale rispetto agli altri interessi pubblici o privati compresenti e che, per quanto attiene al profilo di disparità di trattamento in confronto col regime riservato ai beni di proprietà privata, pare evidente la non irragionevolezza della diversità di disciplina atteso che i soggetti indicati all'art. 10, comma 1, rappresentano comunità e categorie che per fini istituzionali, costitutivi, storici e di vocazione tradizionalmente svol-

gono attività di rilevanza e di interesse pubblico, potendosi presumere così un interesse collettivo, di varia natura, da dover verificare in concreto prima di consentire qualunque intervento sui beni stessi (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2597). Il sistema delineato fin dalla legge n. 1089 del 1939 protegge il patrimonio pubblico, che in uno Stato democratico è patrimonio di tutti i cittadini, in via presuntiva, ovvero assoggettando al vincolo tutti i beni, e fra essi tutti gli immobili, di proprietà pubblica per i quali l'interesse culturale è ipotizzabile; impone però la tutela in via di presunzione relativa, perché non proibisce in alcun modo all'amministrazione di far venir meno la tutela, ove essa abbia accertato, nell'esercizio delle proprie specifiche competenze in materia, che l'interesse in concreto non sussiste (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4829; 7 maggio 2018, n. 2698; cfr. inoltre VI, 14 febbraio 2017, n. 642, che, con riferimento alla disciplina dell'art.4 della legge 1089 del 1939, conferma la presunzione di culturalità dei beni delle province, dei comuni, degli enti e degli istituti legalmente riconosciuti prevista da tale norma previgente, affermando inoltre espressamente la irrilevanza del richiamo agli articoli 822-824 del codice civile del 1942 al demanio dello Stato, delle province e dei comuni, nella parte in cui si riferisce agli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico ed artistico a norma delle leggi in materia, sia perché, quando si tratti degli enti e degli istituti legalmente riconosciuti, non si può ritenere che i loro patrimoni possano rientrare nel demanio pubblico, sia perché prima dell'iscrizione negli elenchi o del riconoscimento dell'interesse storico e dunque della configurazione della titolarità del demanio, l'art. 4 della legge n. 1039 del 1989 ha disposto l'applicazione delle misure di protezione previste dalla legge per i beni delle province e dei comuni, "per il solo fatto che vi fosse la loro formale titolarità").

La disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004 prevede, dunque, un vincolo culturale in forza di una presunzione di legge, superabile soltanto a seguito di una verifica negativa finalizzata all'esclusione dell'interesse culturale e – conseguentemente – al definitivo esonero dall'applicazione delle disposizioni di tutela dei beni culturali (art. 12, comma 4), anche in vista di una loro eventuale sdemanializzazione (art. 12, commi 5 e 6). Diversamente, in caso di conferma dell'interesse culturale presunto, le cose di cui all'art. 10 del medesimo d.lgs. n. 42 del 2004 restano definitivamente sottoposte alle disposizioni di tutela del codice dei beni culturali, ai sensi dell'art. 12, comma 7.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale sopra richiamato deriva la infondatezza della censura relativa all'erronea applicazione del procedimento di verifica, che invece risulta immediatamente applicabile per la sola appartenenza del bene sotto il profilo soggettivo alla Regione Campania (come lo era, del resto, in base alla giurisprudenza sopra richiamata, secondo il regime della

legge n. 1089 del 1939, anche per la precedente proprietà dell'Istituto per i ciechi (...), ente pubblico soppresso dalla legge n. 641 del 1978).

L'infondatezza della prima censura comporta l'infondatezza anche della seconda censura con cui si lamenta la mancata partecipazione al procedimento del Comune di Galliciano nel Lazio.

La espressa previsione dell'art. 14, per cui l'avvio del procedimento di dichiarazione deve essere comunicato al Comune e alla Città metropolitana nel caso di complessi immobiliari, non può infatti essere applicata anche al procedimento di verifica, in relazione alla differenza di effetti giuridici tra i due procedimenti. In particolare, poiché la verifica non comporta alcun mutamento di regime di circolazione e di tutela, il bene resta sottoposto alle disposizioni di tutela già applicabili, con conseguente non necessità, per il legislatore, della comunicazione dell'avvio del procedimento al Comune e alla Città metropolitana. La disposizione del comma 3 dell'art. 14 del d.lgs. n. 42 del 2004 deve essere, infatti, letta insieme a quella del comma 4 dell'art. 14, per cui la comunicazione di avvio del procedimento di dichiarazione comporta l'applicazione, in via cautelare, delle disposizioni di tutela e conservazione dei beni culturali. Ne deriva la necessaria comunicazione al Comune, al fine dell'effettività della tutela già dall'avvio del procedimento di dichiarazione (ad esempio per procedimenti edilizi in corso).

Né può farsi applicazione delle disposizioni generali in materia di partecipazione al procedimento (artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1990), in quanto il provvedimento di verifica non produce alcun effetto nella sfera giuridica dell'ente Comune.

Con ulteriore censura si sostiene poi il difetto di istruttoria e la irragionevolezza del decreto di vincolo, nonché la violazione del principio di affidamento e di divieto di retroattività degli atti amministrativi. In particolare, la difesa ricorrente deduce, peraltro genericamente, che l'Amministrazione ha posto il vincolo su una ampia zona estesa per circa 900 ettari e senza alcuna valutazione delle opere pubbliche già realizzate e di quelle oggetto di procedimenti comunali già avviati.

Anche tale censura è infondata.

Con riferimento alla violazione del principio di affidamento e al divieto di retroattività degli atti amministrativi si deve richiamare, in primo luogo, quanto sopra evidenziato circa la natura del vincolo previsto, ai sensi dell'art. 10, comma 1, sui beni immobili di proprietà pubblica. Poiché si tratta di un vincolo che deriva direttamente dall'appartenenza pubblica del bene immobile e che sottopone il bene al regime di tutela dal momento del suo acquisto alla mano pubblica (nel caso di specie, anche quando era di proprietà di un ente pubblico, a cui era comunque applicabile il regime dell'art. 4 della legge

n. 1089 del 1939), l'adozione di atti comunali che non presuppongono tale vincolo non può avere comportato alcun affidamento in capo al Comune di Galliciano nel Lazio o ad altri soggetti.

Ne deriva, quindi, la irrilevanza della cronologia degli atti amministrativi posti in essere dal Comune rispetto al momento di adozione del decreto impugnato con il presente ricorso.

Il vincolo, comunque, non impedisce interventi sulla Tenuta, che devono essere sottoposti alla disciplina di tutela degli articoli 20 e seguenti del d.lgs. n. 42 del 2004 (divieto di distruzione, deterioramento, danneggiamento o di usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione; autorizzazione del Ministero per gli interventi consentiti).

Sostiene poi la difesa ricorrente genericamente il difetto di istruttoria e la irragionevolezza di una tutela così estesa, in quanto il decreto avrebbe in maniera illegittima vincolato sotto il profilo storico artistico un ambito molto vasto e senza alcuna valutazione dell'effettivo contesto dell'area (con opere pubbliche già realizzate – elettrodotto, bretella autostradale, ferrovia- e con vari procedimenti comunali in corso – centrale a biomasse, progetto di cimitero).

Ritiene il Collegio l'infondatezza di tali profili di censura in relazione al costante orientamento giurisprudenziale, già espresso anche della Sezione, concernente le valutazioni storico artistiche di un bene.

In primo luogo, nel caso di specie, occorre richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, per cui “a fronte di procedimenti volti alla verifica dell'interesse storico-artistico di un bene che appartiene ad un ente pubblico o a persona giuridica privata senza fine di lucro, e che dunque è presunto bene culturale in ragione di tale appartenenza, la motivazione del provvedimento di tutela non deve dar conto della presenza di un interesse particolarmente importante, che deve invece caratterizzare la cosa oggetto di dichiarazione di bene culturale quando appartenga a privati .... In altri termini, perché la verifica dell'art. 12 si concluda nel senso della conferma della qualità di bene culturale di una cosa, è sufficiente che questa sia dimostrata possedere un interesse culturale semplice (“senza aggettivazioni”, come dice la relazione di accompagnamento al Codice), non già quell'interesse qualificato” (sez. VI, 16 luglio 2015, 3560).

Inoltre, il giudizio che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse culturale, è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico – scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (della storia, dell'arte e dell'architettura) caratterizzati da ampi margini di opinabilità. Ne consegue

che l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela – da esercitarsi in rapporto al principio fondamentale dell'art. 9 Cost. – è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile. In altri termini, la valutazione in ordine all'esistenza di un interesse culturale (artistico, storico, archeologico o etnoantropologico) particolarmente importante, tale da giustificare l'imposizione del relativo vincolo è prerogativa esclusiva dell'Amministrazione preposta alla gestione del vincolo e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta. Quindi, l'apprezzamento compiuto dalla P.A. preposta alla tutela è sindacabile dal giudice solo sotto i profili di logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo, però, restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche (Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747; 2 gennaio 2018, n. 17; Tar Lazio, seconda quater, 7 marzo 2017, n. 3208).

Infine, anche la ampiezza dell'estensione del vincolo storico-artistico non comporta di per sé alcun profilo di eccesso di potere, secondo la giurisprudenza, potendo anche tale vincolo essere posto su una ampia estensione quando la finalità sia quella di conservare la consistenza materiale del bene nella sua interezza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893).

Alla luce di queste considerazioni, le censure proposte sono infondate, in quanto il provvedimento che ha verificato l'interesse storico-artistico del bene pubblico, nel caso di specie, è ampiamente motivato con il richiamo alla relazione tecnica allegata della Soprintendenza, che dà conto della particolare rilevanza della Tenuta, unitariamente considerata nel corso dei secoli (il cui confine Est risulta riportato già dal X secolo in un documento Sublacense), con una analisi dei vari elementi costitutivi di detto bene e del loro valore e significato storico, oltre che architettonico, dimostrando una valutazione che non presenta né profili di illogicità, né profili di incongruità, risultando invece ampiamente e logicamente documentata e motivata, con riferimento sia ai singoli elementi storici e artistici, sia al loro insieme e al loro valore complessivo.

In particolare, la relazione allegata fa riferimento alla rilevanza storico-

artistica della tenuta nel suo complesso nei vari periodi storici: alla presenza diffusa di reperti romani e preromani (già oggetto di vincolo archeologico con d.m. del 13 febbraio 1998); alla rilevanza del Castello nel medioevo; evidenziando in particolare l'aspetto attuale del Castello e del borgo agricolo sottostante, che "restituiscono l'immagine del piccolo villaggio che nel medioevo si stagliò ai piedi dei bastioni"; per la rilevanza della tenuta anche nei secoli successivi viene richiamato un manoscritto del 1637, da cui "si ricava l'immagine di un paesaggio in cui le coltivazioni convivono, rispettandole e talora riutilizzandole, con le testimonianze storiche". La relazione dà anche atto dell'aspetto attuale della Tenuta, facendo specifico riferimento alla esistenza della bretella autostradale, della ferrovia Alta Velocità e della centrale ENEL, affermando peraltro espressamente che "nonostante tali inserimenti la Tenuta di (...) consente di apprezzare il paesaggio tipico della Campagna Romana, che si conserva per larghe estensioni incontaminato".

Ne deriva che l'Amministrazione ha ampiamente valutato anche l'attuale stato dei luoghi dando espresso conto nella relazione della rilevanza storico artistica della Tenuta, delle ragioni tecnico-scientifiche (di carattere storico e artistico) che hanno portato a concludere la verifica in senso confermativo del vincolo sul compendio immobiliare, della non alterazione dei tratti originari del compendio immobiliare da parte degli interventi infrastrutturali realizzati.

Anche sotto ultimo profilo, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale, per cui non rileva che il bene abbia subito, nel tempo, alterazioni rispetto alla sua originaria configurazione, in quanto la tutela storico-artistica protegge non già un'opera dell'ingegno dell'autore, ma "un'oggettiva testimonianza materiale di civiltà" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747), circostanza che nel caso di specie risulta integralmente dalla relazione storico-artistica allegata al decreto.

Il ricorso è quindi infondato e deve essere respinto.

(...).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quarter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(...)

# Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

Sezione staccata di Catania (Sez. II), 7 luglio 2014 n. 1960

**Cappellano ospedaliero – Natura del rapporto di lavoro – Convenzionale in assenza di concorso.**

*Il rapporto di lavoro del cappellano militare ha natura convenzionale e non di pubblico impiego quando: a) non sia stato effettuato un concorso; b) l'individuazione del cappellano sia fatta dal Vescovo diocesano; c) il rapporto si sia protratto oltre i massimi limiti di età consentiti per il collocamento in quiescenza di personale pubblico.*

*Omissis (...)*

## FATTO e DIRITTO

L'originario ricorrente, premettendo di essere nato il 31 gennaio 1910 e di essere appartenente all'Ordine dei frati minori conventuali e di aver svolto dal 1 agosto 1968 al 31 gennaio 1995 le funzioni di cappellano incaricato dell'assistenza spirituale presso l'Ospedale maggiore di (...), chiede il riconoscimento della natura di impiego pubblico del rapporto di lavoro, con le consequenziali statuizioni indicate in epigrafe.

L'originario ricorrente è deceduto nel corso del giudizio, che è stato proseguito dal suo avente causa signor (...).

L'USL si è costituita spiegando difese nel merito; in particolare ha dedotto trattarsi di rapporto convenzionale ai sensi dell'art. 42, comma 1, legge 12 febbraio 1968, n. 132, che prevedeva la facoltà dei consigli di amministrazione degli enti ospedalieri di stipulare convenzioni con gli ordini religiosi per l'espletamento di particolari servizi con personale idoneo alle funzioni rispettivamente assegnate; la Regione Siciliana ha chiesto la propria estromissione dal giudizio ed ha comunque eccepito il verificarsi della prescrizione in ordine alle pretese economiche.

Il ricorso non è fondato, non risultando dagli atti di causa essersi mai instaurato un rapporto di pubblico impiego tra l'originario ricorrente e l'USL intimata, i quali sono stati legati da un rapporto meramente convenzionale.

Depongono in favore della natura di rapporto convenzionale: a) la circostanza che non sia stato effettuato un concorso, presupposto necessario per

la costituzione di un rapporto di impiego pubblico (in tal senso, *ex plurimis*, CGARS, 31 gennaio 1995, n. 3, che afferma la nullità, in via generale, di rapporti di impiego pubblico costituiti senza concorso); b) la circostanza che il rapporto sia stato avviato in seguito alla individuazione del ricorrente da parte dell'allora Vescovo di (...), come si evince dalla nota dell'Ospedale Maggiore di (...); c) la circostanza che il rapporto si sia concluso il 31 gennaio 1995, quando il sacerdote ricorrente aveva 85 anni, ben oltre i massimi limiti di età consentiti per il collocamento in quiescenza di personale pubblico.

(...).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione II interna), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

(...)

## Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana

19 febbraio 2019 n. 150

### **Cappellano ospedaliero – Natura del rapporto di lavoro – Convenzionale in assenza di concorso.**

*Il rapporto di lavoro del cappellano militare ha natura convenzionale e non di pubblico impiego quando: a) non sia stato effettuato un concorso; b) l'individuazione del cappellano sia fatta dal Vescovo diocesano; c) il rapporto si sia protratto oltre i massimi limiti di età consentiti per il collocamento in quiescenza di personale pubblico.*

*Omissis (...)*

#### FATTO e DIRITTO

1. L'originario ricorrente, il sacerdote (...), appartenente all'Ordine dei frati minori conventuali, con il ricorso di primo grado proposto dinanzi al T.A.R. Sicilia, sez. di Catania, deduceva di aver svolto dal 1° agosto 1968 al 31 gennaio 1995 le funzioni di cappellano incaricato dell'assistenza spirituale presso l'Ospedale maggiore di (...), appartenente alla U.S.L.n.24 di (...) e, su tale premessa chiedeva il riconoscimento della natura di impiego pubblico del rapporto di lavoro instauratosi con l'amministrazione sanitaria, con le conseguenti statuizioni in ordine alla ricostruzione della carriera ed al riconoscimento delle provvidenze economiche connesse al rivendicato inquadramento nel VII° livello retributivo funzionale.

A seguito del decesso dell'originario ricorrente il giudizio è proseguito in primo grado con atto di riassunzione del suo successore universale signor (...).

Con sentenza n. 1960 del 7 luglio 2014 il Tar di Catania ha respinto il ricorso, assumendo che il rapporto di lavoro intercorso *inter partes* avesse assunto i tratti propri di una convenzione di collaborazione esterna, scevra da ogni connotazione propria del rapporto di pubblico impiego, di guisa che non potevano trovare accoglimento le pretese patrimoniale avanzate nel ricorso.

Contro tale sentenza propone appello il (...) lamentando la erroneità della impugnata sentenza in ordine alla non condivisa qualificazione del rapporto

di lavoro operata dal giudice di primo grado ed insiste affinché lo stesso sia qualificato alla stregua di un rapporto di pubblico impiego, con ogni statuizione conseguenziale sulle differenze retributive maturate e ogni altro accessorio dovuto in forza della corretta qualificazione del rapporto.

Si è costituita in giudizio l'appellata Amministrazione regionale per resistere all'appello e chiederne la reiezione.

All'udienza pubblica del 6 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

2. L'appello è infondato e va respinto.

Come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, dagli atti di causa non risulta essersi mai istaurato un rapporto di pubblico impiego tra l'originario ricorrente e l'USL intimata, i quali sono stati legati da un rapporto meramente convenzionale.

In particolare, il giudice di prime cure ha osservato che depongono a favore della natura di rapporto convenzionale i seguenti elementi:

a) la circostanza che non sia stato effettuato un concorso, presupposto necessario (art. 97 Cost.) per la costituzione di un rapporto di impiego pubblico;

b) la circostanza che il rapporto sia stato avviato in seguito alla individuazione del ricorrente da parte dell'allora Vescovo di (...), come si evince dalla nota dell'Ospedale Maggiore di (...);

c) la circostanza che il rapporto si sia concluso il 31 gennaio 1995, quando il sacerdote originario ricorrente aveva 85 anni, ben oltre i massimi limiti di età consentiti per il collocamento in quiescenza di personale pubblico.

Il Collegio condivide tali rilievi argomentativi del giudice di primo grado e ritiene che nella specie il rapporto *inter partes* si sia effettivamente atteggiato alla stregua di un rapporto convenzionale di diritto privato, ai sensi dell'art. 42, comma 1, legge 12 febbraio 1968, n. 132 (recante *Enti ospedalieri e assistenza ospedaliera*). La richiamata disposizione normativa, che fissa i principi direttivi per lo stato giuridico del personale, prevedeva la facoltà dei consigli di amministrazione degli enti ospedalieri di stipulare convenzioni con gli ordini religiosi per l'espletamento di particolari servizi con personale idoneo alle funzioni rispettivamente assegnate. Tale previsione, espressamente formulata quale ipotesi derogatoria della regola dell'accesso concorsuale e quindi divergente rispetto alla assunzione in ruolo ordinaria, si giustifica proprio in relazione all'esigenza di costituire rapporti convenzionali ad hoc per l'acquisizione di *particolari servizi* (come per l'appunto nel caso del servizio di assistenza religiosa).

D'altra parte, a conferma della natura non impiegatizia del rapporto, soccorre la stessa articolazione normativa del contenuto delle prestazioni inerenti il servizio di assistenza religiosa (art. 35 del d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128),

strutturato come servizio a domanda degli infermi, come tale avente carattere sporadico ed occasionale (senza il rispetto di orari prestabiliti, come riconosciuto dallo stesso appellante), tenuto conto peraltro che la direzione sanitaria degli ospedali è tenuta a gestire le richieste di assistenza religiosa in relazione alle domande rivolte da infermi *di qualunque religione*.

La circostanza poi che detto servizio si sia in concreto sviluppato, nella fattispecie in esame, attraverso la prestazione di servizi periodici e continuativi da parte del religioso e che sia stato previsto in suo favore un compenso mensile predeterminato, non elide la natura saltuaria delle prestazioni erogate e, più in generale, non esclude che al rapporto siano mancate, per le ragioni dette, le connotazioni intrinseche ed esteriori di un rapporto d'impiego pubblico.

In definitiva, l'appello non merita di essere accolto e va per l'effetto confermata la impugnata sentenza.

(...).

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(...)

## Presentazione

La parte di legislazione e giurisprudenza canonica del numero 1 del 2019 pubblica sul delicatissimo tema della protezione dei minori e delle persone vulnerabili, ed in particolare sul problema degli abusi sessuali, una serie di documenti, ed in particolare: la Legge vaticana n. CCXCVII del 26 marzo, due *Mou Proprio* (*Vos esis lux mundi* e la Lettera apostolica *Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*) e le linee guida sempre sul tema della protezione dei minori e delle persone vulnerabili. La parte si completa con la pubblicazione del *Motu proprio communis vita*, che modica i canoni 694 e 729 del Codice di diritto canonico, in materia di dimissioni *ipso facto* del religioso dagli istituti religiosi e secolari.

# LEGGE N. CCXCVII

## Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili 26 marzo 2019

### **Il Santo Padre Francesco**

- vista la *Legge Fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, del 26 novembre 2000;

- vista la *Legge sulle Fonti del diritto* N. LXXI, del 1° ottobre 2008;

- visto il *Motu Proprio «Ai nostri tempi»*, dell'11 luglio 2013;

- vista la Legge N. VIII, *recante norme complementari in materia penale*, dell'11 luglio 2013;

- vista la Legge N. IX, *recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, dell'11 luglio 2013;

- vista la *Convenzione sui diritti del fanciullo*, conclusa a New York il 20 novembre 1989, ratificata dalla Santa Sede, anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, il 20 aprile 1990;

- visto il *Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile*, concluso a New York il 25 maggio 2000, ratificato dalla Santa Sede, anche a nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano, il 24 ottobre 2001;

ha adottato la seguente

### **Legge**

#### **Articolo 1**

##### **(Ambito di applicazione)**

1. La presente legge si applica ai reati di cui al Titolo II della Legge N. VIII, *recante norme complementari in materia penale*, dell'11 luglio 2013, nonché ai reati di cui agli articoli 372, 386, 389, 390 e 391 del codice penale, qualora commessi in danno di un minore o di un soggetto ad esso equiparato.

2. Ai fini della presente legge al «*minore*» è equiparata la «*persona vulnerabile*».

3. È vulnerabile ogni persona in stato d'infermità, di deficienza fisica o psichica, o di privazione della libertà personale che di fatto, anche occasionalmente, ne limiti la capacità di intendere o di volere o comunque di resistere all'offesa.

#### **Articolo 2**

##### **(Procedibilità e termini di prescrizione)**

1. I reati di cui all'articolo 1 sono perseguibili d'ufficio.

2. Il termine di prescrizione dei reati di cui all'articolo 1 è di venti anni e decorre, in caso di offesa ad un minore, dal compimento del suo diciottesimo anno di età.

### **Articolo 3**

#### ***(Obbligo di denuncia)***

1. Fatto salvo il sigillo sacramentale, il pubblico ufficiale, che nell'esercizio delle sue funzioni abbia notizia o fondati motivi per ritenere che un minore sia vittima di uno dei reati di cui all'articolo 1, deve presentare denuncia senza ritardo qualora i reati siano anche alternativamente commessi:

- a) nel territorio dello Stato della Città del Vaticano;
- b) in pregiudizio di residenti o di cittadini dello Stato;
- c) in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai pubblici ufficiali dello Stato della Città del Vaticano o dai soggetti di cui al punto 3 del *Motu Proprio «Ai nostri tempi»*, dell'11 luglio 2013.

2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale che omette o indebitamente ritarda la denuncia di cui al comma precedente è punito con la multa da euro mille a euro cinquemila. Se il fatto è commesso da un agente o ufficiale di polizia giudiziaria, la pena è la reclusione fino a sei mesi.

3. Fatto salvo il sigillo sacramentale, può presentare denuncia ogni altra persona, anche totalmente estranea ai fatti, che sia a conoscenza di comportamenti in danno di un minore.

4. Qualora il procedimento sia a carico di un chierico o di un membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica, il promotore di giustizia, ricevuta la denuncia, ne informa tempestivamente l'Ordinario o il Superiore Maggiore competente per l'adozione delle misure previste dal diritto canonico.

### **Articolo 4**

#### ***(Misure generali di protezione)***

Nel procedimento penale, la persona offesa:

- a) è informata sui diritti e sui servizi a sua disposizione, nonché, qualora ne faccia richiesta, sugli esiti delle singole fasi del procedimento;
- b) è informata dell'adozione e della cessazione a qualsiasi titolo dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, provvisori o definitivi, disposti a carico dell'imputato;
- c) direttamente o per il tramite del difensore, può fornire prove, sollecitare il compimento di specifiche attività investigative e chiedere di essere sentita;
- d) ha diritto alla tutela della propria immagine e sfera privata, nonché della riservatezza dei dati personali;
- e) ha diritto all'adozione di misure idonee ad evitare un contatto diretto con l'imputato, salve le inderogabili esigenze del procedimento.

## **Articolo 5** **(Audizione del minore)**

Quando si procede all'audizione del minore:

*a)* il minore può essere accompagnato da un suo avvocato, nonché da un maggiorenne di sua fiducia ammesso dall'autorità che procede;

*b)* l'audizione del minore infraquattordicenne è sempre condotta con l'ausilio di uno psicologo e secondo modalità adeguate allo scopo. Nello stesso modo l'Autorità giudiziaria procede in ogni altro caso in cui reputi opportune tali modalità;

*c)* la deposizione è documentata anche mediante videoregistrazione, che deve essere acquisita come prova in giudizio.

## **Articolo 6** **(Indagini)**

**1.** Il promotore di giustizia richiede l'adozione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti necessari a:

*a)* garantire la sicurezza e l'integrità fisica della persona offesa;

*b)* allontanare l'indagato dalla persona offesa o da altri minori;

*c)* prevenire la reiterazione dei reati;

*d)* tutelare la persona offesa e la sua famiglia da qualsiasi intimidazione o ritorsione.

**2.** Il promotore di giustizia, nel caso in cui i rappresentanti legali siano in conflitto d'interessi con il minore, chiede al giudice unico di nominare un curatore speciale che, a spese dello Stato, ne rappresenti gli interessi.

**3.** Il promotore di giustizia, a tutela della persona offesa:

*a)* assicura che le indagini siano svolte con carattere prioritario e nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica e psichica della persona offesa;

*b)* assume senza ritardo la deposizione della persona offesa;

*c)* indirizza la persona offesa al Servizio di accompagnamento di cui all'articolo 9.

**4.** Il promotore di giustizia, di concerto con la Direzione dei Servizi di Sicurezza e Protezione Civile e con il Servizio di accompagnamento di cui all'articolo 9, adotta linee guida circa le modalità da seguire nelle attività di polizia giudiziaria che coinvolgano minori.

## **Articolo 7** **(Giudizio)**

Quando si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 1, l'Autorità giudiziaria, a tutela del minore:

*a)* può ordinare che si proceda a porte chiuse;

*b)* può disporre che il minore deponga in videoconferenza oppure mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico;

c) nei casi in cui i rappresentanti legali siano in conflitto d'interessi con il minore, nomina un curatore speciale che, a spese dello Stato, ne rappresenti gli interessi;

d) qualora l'imputato sia un chierico o un membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica, trasmette, unitamente alla sentenza, copia degli atti del processo all'Ordinario o al Superiore Maggiore competente per l'adozione delle misure previste dal diritto canonico.

### **Articolo 8**

#### ***(Direzione di Sanità e Igiene)***

1. Il Presidente del Governatorato, su proposta della Direzione di Sanità e Igiene, adotta linee guida per la tutela dei minori.

2. La Direzione di Sanità e Igiene dispone di un Servizio di accompagnamento per le vittime di abusi. Essa individua al suo interno un esperto qualificato al quale affidare, in qualità di Responsabile, il coordinamento di tale servizio.

### **Articolo 9**

#### ***(Servizio di accompagnamento)***

Il Servizio di accompagnamento:

- a) offre un servizio di ascolto;
- b) garantisce l'assistenza medica e sociale alle persone offese e ai loro familiari, compresa l'assistenza terapeutica e psicologica di urgenza;
- c) illustra alla persona offesa i suoi diritti e il modo di farli valere;
- d) agevola il ricorso della persona offesa all'Autorità giudiziaria;
- e) tiene conto del parere e dei bisogni della persona offesa, tutelandone l'immagine e la sfera privata, nonché la riservatezza dei dati personali;
- f) adotta linee guida per il trattamento dei minori che vi ricorrono.

### **Articolo 10**

#### ***(Formazione)***

1. Il Servizio di accompagnamento offre ai minori, ai loro genitori, formatori, educatori e responsabili un'informazione adeguata sui rischi in materia di sfruttamento, di abuso sessuale e di maltrattamento, nonché sui mezzi utili ad identificare e prevenire tali offese.

2. L'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica organizza, di concerto con il Servizio di accompagnamento, programmi di formazione per il personale del Governatorato circa i rischi in materia di sfruttamento, di abuso sessuale e di maltrattamento dei minori, nonché sui mezzi per identificare e prevenire queste offese e sull'obbligo di denuncia.

### **Articolo 11**

#### ***(Reclutamento del personale)***

1. Nella selezione ed assunzione del personale del Governatorato, nonché

di coloro che prestano collaborazione in forma volontaria, deve essere accertata l'idoneità del candidato ad interagire con i minori.

2. La Commissione per la Selezione del personale si avvale del Servizio di accompagnamento per adottare orientamenti e definire procedure allo scopo di accertare l'idoneità dei candidati.

### **Articolo 12**

#### ***(Entrata in vigore)***

La presente legge entra in vigore il primo giugno 2019.

*Comandiamo che l'originale della presente legge, munito del sigillo dello Stato, sia depositato nell'Archivio delle leggi dello Stato della Città del Vaticano ed il testo corrispondente sia pubblicato, oltre che nel Supplemento degli Acta Apostolicae Sedis, mediante affissione nel cortile di San Damaso, alla porta degli uffici del Governatorato e negli uffici postali dello Stato, mandandosi a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.*

Città del Vaticano, 26 marzo dell'anno 2019, VII del Nostro Pontificato.

## Vicariato della Città del Vaticano

# Linee guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili

26 marzo 2019

### **Il Santo Padre Francesco**

- visto il Chirografo di San Giovanni Paolo II *per la cura spirituale nella Città del Vaticano*, del 14 gennaio 1991;

- vista la Legge N. CCXCVII, *sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, del 26 marzo 2019;

- attesa la natura particolare delle attività pastorali svolte nell'ambito dello Stato della Città del Vaticano;

- desiderando introdurre misure specifiche nell'ambito del Vicariato della Città del Vaticano per la cura e la protezione dei minori e delle persone vulnerabili;

ha adottato le seguenti

### **Linee Guida**

#### *Premessa*

La salvaguardia dei minori e delle persone vulnerabili è parte integrante della missione della Chiesa. Il Vicariato della Città del Vaticano, a cui è affidata la cura pastorale dei fedeli residenti nello Stato, nonché nelle Ville Pontificie di Castel Gandolfo, partecipa pienamente a questa missione, fermamente radicata nel convincimento che ogni persona ha un valore unico in quanto creata a immagine e somiglianza di Dio. Infatti, *«l'effettiva tutela dei minori e l'impegno per garantire loro lo sviluppo umano e spirituale consono alla dignità della persona umana fanno parte integrante del messaggio evangelico che la Chiesa e tutti i suoi membri sono chiamati a diffondere nel mondo»* (Chirografo *per l'istituzione della Pontificia Commissione per la Tutela dei Minori*, del 22 marzo 2014).

#### **A. Ambito di applicazione**

La normativa canonica e la legislazione dello Stato della Città del Vaticano in materia di protezione dei minori e delle persone vulnerabili devono essere scrupolosamente rispettate.

Le politiche e le procedure contenute in queste linee guida sono indirizzate a stabilire e a mantenere una comunità ecclesiale rispettosa e consapevole dei

diritti e dei bisogni dei minori e delle persone vulnerabili, attenta ai rischi di sfruttamento, di abuso sessuale e di maltrattamento, nell'ambito delle attività svolte all'interno del Vicariato della Città del Vaticano. Esse sono rivolte a:

- i canonici, i coadiutori e il clero della Basilica di San Pietro;
- i parroci e i coadiutori delle parrocchie di San Pietro e di Sant'Anna in Vaticano;
- i cappellani e gli assistenti spirituali che abbiano ricevuto un incarico pastorale dal Vicario Generale;
- i sacerdoti, i diaconi e gli educatori del Preseminario San Pio X;
- i membri degli Istituti di vita consacrata e delle Società di vita apostolica che abbiano residenza stabile nello Stato della Città del Vaticano;
- tutti coloro che operano a qualsiasi titolo, individuale o associato, all'interno della comunità ecclesiale del Vicariato della Città del Vaticano.

Agli effetti delle presenti linee guida, le «*persone vulnerabili*» sono equiparate ai «*minori*».

### **B. Il Referente per la tutela dei minori**

Il Vicario Generale nomina un Referente per la tutela dei minori il quale coordina e verifica l'attuazione delle presenti linee guida affinché, nell'ambito del Vicariato, sia mantenuta una comunità rispettosa e consapevole dei diritti e dei bisogni dei minori, nonché attenta a prevenire ogni forma di violenza o di abuso. Il Referente coordinerà le attività di prevenzione e di formazione degli operatori pastorali e avrà particolare cura di accogliere e di accompagnare coloro che affermano di essere stati vittima di sfruttamento, di abuso sessuale o di maltrattamento, nonché i loro familiari.

Il Referente si avvale del supporto professionale del Servizio di accompagnamento, gestito dalla Direzione di Sanità e Igiene del Governatorato, e dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica.

### **C. Gli operatori pastorali**

**1.** Nella scelta degli operatori pastorali deve essere accertata, in particolare, l'idoneità dei candidati a interagire con i minori, attraverso un'indagine adeguata e verificando anche l'assenza di carichi giudiziari pregiudizievoli.

**2.** Gli operatori pastorali devono ricevere una formazione adeguata circa i rischi in materia di sfruttamento, di abuso sessuale e di maltrattamento dei minori, nonché circa i mezzi per identificare e prevenire queste offese. Essi sono tenuti inoltre a partecipare ai programmi di formazione organizzati dall'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica, di concerto con il Servizio di accompagnamento.

**3.** I collaboratori occasionali sono informati circa i comportamenti da tenere nell'interazione con i minori, nonché sui comportamenti vietati.

### **D. Attività pastorali**

**1.** Nelle attività pastorali che coinvolgano minori, la tutela di costoro deve assumere un carattere prioritario. Pertanto, nel corso delle loro attività, gli operatori pastorali devono:

- usare prudenza e rispetto nel relazionarsi con i minori;
- fornire loro modelli positivi di riferimento;
- essere sempre visibili agli altri quando sono in presenza di minori;
- segnalare al responsabile qualsiasi comportamento potenzialmente pericoloso;
- rispettare la sfera di riservatezza del minore;
- informare i genitori o i tutori delle attività che vengono proposte e delle relative modalità organizzative;
- usare la dovuta prudenza nel comunicare con i minori, anche per via telefonica e sui *social network*.

**2.** Agli operatori pastorali è severamente vietato:

- Infliggere castighi corporali di qualunque tipo;
- instaurare un rapporto preferenziale con un singolo minore;
- lasciare un minore in una situazione potenzialmente pericolosa per la sua sicurezza psichica o fisica;
- rivolgersi ad un minore in modo offensivo o assumere comportamenti inappropriati o sessualmente allusivi;
- discriminare un minore o un gruppo di minori;
- chiedere a un minore di mantenere un segreto;
- fare regali ad un minore discriminando il resto del gruppo;
- fotografare o filmare un minore senza il consenso scritto dei suoi genitori o tutori;
- pubblicare o diffondere anche via *web* o *social network* immagini che ritraggano in modo riconoscibile un minore senza il consenso dei genitori o tutori.

**3.** Le attività pastorali sono svolte in locali adatti all'età e allo stadio di sviluppo dei minori. Per quanto possibile, gli operatori pastorali devono avere particolare cura affinché i minori non entrino o permangano in luoghi nascosti alla vista o privi di controllo.

**4.** Gli eventuali comportamenti inappropriati o di bullismo che dovessero verificarsi tra minori, anche qualora non integrassero gli estremi di un reato, devono essere affrontati prontamente, con equilibrio, prudenza e delicatezza, informandone immediatamente i genitori o i tutori.

### **E. Consenso informato dei genitori o tutori**

**1.** È indispensabile il consenso scritto dei genitori o tutori per la partecipazione dei minori alle attività pastorali. I genitori o tutori ricevono informazioni sull'attività proposta, nonché sui nominativi e recapiti dei

responsabili.

2. Il consenso scritto dei genitori o tutori è ugualmente richiesto per fotografare o filmare i minori e per pubblicare fotografie o video che li ritraggano, nonché per contattare il minore, anche per via telefonica e sui *social network*.

3. Le autorizzazioni che contengono dati sensibili sono conservate con attenzione e cura.

#### **F. Trattazione delle segnalazioni dei presunti casi di sfruttamento, di abuso sessuale o di maltrattamento**

1. Coloro che affermano di essere stati vittima di sfruttamento, di abuso sessuale o di maltrattamento in ambito ecclesiale, nonché i loro familiari, hanno diritto ad essere accolti, ascoltati e accompagnati. Il Vicario Generale, direttamente o tramite il Referente per la tutela dei minori, darà loro ascolto, impegnandosi a garantire un'adeguata assistenza spirituale e tutelandone l'immagine e la sfera privata, nonché la riservatezza dei dati personali. Il Vicario Generale potrà affidare l'accompagnamento spirituale delle persone offese e dei loro familiari a un presbitero qualificato.

2. Alle persone offese sarà offerta inoltre assistenza medica e sociale, compresa l'assistenza terapeutica e psicologica di urgenza, nonché informazioni utili di natura legale, avvalendosi anche del Servizio di accompagnamento gestito dalla Direzione di Sanità e Igiene.

3. Fatto salvo il sigillo sacramentale, gli operatori pastorali, i collaboratori e i volontari che abbiano notizia di un minore vittima di sfruttamento, di abuso sessuale o di maltrattamento, ne informano il Vicario Generale, direttamente o tramite il Referente per la tutela dei minori.

4. Il Vicario Generale o il Referente chiede all'autore della segnalazione di formalizzarla per iscritto, anche al fine di comunicarla al promotore di giustizia presso il tribunale dello Stato della Città del Vaticano. L'autore della segnalazione sarà incoraggiato a presentare denuncia direttamente al promotore di giustizia presso il tribunale dello Stato della Città del Vaticano.

5. Qualora il presunto autore dei fatti sia un chierico o un membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica, il Vicario Generale, ricevuta la notizia, la comunica senza indugio all'Ordinario proprio o al Superiore Maggiore.

6. Ogniquale volta la notizia di reato non sia manifestamente infondata, il Vicario Generale la segnala al promotore di giustizia presso il tribunale dello Stato della Città del Vaticano e allontana il presunto autore dei fatti dalle attività pastorali del Vicariato.

7. In caso di opposizione scritta e giustificata della persona offesa o dei suoi rappresentanti legali, o di declino a formalizzare la segnalazione per iscritto, il Vicario Generale non la trasmetterà al promotore di giustizia a meno

che, sentito il Referente per la tutela dei minori, ritenga che la segnalazione sia necessaria per proteggere la persona offesa o altri minori dal pericolo.

**8.** Nei casi di sua competenza e senza pregiudizio delle indagini condotte in sede civile, il Vicario Generale svolge personalmente o tramite un presbitero esperto in materia processuale e prudente nel discernimento l'indagine previa a norma del canone 1717 CIC. L'indagine è condotta a titolo prioritario.

**9.** Quando richiesto dalle circostanze, l'Ordinario competente può delegare la competenza a condurre l'indagine previa al Vicario Generale.

**10.** Nei procedimenti, si accerta la condotta delittuosa, le generalità e l'età delle persone offese, il danno arrecato e l'eventuale commistione con il foro sacramentale. Possono essere raccolti documenti, prove e testimonianze provenienti dai vari ambiti e ambienti dove l'indagato abbia operato. Il Vicario Generale può avvalersi anche di deposizioni, testimonianze, documenti e perizie raccolte in sede civile, nonché delle eventuali sentenze o decisioni in merito all'oggetto dell'indagine da parte degli organi giurisdizionali dello Stato. A tale fine, il Vicario Generale può sospendere i procedimenti in attesa della conclusione delle indagini in sede civile.

**11.** Nel corso dei procedimenti si avrà cura di:

- a)** lavorare per la guarigione di ogni persona coinvolta;
- b)** raccogliere la deposizione della persona offesa senza ritardo e secondo modalità adeguate allo scopo;
- c)** indirizzare la persona offesa a rivolgersi al Servizio di accompagnamento gestito dalla Direzione di Sanità e Igiene;
- d)** illustrare alla persona offesa quali siano i suoi diritti e il modo di farli valere, compresa la possibilità di fornire prove e di chiedere di essere sentita, direttamente o per il tramite di un intermediario;
- e)** informare la persona offesa, qualora ne faccia richiesta, sugli esiti delle singole fasi del procedimento;
- f)** incoraggiare la persona offesa ad avvalersi dell'assistenza di consulenti civili e canonici;
- g)** preservare la persona offesa e la sua famiglia da qualsiasi intimidazione o ritorsione;
- h)** tutelare l'immagine e la sfera privata, nonché la riservatezza dei dati personali della persona offesa.

**12.** La presunzione di innocenza deve essere sempre garantita, tutelando la reputazione dell'indagato. Salvo che sussistano gravi ragioni in senso contrario, l'indagato è informato tempestivamente delle accuse a suo carico, onde potersi difendere dalle medesime. Egli è invitato ad avvalersi dell'assistenza di consulenti civili e canonici. Gli sarà offerta anche assistenza spirituale e psicologica.

**13.** Laddove ci sia motivo di ritenere che i reati possano reiterarsi, sono adottate senza indugio le adeguate misure cautelari.

**14.** Qualora dall'indagine emerga la verosimiglianza del reato, il Vicario Generale sottopone la causa al Dicastero competente. In caso contrario, il Vicario Generale emette un decreto di archiviazione motivato, conservando nel suo archivio la documentazione attestante le attività svolte e i motivi della decisione assunta.

**15.** Chiunque sia dichiarato colpevole di aver commesso uno dei reati di cui all'articolo 1 della Legge N. CCXCVII, *sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, del 26 marzo 2019, sarà rimosso dai suoi incarichi; gli sarà comunque offerto un supporto adeguato per la riabilitazione psicologica e spirituale, nonché ai fini del reinserimento sociale.

*Dispongo che queste linee guida siano osservate ad experimentum per un periodo di tre anni.*

*Dato a Roma, presso San Pietro, il 26 marzo dell'anno 2019, settimo del Pontificato.*

**Lettera apostolica**  
**in forma di «motu proprio»**  
**Del sommo pontefice Francesco**  
**Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili**

La tutela dei minori e delle persone vulnerabili fa parte integrante del messaggio evangelico che la Chiesa e tutti i suoi membri sono chiamati a diffondere nel mondo. Cristo stesso infatti ci ha affidato la cura e la protezione dei più piccoli e indifesi: «*chi accoglierà un solo bambino come questo nel mio nome, accoglie me*» (Mt 18, 5). Abbiamo tutti, pertanto, il dovere di accogliere con generosità i minori e le persone vulnerabili e di creare per loro un ambiente sicuro, avendo riguardo in modo prioritario ai loro interessi. Ciò richiede una conversione continua e profonda, in cui la santità personale e l'impegno morale possano concorrere a promuovere la credibilità dell'annuncio evangelico e a rinnovare la missione educativa della Chiesa.

Desidero, quindi, rafforzare ulteriormente l'assetto istituzionale e normativo per prevenire e contrastare gli abusi contro i minori e le persone vulnerabili affinché nella Curia Romana e nello Stato della Città del Vaticano:

- sia mantenuta una comunità rispettosa e consapevole dei diritti e dei bisogni dei minori e delle persone vulnerabili, nonché attenta a prevenire ogni forma di violenza o abuso fisico o psichico, di abbandono, di negligenza, di maltrattamento o di sfruttamento che possano avvenire sia nelle relazioni interpersonali che in strutture o luoghi di condivisione;

- maturi in tutti la consapevolezza del dovere di segnalare gli abusi alle Autorità competenti e di cooperare con esse nelle attività di prevenzione e contrasto;

- sia efficacemente perseguito a norma di legge ogni abuso o maltrattamento contro minori o contro persone vulnerabili;

- sia riconosciuto a coloro che affermano di essere stati vittima di sfruttamento, di abuso sessuale o di maltrattamento, nonché ai loro familiari, il diritto ad essere accolti, ascoltati e accompagnati;

- sia offerta alle vittime e alle loro famiglie una cura pastorale appropriata, nonché un adeguato supporto spirituale, medico, psicologico e legale;

- sia garantito agli imputati il diritto a un processo equo e imparziale, nel rispetto della presunzione di innocenza, nonché dei principi di legalità e di proporzionalità fra il reato e la pena;

- venga rimosso dai suoi incarichi il condannato per aver abusato di un minore o di una persona vulnerabile e, al contempo, gli sia offerto un supporto adeguato per la riabilitazione psicologica e spirituale, anche ai fini del reinserimento sociale;

- sia fatto tutto il possibile per riabilitare la buona fama di chi sia stato accusato ingiustamente;

- sia offerta una formazione adeguata per la tutela dei minori e delle persone vulnerabili.

Pertanto, con la presente Lettera stabilisco che:

**1.** I competenti organi giudiziari dello Stato della Città del Vaticano esercitano la giurisdizione penale anche in ordine ai reati di cui agli articoli 1 e 3 della Legge N. CCXCVII, *sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, del 26 marzo 2019, commessi, in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai soggetti di cui al punto 3 del *Motu Proprio «Ai nostri tempi»*, dell'11 luglio 2013.

**2.** Fatto salvo il sigillo sacramentale, i soggetti di cui al punto 3 del *Motu Proprio «Ai nostri tempi»*, dell'11 luglio 2013, sono obbligati a presentare, senza ritardo, denuncia al promotore di giustizia presso il tribunale dello Stato della Città del Vaticano ogniqualvolta, nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano notizia o fondati motivi per ritenere che un minore o una persona vulnerabile sia vittima di uno dei reati di cui all'articolo 1 della Legge N. CCXCVII, qualora commessi anche alternativamente:

*i.* nel territorio dello Stato;

*ii.* in pregiudizio di cittadini o di residenti nello Stato;

*iii.* in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, dai pubblici ufficiali dello Stato o dai soggetti di cui al punto 3 del *Motu Proprio «Ai nostri tempi»*, dell'11 luglio 2013.

**3.** Alle persone offese dai reati di cui all'articolo 1 della Legge N. CCXCVII è offerta assistenza spirituale, medica e sociale, compresa l'assistenza terapeutica e psicologica di urgenza, nonché informazioni utili di natura legale, tramite il Servizio di accompagnamento gestito dalla Direzione di Sanità e Igiene del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano.

**4.** L'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica organizza, di concerto con il Servizio di accompagnamento della Direzione di Sanità e Igiene, programmi di formazione per il personale della Curia Romana e delle Istituzioni collegate con la Santa Sede circa i rischi in materia di sfruttamento, di abuso sessuale e di maltrattamento dei minori e delle persone vulnerabili, nonché sui mezzi per identificare e prevenire tali offese e sull'obbligo di denuncia.

**5.** Nella selezione e nell'assunzione del personale della Curia Romana e delle Istituzioni collegate con la Santa Sede, nonché di coloro che prestano

collaborazione in forma volontaria, deve essere accertata l' idoneità del candidato ad interagire con i minori e con le persone vulnerabili.

**6.** I Dicasteri della Curia Romana e le Istituzioni collegate con la Santa Sede a cui abbiano accesso i minori o le persone vulnerabili adottano, con l' assistenza del Servizio di accompagnamento della Direzione di Sanità e Igiene, buone prassi e linee guida per la loro tutela.

Stabilisco che la presente Lettera Apostolica in forma di «Motu Proprio» venga promulgata mediante la pubblicazione su *L'Osservatore Romano* e, successivamente, inserita negli *Acta Apostolicae Sedis*.

Dispongo che quanto stabilito abbia pieno e stabile valore, anche abrogando tutte le disposizioni incompatibili, a partire dal primo giugno 2019.

*Dato a Roma presso San Pietro, il 26 marzo dell' anno 2019, settimo del Pontificato.*

FRANCESCO

**Lettera apostolica  
in forma di «motu proprio»  
Del sommo pontefice Francesco  
“Vos estis lux mundi”**

«Voi siete la luce del mondo; non può restare nascosta una città che sta sopra un monte» (Mt 5, 14). Nostro Signore Gesù Cristo chiama ogni fedele ad essere esempio luminoso di virtù, integrità e santità. Tutti noi, infatti, siamo chiamati a dare testimonianza concreta della fede in Cristo nella nostra vita e in particolare nel nostro rapporto con il prossimo.

I crimini di abuso sessuale offendono Nostro Signore, causano danni fisici, psicologici e spirituali alle vittime e ledono la comunità dei fedeli. Affinché tali fenomeni, in tutte le loro forme, non avvengano più, serve una conversione continua e profonda dei cuori, attestata da azioni concrete ed efficaci che coinvolgano tutti nella Chiesa, così che la santità personale e l’impegno morale possano concorrere a promuovere la piena credibilità dell’annuncio evangelico e l’efficacia della missione della Chiesa. Questo diventa possibile solo con la grazia dello Spirito Santo effuso nei cuori, perché sempre dobbiamo ricordare le parole di Gesù: «*Senza di me non potete far nulla*» (Gv 15, 5). Anche se tanto già è stato fatto, dobbiamo continuare ad imparare dalle amare lezioni del passato, per guardare con speranza verso il futuro.

Questa responsabilità ricade, anzitutto, sui successori degli Apostoli, preposti da Dio alla guida pastorale del Suo Popolo, ed esige da loro l’impegno nel seguire da vicino le tracce del Divino Maestro. In ragione del loro ministero, infatti, essi reggono «*le Chiese particolari a loro affidate come vicari e legati di Cristo, col consiglio, la persuasione, l’esempio, ma anche con l’autorità e la sacra potestà, della quale però non si servono se non per edificare il proprio gregge nella verità e nella santità, ricordandosi che chi è più grande si deve fare come il più piccolo, e chi è il capo, come chi serve*» (Conc. Ecum. Vat. II, Cost. *Lumen gentium*, 27). Quanto in maniera più stringente riguarda i successori degli Apostoli, concerne tutti coloro che in diversi modi assumono ministeri nella Chiesa, professano i consigli evangelici o sono chiamati a servire il Popolo cristiano. Pertanto, è bene che siano adottate a livello universale procedure volte a prevenire e contrastare questi crimini che tradiscono la fiducia dei fedeli.

Desidero che questo impegno si attui in modo pienamente ecclesiale, e

dunque sia espressione della comunione che ci tiene uniti, nell'ascolto reciproco e aperto ai contributi di quanti hanno a cuore questo processo di conversione.

Pertanto, dispongo:

## TITOLO I DISPOSIZIONI GENERALI

### **Art. 1 – Ambito di applicazione**

§1. Le presenti norme si applicano in caso di segnalazioni relative a chierici o a membri di Istituti di vita consacrata o di Società di vita apostolica e concernenti:

- a) delitti contro il sesto comandamento del Decalogo consistenti:
  - i. nel costringere qualcuno, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, a compiere o subire atti sessuali;
  - ii. nel compiere atti sessuali con un minore o con una persona vulnerabile;
  - iii. nella produzione, nell'esibizione, nella detenzione o nella distribuzione, anche per via telematica, di materiale pedopornografico, nonché nel reclutamento o nell'induzione di un minore o di una persona vulnerabile a partecipare ad esibizioni pornografiche;
- b) condotte poste in essere dai soggetti di cui all'articolo 6, consistenti in azioni od omissioni dirette a interferire o ad eludere le indagini civili o le indagini canoniche, amministrative o penali, nei confronti di un chierico o di un religioso in merito ai delitti di cui alla lettera a) del presente paragrafo.

§2. Agli effetti delle presenti norme, si intende per:

- a) «*minore*»: ogni persona avente un'età inferiore a diciott'anni o per legge ad essa equiparata;
- b) «*persona vulnerabile*»: ogni persona in stato d'infermità, di deficienza fisica o psichica, o di privazione della libertà personale che di fatto, anche occasionalmente, ne limiti la capacità di intendere o di volere o comunque di resistere all'offesa;
- c) «*materiale pedopornografico*»: qualsiasi rappresentazione di un minore, indipendentemente dal mezzo utilizzato, coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, e qualsiasi rappresentazione di organi sessuali di minori a scopi prevalentemente sessuali.

### **Art. 2 – Ricezione delle segnalazioni e protezione dei dati**

§1. Tenendo conto delle indicazioni eventualmente adottate dalle rispettive Conferenze Episcopali, dai Sinodi dei Vescovi delle Chiese Patriarcali e delle Chiese Arcivescovili Maggiori, o dai Consigli dei Gerarchi delle Chiese Metropolitane *sui iuris*, le Diocesi o le Eparchie, singolarmente o insieme, devono stabilire, entro un anno dall'entrata in vigore delle presenti norme, uno o più sistemi stabili e facilmente accessibili al pubblico per presentare segna-

lazioni, anche attraverso l'istituzione di un apposito ufficio ecclesiastico. Le Diocesi e le Eparchie informano il rappresentante Pontificio dell'istituzione dei sistemi di cui al presente paragrafo.

§2. Le informazioni di cui al presente articolo sono tutelate e trattate in modo da garantirne la sicurezza, l'integrità e la riservatezza ai sensi dei canoni 471, 2° CIC e 244 §2, 2° CCEO.

§3. Salvo quanto stabilito dall'articolo 3 §3, l'Ordinario che ha ricevuto la segnalazione la trasmette senza indugio all'Ordinario del luogo dove sarebbero avvenuti i fatti, nonché all'Ordinario proprio della persona segnalata, i quali procedono a norma del diritto secondo quanto previsto per il caso specifico.

§4. Agli effetti del presente titolo, alle Diocesi sono equiparate le Eparchie e all'Ordinario è equiparato il Gerarca.

### **Art. 3 – Segnalazione**

§1. Salvo nei casi previsti nei canoni 1548 §2 CIC e 1229 §2 CCEO, ogni qualvolta un chierico o un membro di un Istituto di vita consacrata o di una Società di vita apostolica abbia notizia o fondati motivi per ritenere che sia stato commesso uno dei fatti di cui all'articolo 1, ha l'obbligo di segnalare tempestivamente il fatto all'Ordinario del luogo dove sarebbero accaduti i fatti o ad un altro Ordinario tra quelli di cui ai canoni 134 CIC e 984 CCEO, salvo quanto stabilito dal §3 del presente articolo.

§2. Chiunque può presentare una segnalazione concernente le condotte di cui all'articolo 1, avvalendosi delle modalità di cui all'articolo precedente o in qualsiasi altro modo adeguato.

§3. Quando la segnalazione riguarda una delle persone indicate all'articolo 6, essa è indirizzata all'Autorità individuata in base agli articoli 8 e 9. La segnalazione può sempre essere indirizzata alla Santa Sede, direttamente o tramite il Rappresentante Pontificio.

§4. La segnalazione contiene gli elementi più circostanziati possibili, come indicazioni di tempo e di luogo dei fatti, delle persone coinvolte o informate, nonché ogni altra circostanza che possa essere utile al fine di assicurare un'accurata valutazione dei fatti.

§5. Le notizie possono essere acquisite anche *ex officio*.

### **Art. 4 – Tutela di chi presenta la segnalazione**

§1. Il fatto di effettuare una segnalazione a norma dell'articolo 3 non costituisce una violazione del segreto d'ufficio.

§2. Salvo quanto previsto al canone 1390 CIC e ai canoni 1452 e 1454 CCEO, pregiudizi, ritorsioni o discriminazioni per il fatto di avere presentato una segnalazione sono proibiti e possono integrare la condotta di cui all'articolo 1 §1, lettera b).

§3. A chi effettua una segnalazione non può essere imposto alcun vincolo

di silenzio riguardo al contenuto di essa.

### **Art. 5 – Cura delle persone**

§1. Le Autorità ecclesiastiche si impegnano affinché coloro che affermano di essere stati offesi, insieme con le loro famiglie, siano trattati con dignità e rispetto, e offrono loro, in particolare:

- a) accoglienza, ascolto e accompagnamento, anche tramite specifici servizi;
- b) assistenza spirituale;
- c) assistenza medica, terapeutica e psicologica, a seconda del caso specifico.

§2. Sono tutelate l'immagine e la sfera privata delle persone coinvolte, nonché la riservatezza dei dati personali.

## TITOLO II DISPOSIZIONI CONCERNENTI I VESCOVI ED EQUIPARATI

### **Art. 6 – Ambito soggettivo di applicazione**

Le norme procedurali di cui al presente titolo riguardano le condotte di cui all'articolo 1, poste in essere da:

- a) Cardinali, Patriarchi, Vescovi e Legati del Romano Pontefice;
- b) chierici che sono o che sono stati alla guida pastorale di una Chiesa particolare o di un'entità ad essa assimilata, latina od orientale, ivi inclusi gli Ordinariati personali, per i fatti commessi *durante munere*;
- c) chierici che sono o che sono stati alla guida pastorale di una Prelatura personale, per i fatti commessi *durante munere*;
- d) coloro che sono o che sono stati Moderatori supremi di Istituti di vita consacrata o di Società di vita apostolica di diritto pontificio, nonché di Monasteri *sui iuris*, per i fatti commessi *durante munere*.

### **Art. 7 – Dicastero competente**

§1. Ai fini del presente titolo, per «*Dicastero competente*» si intende la Congregazione per la Dottrina della Fede, circa i delitti ad essa riservati dalle norme vigenti, nonché, in tutti gli altri casi e per quanto di rispettiva competenza in base alla legge propria della Curia Romana:

- la Congregazione per le Chiese Orientali;
- la Congregazione per i Vescovi;
- la Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli;
- la Congregazione per il Clero;
- la Congregazione per gli Istituti di vita consacrata e le Società di vita apostolica.

§2. Al fine di assicurare il migliore coordinamento, il Dicastero competente

informa della segnalazione e dell'esito dell'indagine la Segreteria di Stato e gli altri Dicasteri direttamente interessati.

§3. Le comunicazioni di cui al presente titolo tra il Metropolita e la Santa Sede avvengono tramite il Rappresentante Pontificio.

#### **Art. 8 – Procedura applicabile in caso di segnalazione riguardante un Vescovo della Chiesa Latina**

§1. L'Autorità che riceve una segnalazione la trasmette sia alla Santa Sede sia al Metropolita della Provincia ecclesiastica in cui ha il domicilio la persona segnalata.

§2. Qualora la segnalazione riguardi il Metropolita, o la Sede Metropolitana sia vacante, essa è inoltrata alla Santa Sede, nonché al Vescovo suffraganeo più anziano per promozione al quale, in questo caso, si applicano le disposizioni seguenti relative al Metropolita.

§3. Nel caso in cui la segnalazione riguardi un Legato Pontificio, essa è trasmessa direttamente alla Segreteria di Stato.

#### **Art. 9 – Procedura applicabile nei confronti di Vescovi delle Chiese Orientali**

§1. Nel caso di segnalazione nei confronti di un Vescovo di una Chiesa Patriarcale, Arcivescovile Maggiore o Metropolitana *sui iuris*, essa è inoltrata al rispettivo Patriarca, Arcivescovo Maggiore o Metropolita della Chiesa *sui iuris*.

§2. Qualora la segnalazione riguardi un Metropolita di una Chiesa Patriarcale o Arcivescovile Maggiore, che esercita il suo ufficio entro il territorio di queste Chiese, essa è inoltrata al rispettivo Patriarca o Arcivescovo Maggiore.

§3. Nei casi che precedono, l'Autorità che ha ricevuto la segnalazione la inoltra anche alla Santa Sede.

§4. Qualora la persona segnalata sia un Vescovo o un Metropolita fuori dal territorio della Chiesa Patriarcale, Arcivescovile Maggiore o Metropolitana *sui iuris*, la segnalazione è inoltrata alla Santa Sede.

§5. Nel caso in cui la segnalazione riguardi un Patriarca, un Arcivescovo Maggiore, un Metropolita di una Chiesa *sui iuris* o un Vescovo delle altre Chiese Orientali *sui iuris*, essa è inoltrata alla Santa Sede.

§6. Le disposizioni seguenti relative al Metropolita si applicano all'Autorità ecclesiastica cui è inoltrata la segnalazione in base al presente articolo.

#### **Art. 10 – Doveri iniziali del Metropolita**

§1. Salvo che la segnalazione non sia manifestamente infondata, il Metropolita chiede tempestivamente al Dicastero competente l'incarico per avviare l'indagine. Qualora il Metropolita ritenga la segnalazione manifestamente infondata ne informa il Rappresentante Pontificio.

§2. Il Dicastero provvede senza indugio, e comunque entro trenta giorni dal ricevimento della prima segnalazione da parte del Rappresentante Pontificio o della richiesta dell'incarico da parte del Metropolita, fornendo le opportune istruzioni riguardo a come procedere nel caso concreto.

**Art. 11 – Affidamento dell'indagine a persona diversa dal Metropolita**

§1. Qualora il Dicastero competente ritenga opportuno affidare l'indagine ad una persona diversa dal Metropolita, questi viene informato. Il Metropolita consegna tutte le informazioni e i documenti rilevanti alla persona incaricata dal Dicastero.

§2. Nel caso di cui al paragrafo precedente, le disposizioni seguenti relative al Metropolita si applicano alla persona incaricata di condurre l'indagine.

**Art. 12 – Svolgimento dell'indagine**

§1. Il Metropolita, una volta ottenuto l'incarico dal Dicastero competente e nel rispetto delle istruzioni ricevute, personalmente o tramite una o più persone idonee:

- a) raccoglie le informazioni rilevanti in merito ai fatti;
- b) accede alle informazioni e ai documenti necessari ai fini dell'indagine custoditi negli archivi degli uffici ecclesiastici;
- c) ottiene la collaborazione di altri Ordinari o Gerarchi, laddove necessario;
- d) chiede informazioni alle persone e alle istituzioni, anche civili, che siano in grado di fornire elementi utili per l'indagine.

§2. Qualora si renda necessario sentire un minore o una persona vulnerabile, il Metropolita adotta modalità adeguate, che tengano conto del loro stato.

§3. Nel caso in cui esistano fondati motivi per ritenere che informazioni o documenti concernenti l'indagine possano essere sottratti o distrutti, il Metropolita adotta le misure necessarie per la loro conservazione.

§4. Anche quando si avvale di altre persone, il Metropolita resta comunque responsabile della direzione e dello svolgimento delle indagini, nonché della puntuale esecuzione delle istruzioni di cui all'articolo 10 §2.

§5. Il Metropolita è assistito da un notaio scelto liberamente a norma dei canoni 483 §2 CIC e 253 §2 CCEO.

§6. Il Metropolita è tenuto ad agire con imparzialità e privo di conflitti di interessi. Qualora egli ritenga di trovarsi in conflitto di interessi o di non essere in grado di mantenere la necessaria imparzialità per garantire l'integrità dell'indagine, è obbligato ad astenersi e a segnalare la circostanza al Dicastero competente.

§7. Alla persona indagata è riconosciuta la presunzione di innocenza.

§8. Il Metropolita, qualora richiesto dal Dicastero competente, informa la persona dell'indagine a suo carico, la sente sui fatti e la invita a presentare

una memoria difensiva. In tali casi, la persona indagata può avvalersi di un procuratore.

§9. Ogni trenta giorni il Metropolita trasmette al Dicastero competente un'informativa sullo stato delle indagini.

**Art. 13 – Coinvolgimento di persone qualificate**

§1. In conformità con le eventuali direttive della Conferenza Episcopale, del Sinodo dei Vescovi o del Consiglio dei Gerarchi sul modo di coadiuvare nelle indagini il Metropolita, i Vescovi della rispettiva Provincia, singolarmente o insieme, possono stabilire elenchi di persone qualificate tra le quali il Metropolita può scegliere quelle più idonee ad assisterlo nell'indagine, secondo le necessità del caso e, in particolare, tenendo conto della cooperazione che può essere offerta dai laici ai sensi dei canoni 228 CIC e 408 CCEO.

§2. Il Metropolita è comunque libero di scegliere altre persone ugualmente qualificate.

§3. Chiunque assista il Metropolita nell'indagine è tenuto ad agire con imparzialità e privo di conflitti di interessi. Qualora egli ritenga di trovarsi in conflitto di interessi o di non essere in grado di mantenere la necessaria imparzialità per garantire l'integrità dell'indagine, è obbligato ad astenersi e a segnalare la circostanza al Metropolita.

§4. Le persone che assistono il Metropolita prestano giuramento di adempiere convenientemente e fedelmente l'incarico.

**Art. 14 – Durata dell'indagine**

§1. Le indagini devono essere concluse entro il termine di novanta giorni o in quello indicato nelle istruzioni di cui all'articolo 10 §2.

§2. In presenza di giusti motivi, il Metropolita può chiedere la proroga del termine al Dicastero competente.

**Art. 15 – Misure cautelari**

Qualora i fatti o le circostanze lo richiedano, il Metropolita propone al Dicastero competente l'adozione di provvedimenti o di misure cautelari appropriate nei confronti dell'indagato.

**Art. 16 – Istituzione di un fondo**

§1. Le Province ecclesiastiche, le Conferenze Episcopali, i Sinodi dei Vescovi e i Consigli dei Gerarchi possono stabilire un fondo destinato a sostenere i costi delle indagini, istituito a norma dei canoni 116 e 1303 §1, 1° CIC e 1047 CCEO, e amministrato secondo le norme del diritto canonico.

§2. Su richiesta del Metropolita incaricato, i fondi necessari ai fini dell'indagine sono messi a sua disposizione dall'amministratore del fondo, salvo il dovere di presentare a quest'ultimo un rendiconto al termine dell'indagine.

**Art. 17 – Trasmissione degli atti e del *votum***

§1. Completata l'indagine, il Metropolita trasmette gli atti al Dicastero competente insieme al proprio *votum* sui risultati dell'indagine e in risposta agli eventuali quesiti posti nelle istruzioni cui all'articolo 10 §2.

§2. Salvo istruzioni successive del Dicastero competente, le facoltà del Metropolita cessano una volta completata l'indagine.

§3. Nel rispetto delle istruzioni del Dicastero competente, il Metropolita, su richiesta, informa dell'esito dell'indagine la persona che afferma di essere stata offesa o i suoi rappresentanti legali.

**Art. 18 – Successivi provvedimenti**

Il Dicastero competente, salvo che decida di disporre un'indagine suppletiva, procede a norma del diritto secondo quanto previsto per il caso specifico.

**Art. 19 – Osservanza delle leggi statali**

Le presenti norme si applicano senza pregiudizio dei diritti e degli obblighi stabiliti in ogni luogo dalle leggi statali, particolarmente quelli riguardanti eventuali obblighi di segnalazione alle autorità civili competenti.

*Le presenti norme sono approvate ad experimentum per un triennio.*

*Stabilisco che la presente Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio venga promulgata mediante la pubblicazione su L'Osservatore Romano, entrando in vigore il 1° giugno 2019, e che venga poi pubblicata negli Acta Apostolicae Sedis.*

*Dato a Roma, presso San Pietro, il 7 maggio 2019, settimo del Pontificato.*

FRANCESCO

**Lettera apostolica in forma di «motu proprio»**  
**Del sommo pontefice Francesco**  
*Communis vita*  
**Con la quale vengono mutate alcune norme del codice di diritto canonico**

La vita in comunità è un elemento essenziale della vita religiosa e “i religiosi devono abitare nella propria casa religiosa osservando la vita comune e non possono assentarsene senza licenza del proprio Superiore” (can. 665 §1 CIC). L’esperienza degli ultimi anni ha, però, dimostrato, che si verificano situazioni legate ad assenze illegittime dalla casa religiosa, durante le quali i religiosi si sottraggono alla potestà del legittimo Superiore e a volte non possono essere rintracciati.

Il Codice di Diritto Canonico impone al Superiore di ricercare il religioso illegittimamente assente per aiutarlo a ritornare e a perseverare nella propria vocazione (cfr can. 665 §2 CIC). Non poche volte, però, accade che il Superiore non sia in grado di rintracciare il religioso assente. A norma del Codice di Diritto Canonico, trascorsi almeno sei mesi di assenza illegittima (cfr can. 696 CIC), è possibile iniziare il processo di dimissione dall’istituto, seguendo la procedura stabilita (cfr can. 697 CIC). Tuttavia, quando si ignora il luogo dove il religioso risiede, diventa difficile dare certezza giuridica alla situazione di fatto.

Pertanto, fermo restando quanto stabilito dal diritto sulla dimissione dopo sei mesi di assenza illegittima, al fine di aiutare gli istituti a osservare la necessaria disciplina e poter procedere alla dimissione del religioso illegittimamente assente, soprattutto nei casi di irreperibilità, ho deciso di aggiungere al can. 694 § 1 CIC tra i motivi di dimissione *ipso facto* dall’istituto anche l’assenza illegittima prolungata dalla casa religiosa, protratta per almeno dodici mesi continui, con la medesima procedura descritta nel can. 694 § 2 CIC. La dichiarazione del fatto da parte del Superiore maggiore, per produrre effetti giuridici, deve essere confermata dalla Santa Sede; per gli istituti di diritto diocesano la conferma spetta al Vescovo della sede principale.

L’introduzione di questo nuovo numero al § 1 del can. 694 richiede, inoltre, una modifica al can. 729 relativo agli istituti secolari, per i quali non si prevede l’applicazione della dimissione facoltativa per assenza illegittima.

Tutto ciò considerato, dispongo ora quanto segue:

Art. 1. Il can. 694 CIC è integralmente sostituito dal testo seguente:

§1. Si deve ritenere dimesso dall'istituto, per il fatto stesso, il religioso che:

- 1) abbia in modo notorio abbandonato la fede cattolica;
- 2) abbia contratto matrimonio o lo abbia attentato, anche solo civilmente;
- 3) si sia assentato dalla casa religiosa illegittimamente, ai sensi del can. 665 § 2, per dodici mesi ininterrotti, tenuta presente l'irreperibilità del religioso stesso.

§2. In tali casi il Superiore maggiore con il proprio consiglio deve senza indugio, raccolte le prove, emettere la dichiarazione del fatto perché la dimissione consti giuridicamente.

§3. Nel caso previsto dal § 1 n. 3, tale dichiarazione per constare giuridicamente deve essere confermata dalla Santa Sede; per gli istituti di diritto diocesano la conferma spetta al Vescovo della sede principale.

Art. 2. Il can. 729 CIC è integralmente sostituito dal testo seguente:

La dimissione di un membro dall'istituto avviene a norma dei cann. 694 § 1, 1 e 2 e 695. Le costituzioni definiscano anche altre cause di dimissione, purché siano proporzionatamente gravi, esterne, imputabili e comprovate giuridicamente, e si osservi inoltre la procedura stabilita nei cann. 697-700. Al membro dimesso si applica il disposto del can. 701.

Quanto deliberato con questa Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio, ordino che abbia fermo e stabile vigore, nonostante qualsiasi cosa contraria anche se degna di speciale menzione, e che sia promulgato tramite pubblicazione su *L'Osservatore Romano*, entrando in vigore il 10 aprile 2019, e quindi pubblicato nel commentario ufficiale degli *Acta Apostolicae Sedis*.

*Dato a Roma, presso San Pietro, il giorno 19 marzo dell'anno 2019, Solennità di San Giuseppe, settimo di pontificato.*

FRANCESCO

## Presentazione

La presente sezione di “Legislazione e giurisprudenza costituzionale e comunitaria” comprende due pronunce: una sentenza della Corte EDU ed una della Corte costituzionale italiana.

Nella prima, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la condotta tenuta da due soggetti, che avevano esercitato attività pastorali presso una comunità evangelica luterana anche dopo il licenziamento realizzato in esito ad un procedimento disciplinare (e per questo condannati in primo grado e in sede di appello ad un’amenda per esercizio illegale di compiti pastorali), non configurasse violazione dell’art. 9 della CEDU. La Corte, in particolare, ha sostenuto l’illegittimità di una sanzione comminata ad un individuo per il semplice fatto di aver agito come *leader* religioso di un gruppo (che, peraltro, lo seguiva volentieri), in quanto tale misura risulta incompatibile con le istanze del pluralismo religioso in una società democratica. Essa ha osservato, altresì, come non fosse stato dimostrato che le divisioni nelle comunità dei ricorrenti avessero causato tensioni o scontri che richiedessero l’intervento delle autorità statali. Considerato, poi, che il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato in ambito religioso apparirebbe incoerente con qualsiasi discrezionalità da questo esercitata in ordine alla legittimità delle credenze o delle modalità di espressione di tali credenze ad opera di gruppi religiosi diversi, i giudici hanno ritenuto le misure poste in esse dalle autorità rumene intese a favorire il *leader* di una comunità religiosa divisa o destinate ad imporre un *leader* ad una comunità, contro i propri desideri, per porla sotto un’unica direzione, in contrasto con la libertà di religione. Su queste premesse, la Corte ha stabilito che le condanne dei ricorrenti non fossero giustificate da un «urgente bisogno sociale» e che l’ingerenza nel loro diritto di libertà religiosa, anche in forma associata e pubblica, non fosse «necessaria in una società democratica».

Nella seconda pronuncia, la Corte costituzionale ha rigettato una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale ed avente ad oggetto l’art. 3, commi 4 e 5, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui stabilisce che l’amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l’assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), possa rifiutare, senza l’autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell’amministrato. Nell’occasione, il giudice delle leggi ha prospettato una lettura della disposizione diversa da quella avanzata dal giudice *a quo*. Quest’ultimo, infatti, aveva ricavato dal citato art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 una serie di norme in forza delle quali all’amministratore di sostegno, titolare della rappre-

sentanza esclusiva dell'amministrato in ambito sanitario, sarebbe stato per ciò solo riconosciuto, sempre e comunque, anche il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del beneficiario, senza che il giudice tutelare potesse diversamente decidere e senza bisogno di un'autorizzazione di quest'ultimo per manifestare al medico il rifiuto delle cure.

La Consulta, al contrario, ha ritenuto che le norme censurate non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario anche il potere di esprimere o meno il consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale. Nella logica del sistema dell'amministrazione di sostegno spetta al giudice tutelare definire, con il decreto di nomina, l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario, individuando e circoscrivendo i poteri dell'amministratore, anche in ambito sanitario, nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in considerazione la volontà. L'adattamento dell'amministrazione di sostegno alle esigenze di ciascun beneficiario è, poi, ulteriormente garantito dalla possibilità di modificare i poteri conferiti all'amministratore anche in un momento successivo alla nomina, tenendo conto, ove mutassero le condizioni di salute, delle sopravvenute esigenze del disabile: il giudice tutelare, infatti, deve essere periodicamente aggiornato dall'amministratore circa le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

Le suddette misure devono, quindi, essere dettate in base alle circostanze del caso di specie e alla luce delle concrete condizioni di salute del beneficiario, dovendo il giudice tutelare affidare all'amministratore di sostegno poteri volti a prendersi cura del disabile, più o meno ampi in considerazione dello stato di salute in cui, al momento del conferimento dei poteri, questi versa. La *ratio* dell'istituto dell'amministrazione di sostegno richiede al giudice tutelare di modellare, anche in ambito sanitario, i poteri dell'amministratore sulle necessità concrete del beneficiario, stabilendone volta a volta l'estensione nel solo richiamato interesse del disabile.

Su queste premesse, la Consulta è giunta ad escludere che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Le norme censurate si limitano a disciplinare il caso in cui l'amministratore di sostegno abbia ricevuto anche tale potere: spetta al giudice tutelare, tuttavia, attribuirglielo in occasione della nomina – laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, perché le condizioni di salute del beneficiario siano tali da rendere necessaria una decisione sul prestare o meno il consenso a trattamenti sanitari di sostegno vitale – o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda.

## **Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, application nos. 28617/13 and 50919/13. *Tothpal and Szabo v. Romania.***

### **I fatti.**

I ricorrenti, Bela Tothpal e Csongor Szabo, sono cittadini rumeni e il caso riguarda la loro condanna per aver esercitato illegalmente doveri pastorali. Il signor Tothpal era il pastore della comunità evangelica luterana della città di Arad che lo ha licenziato, dopo un procedimento disciplinare, e ha presentato contro di lui una denuncia penale per l’esercizio illegale di compiti pastorali. Il Tribunale di primo grado ha imposto un’ammenda di 4000 RON (circa 900 EUR) al signor Tothpal e la corte d’Appello ha confermato tale sentenza.

In una situazione simile era il signor Szabo che fu nominato parroco nel villaggio di Băița. Nel 2008, a seguito di una disputa, la Chiesa riformata ha rescisso il suo contratto di lavoro, lo ha licenziato dal ministero e gli ha vietato di svolgere servizi religiosi. Il Tribunale di primo grado ha condannato il sig. Szabo di esercitare illecitamente funzioni pastorali. Trovò che aveva agito in modo incompatibile con gli insegnamenti cristiani e aveva fomentato controversie all’interno della comunità riformata di Băița. Il tribunale lo ha condannato a una condanna detentiva immediata di due mesi sostenendo che solo la reclusione poteva indurlo a pensare alla sua condotta e riparare i suoi modi digiunando e pregando per almeno 40 giorni, dopo di che poteva essere rilasciato in licenza.

I ricorrenti hanno affermato che la loro condanna penale per l’esercizio illegale dei doveri pastorali era stata una violazione del loro diritto alla libertà di religione, così come garantito dall’articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

### **Decisione della Corte**

Il signor Tothpal e il signor Szabo erano stati accusati di dirigere servizi religiosi e celebrare matrimoni, battesimi e funerali dopo essere stati ufficialmente dimessi dalle loro funzioni pastorali. Tuttavia, non sono stati accusati di aver condotto atti suscettibili di produrre effetti giuridici. I ricorrenti avevano coerentemente affermato di aver agito con il supporto di sezioni delle rispettive comunità. La Corte ha ribadito che in precedenza aveva scoperto che punire una persona semplicemente per aver agito come leader religioso di un gruppo che lo seguiva volentieri era incompatibile con le richieste del pluralismo religioso in una società democratica. La Corte ha, inoltre, osservato che non era stato dimostrato che le divisioni nelle comunità dei ricorrenti avevano causato tensioni o scontri che richiedessero l’intervento delle autorità statali.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che le condanne dei ricorrenti non fossero

giustificate da un «urgente bisogno sociale» e che l'ingerenza nel loro diritto, di manifestare la loro religione nel culto e nell'insegnamento, in comunità con altri e in pubblico, non fosse «necessaria in una società democratica» (n. 46). In modo particolare la Corte di Strasburgo, nel richiamare la sentenza S.s.S vs. Francia (n. 43835/11 del 2014), ha sottolineato il ruolo dello Stato come organizzatore neutrale e imparziale dell'esercizio delle varie religioni, culti e credenze e ha indicato che questo ruolo ha contribuito a garantire ordine pubblico, pace religiosa e tolleranza in una società democratica. Ha anche considerato che il dovere di neutralità e imparzialità dello Stato sarebbe incoerente con qualsiasi discrezionalità da parte di questo per quanto riguarda la legittimità delle credenze o delle modalità religiose espressione di gruppi religiosi diversi, considerato che questo dovere richiede allo Stato di garantire che gruppi opposti si tollerino (n. 49). La Corte ricorda di aver già detto che punire una persona semplicemente perché ha agito da *leader* religioso di un gruppo che lo segue volontariamente difficilmente può passare per compatibile con le esigenze di un pluralismo religioso in una società democratica (n. 51). Misure statali che favoriscano il *leader* di una comunità religiosa divisa o destinate ad imporre un *leader* ad una comunità, contro i propri desideri, per porla sotto un'unica direzione, costituiscono una violazione della libertà di religione (n. 52).

### **Conclusionione**

La Corte ritiene che le condanne inflitte ai richiedenti non erano giustificate da un «un bisogno sociale pressante» e che l'ingerenza con il loro diritto a manifestare la loro religione collettivamente, in pubblico, per l'adorazione e l'istruzione non era «necessaria in una società democratica». Non c'è stata, pertanto, una violazione dell'articolo 9 della Convenzione (n. 53).

## Corte costituzionale, sentenza 13 giugno 2019, n. 144.

[*Omissis*]

*Considerato in diritto*

1.– Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il giudice tutelare del Tribunale ordinario di Pavia ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), nella parte in cui stabilisce che l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (d'ora in avanti: DAT), possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato.

Secondo il giudice rimettente, le norme censurate si porrebbero in contrasto, innanzitutto, con gli artt. 2, 13 e 32 Cost., in quanto sarebbe necessario che, in assenza delle DAT, la volontà di esercitare il diritto inviolabile e personalissimo di rifiutare le cure, che troverebbe fondamento in tali norme costituzionali, sia ricostruita in modo da salvaguardare la natura soggettiva del diritto medesimo: salvaguardia che sarebbe garantita solo con l'intervento di un soggetto terzo e imparziale quale è il giudice.

Le disposizioni censurate, poi, si porrebbero in contrasto con l'art. 3 Cost. sotto plurimi profili. Innanzitutto, poiché nell'amministrazione di sostegno, ai sensi dell'art. 411 del codice civile, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per il compimento degli atti, attinenti alla sfera patrimoniale, indicati agli artt. 374 e 375 del medesimo codice, sarebbe irragionevole che analoga autorizzazione non sia prevista per il rifiuto delle cure, «sintesi ed espressione dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona». In secondo luogo, dal momento che secondo la giurisprudenza è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare perché il rappresentante avanzi la domanda di separazione coniugale, sarebbe costituzionalmente illegittimo che non sia invece previsto l'intervento giudiziale per autorizzare il rifiuto delle cure, del pari atto personalissimo «coinvolgente valori egualmente rilevanti e dalle implicazioni certamente superiori». Infine, sarebbe irragionevole che, se si tratta di soggetti incapaci, non venga apprestata «la più elementare attenzione» per la loro volontà, non prevedendosi meccanismo alcuno di tutela o controllo, quando invece la legge n. 219 del 2017 è tutta fondata «sull'intento di valorizzare ed accordare centralità all[e] manifestazioni di volontà dei singoli», tanto da prevedere formalità e procedure per la loro espressione.

2.– Deve essere preliminarmente dichiarato inammissibile l'intervento delle associazioni Unione Giuristi Cattolici Italiani – Unione Locale di Piacenza e Unione Giuristi Cattolici di Pavia “Beato Contardo Ferrini”.

2.1.– Al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale possono partecipare, secondo quanto previsto dall'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), e dall'art. 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, le parti del giudizio *a quo* e, secondo che sia censurata una norma di legge statale o di legge regionale, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Presidente della Giunta regionale. Il richiamato art. 4 delle Norme integrative prevede, altresì, la possibilità di derogare a tale regola, ferma restando la competenza di questa Corte a giudicare sull'ammissibilità degli interventi di altri soggetti: secondo la costante giurisprudenza, tali interventi sono ammissibili, senza venire in contrasto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, soltanto quando i terzi siano «titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura» (*ex plurimis*, sentenze n. 98 e n. 13 del 2019, n. 217, e n. 180 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 213 del 2018).

Nel caso di specie le associazioni intervenienti – le quali hanno, altresì, dedotto questioni di legittimità costituzionale ulteriori rispetto all'ordinanza di rimessione, per ciò solo inammissibili – non possono essere considerate titolari di un tale interesse qualificato, posto che l'odierno giudizio di legittimità costituzionale non è destinato a produrre, nei loro confronti, effetti immediati, neppure indiretti. Esse, infatti, non vantano una posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata dalla decisione di questa Corte sulle norme oggetto di censura, ma soltanto un generico interesse connesso al perseguimento dei loro scopi statutari.

3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, perché il rimettente non avrebbe prospettato «specifiche censure con riguardo a ciascun parametro costituzionale richiamato», con conseguente difetto di motivazione.

3.1.– L'eccezione è palesemente destituita di fondamento.

Il giudice rimettente, evocando a parametro congiuntamente gli artt. 2, 13 e 32 Cost., ha in tutta evidenza ritenuto che l'addizione richiesta a questa Corte sarebbe imposta dal combinato disposto di tali norme costituzionali. Del resto, non solo la giurisprudenza di questa Corte ha già riconosciuto che il principio del consenso informato trova fondamento proprio nelle norme costituzionali ora in discorso (sentenza n. 438 del 2008 e ordinanza n. 207 del 2018), ma è la stessa legge n. 219 del 2017 a definirsi funzionale alla tutela del diritto alla

vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, nel rispetto, tra gli altri, dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Autonomamente e adeguatamente motivate, poi, sono le censure in riferimento all'art. 3 Cost.

4.– Il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale anche sotto un ulteriore profilo: il giudice rimettente non avrebbe «argomentato in ordine all'impossibilità di dare alle disposizioni impugnate un'interpretazione conforme a Costituzione».

4.1.– L'eccezione non è fondata.

Il giudice tutelare di Pavia si è diffuso ampiamente sull'interpretazione delle disposizioni censurate, soffermandosi in particolare sul significato da attribuire alla locuzione «rifiuto delle cure», la quale ricomprenderebbe, alla luce della *ratio legis* e del diritto costituzionale all'autodeterminazione, anche il rifiuto delle cure necessarie al mantenimento in vita; non solo, il giudice a quo ha espressamente escluso di poter interpretare detta locuzione come non comprensiva del rifiuto di tali cure. L'*iter* argomentativo della ordinanza di rimessione si fonda, dunque, su una seria e approfondita attività ermeneutica concernente la disposizione censurata, conclusasi con un'attribuzione a quest'ultima di un significato normativo che al giudice rimettente appare in contrasto con gli evocati parametri costituzionali.

Il giudice a quo, dunque, ha implicitamente escluso, all'esito dell'attività interpretativa posta in essere, di poter ricavare dalle disposizioni oggetto di censura norme conformi a Costituzione. Se, poi, l'esito dell'attività esegetica del giudice rimettente sia condivisibile, o no, è profilo che attiene al merito, e non più all'ammissibilità, delle questioni di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 78 e n. 12 del 2019, n. 132 e n. 15 del 2018, n. 69, n. 53 e n. 42 del 2017, n. 221 del 2015).

5.– Nel merito, le questioni di legittimità costituzionale non sono fondate.

Il giudice tutelare rimettente (legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale: da ultimo, sentenza n. 258 del 2017) impernia i dubbi di costituzionalità sul seguente assunto: in ragione di quanto previsto dalle disposizioni censurate, l'amministratore di sostegno, al quale, in assenza delle DAT, sia stata affidata la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, ha per ciò solo, sempre e comunque, anche il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del beneficiario, senza che il giudice tutelare possa diversamente decidere e senza bisogno di un'autorizzazione di quest'ultimo per manifestare al medico il rifiuto delle cure.

Si tratta di un presupposto interpretativo erroneo.

5.1.– Deve innanzitutto osservarsi che la legge n. 219 del 2017, come si

evince sin dal suo titolo, dà attuazione al principio del consenso informato nell'ambito della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» (art. 1, comma 2).

Per quanto qui rileva, il principio – previsto da plurime norme internazionali pattizie, oltre che dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche – ha fondamento costituzionale negli artt. 2, 13 e 32 Cost. e svolge la «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative» (sentenza n. 438 del 2008; nello stesso senso, sentenza n. 253 del 2009 e ordinanza n. 207 del 2018). In attuazione delle norme costituzionali, la legge n. 219 del 2017, pertanto, dopo aver sancito che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1, comma 1), promuove e valorizza la relazione di cura e fiducia tra medico e paziente che proprio sul consenso informato deve basarsi (art. 1, comma 2), esplicita le informazioni che il paziente ha diritto di ricevere (art. 1, comma 3), stabilisce le modalità di espressione del consenso e del rifiuto di qualsivoglia trattamento sanitario, anche (ma non solo) necessario alla sopravvivenza (art. 1, commi 4 e 5), prevede l'obbligo per il medico di rispettare la volontà espressa dal paziente (art. 1, comma 6).

La legge n. 219 del 2017 ha poi introdotto, ovviamente in correlazione al diritto all'autodeterminazione in ambito terapeutico, l'istituto delle DAT, prevedendo che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di determinarsi, possa esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari, a tale scopo indicando un «fiduciario», che faccia le sue veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (art. 4, comma 1). Il medico è tenuto al rispetto delle DAT (che devono essere redatte secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 6), potendo egli disattendere, in accordo con il fiduciario, soltanto «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5).

5.1.1.– L'art. 3 della legge n. 219 del 2017 reca la disciplina – concernente tanto il consenso informato quanto le DAT – applicabile nel caso in cui il paziente sia non una persona (pienamente) capace di agire (art. 1, comma 5), ma una persona minore di età, interdetta, inabilitata o beneficiaria di amministrazione di sostegno.

Le norme oggetto del presente giudizio di costituzionalità regolano, in particolare, quest'ultimo caso, stabilendo, da un lato, che, quando la nomina dell'amministratore di sostegno prevede l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, «il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere» (art. 3, comma 4); dall'altro, che, qualora non vi siano DAT, se l'amministratore di sostegno rifiuta le cure e il medico le reputa invece appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare, su ricorso dei soggetti legittimati a proporlo (art. 3, comma 5). Le norme censurate, dunque, sono volte a disciplinare casi particolari di espressione o di rifiuto del consenso informato, anche – ma non soltanto – laddove questo riguarda trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza.

Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice rimettente, però, esse non hanno disciplinato «le modalità di conferimento, all'amministratore di sostegno, e di conseguente esercizio dei poteri in ambito sanitario», le quali, invece, restano regolate dagli artt. 404 e seguenti cod. civ., come introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6 (Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali). Le norme oggetto dell'odierno sindacato di questa Corte, altrimenti detto, non disciplinano l'istituto dell'amministrazione di sostegno, ma regolano il caso in cui essa sia stata disposta per proteggere una persona che è sottoposta, o potrebbe essere sottoposta, a trattamenti sanitari e che, pertanto, deve esprimere o no il consenso informato a detti trattamenti.

L'esegesi dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 del 2017 deve essere condotta, pertanto, alla luce dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, richiamato dalle norme censurate: segnatamente, è in base alla disciplina codicistica che devono essere individuati i poteri spettanti al giudice tutelare al momento della nomina dell'amministratore di sostegno, i quali non sono affatto contemplati dalla richiamata legge n. 219 del 2017.

5.2.– Questa Corte, già all'indomani della legge n. 6 del 2004, rilevò che «l'ambito dei poteri dell'amministratore [è] puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto» (sentenze n. 51 del 2010 e n. 440 del 2005), se-

condo quanto previsto dal giudice tutelare nel provvedimento di nomina, che deve contenere, tra le altre indicazioni, quelle concernenti l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario (art. 405, quinto comma, numero 3, cod. civ.), nonché la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405, quinto comma, numero 6, cod. civ.).

Più di recente, anche sulla scia dell'interpretazione e dell'applicazione dell'amministrazione di sostegno da parte della giurisprudenza di legittimità, questa Corte ha osservato che tale istituto «si presenta come uno strumento volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 27 settembre 2017, n. 22602)» (sentenza n. 114 del 2019). Esso consente al giudice tutelare «di adeguare la misura alla situazione concreta della persona e di variarla nel tempo, in modo tale da assicurare all'amministrato la massima tutela possibile a fronte del minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione (in questo senso, Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 11 maggio 2017, n. 11536; 26 ottobre 2011, n. 22332; 29 novembre 2006, n. 25366 e 12 giugno 2006, n. 13584; ma si veda anche Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 11 settembre 2015, n. 17962)» (sentenza n. 114 del 2019).

L'amministrazione di sostegno è, insomma, un istituto duttile, che, proprio in ragione di ciò, può essere plasmato dal giudice sulle necessità del beneficiario, anche grazie all'agilità della relativa procedura applicativa (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 11 settembre 2015, n. 17962; 26 ottobre 2011, n. 22332; 1° marzo 2010, n. 4866; 29 novembre 2006, n. 25366 e 12 giugno 2006, n. 13584). Con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, difatti, il giudice tutelare «si limita, in via di principio, a individuare gli atti in relazione ai quali ne ritiene necessario l'intervento» (sentenza n. 114 del 2019), perché è chiamato ad affidargli, nell'interesse del beneficiario, i necessari strumenti di sostegno con riferimento alle sole categorie di atti al cui compimento quest'ultimo sia ritenuto inidoneo (Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 29 novembre 2006, n. 25366).

Attribuendo al giudice tutelare il compito di modellare l'amministrazione di sostegno in relazione allo stato personale e alle condizioni di vita del beneficiario, il legislatore ha inteso limitare «nella minore misura possibile» (sentenza n. 440 del 2005) la capacità di agire della persona disabile: il che marca nettamente la differenza con i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, la cui applicazione attribuisce al soggetto uno status di incapacità, più o meno estesa, connessa a rigide conseguenze legislativamente

predeterminate. Il maggior rispetto dell'autonomia e della dignità della persona disabile assicurata dall'amministrazione di sostegno è alla base di quelle recenti decisioni, anche di questa Corte, che hanno escluso si estendano a tali soggetti – in ragione d'una generalizzata applicazione, in via analogica, delle limitazioni dettate per l'interdetto o l'inabilitato – i divieti di contrarre matrimonio (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 11 maggio 2017, n. 11536) o di donare (sentenza n. 114 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 21 maggio 2018, n. 12460): il beneficiario di amministrazione di sostegno può sì essere privato della capacità di porre in essere tali atti personalissimi, quando ciò risponda alla tutela di suoi interessi, ma sempre che ciò sia espressamente disposto dal giudice tutelare – nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o anche in una sua successiva revisione – con esplicita clausola ai sensi dell'art. 411, quarto comma, cod. civ.

È fuor di dubbio, infine, che possa ricorrersi all'amministrazione di sostegno anche laddove sussistano soltanto esigenze di «cura della persona» – come d'altra parte recitano gli artt. 405, quarto comma, e 408, primo comma, cod. civ. – in quanto esso non è istituito finalizzato esclusivamente ad assicurare tutela agli interessi patrimoniali del beneficiario, ma è volto, più in generale, a soddisfarne i «bisogni» e le «aspirazioni» (art. 410, primo comma, cod. civ.), così garantendo adeguata protezione alle persone fragili, in relazione alle effettive esigenze di ciascuna (Corte di cassazione, sesta sezione civile, ordinanza 26 luglio 2018, n. 19866; sul ricorso all'amministrazione di sostegno per l'esercizio di scelte connesse al diritto alla salute, anche Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza 15 maggio 2019, n. 12998).

5.3.– La ricostruzione del quadro normativo concernente l'amministrazione di sostegno, anche alla luce degli approdi della giurisprudenza di questa Corte e della Corte di cassazione, rivela l'erroneità del presupposto interpretativo su cui si fondano le questioni di legittimità costituzionale proposte dal giudice tutelare di Pavia.

Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice rimettente, le norme censurate non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario anche il potere di esprimere o no il consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale.

Nella logica del sistema dell'amministrazione di sostegno è il giudice tutelare che, con il decreto di nomina, individua l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario. Spetta al giudice, pertanto, il compito di individuare e circoscrivere i poteri dell'amministratore, anche in ambito sanitario, nell'ottica di apprestare misure volte a garantire la migliore tutela della salute del beneficiario, tenendone pur sempre in conto la volontà, come espressamente prevede l'art. 3,

comma 4, della legge n. 219 del 2017. Tali misure di tutela, peraltro, non possono non essere dettate in base alle circostanze del caso di specie e, dunque, alla luce delle concrete condizioni di salute del beneficiario, dovendo il giudice tutelare affidare all'amministratore di sostegno poteri volti a prendersi cura del disabile, più o meno ampi in considerazione dello stato di salute in cui, al momento del conferimento dei poteri, questi versa. La specifica valutazione del quadro clinico della persona, nell'ottica dell'attribuzione all'amministratore di poteri in ambito sanitario, tanto più deve essere effettuata allorché, in ragione della patologia riscontrata, potrebbe manifestarsi l'esigenza di prestare il consenso o il diniego a trattamenti sanitari di sostegno vitale: in tali casi, infatti, viene a incidersi profondamente su «diritti soggettivi personalissimi» (Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 7 giugno 2017, n. 14158; più di recente, anche Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza 15 maggio 2019, n. 12998), sicché la decisione del giudice circa il conferimento o no del potere di rifiutare tali cure non può non essere presa alla luce delle circostanze concrete, con riguardo allo stato di salute del disabile in quel dato momento considerato.

La *ratio* dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, pertanto, richiede al giudice tutelare di modellare, anche in ambito sanitario, i poteri dell'amministratore sulle necessità concrete del beneficiario, stabilendone volta a volta l'estensione nel solo interesse del disabile. L'adattamento dell'amministrazione di sostegno alle esigenze di ciascun beneficiario è, poi, ulteriormente garantito dalla possibilità di modificare i poteri conferiti all'amministratore anche in un momento successivo alla nomina, tenendo conto, ove mutassero le condizioni di salute, delle sopravvenute esigenze del disabile: il giudice tutelare, infatti, deve essere periodicamente aggiornato dall'amministratore circa le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405, quinto comma, numero 6, cod. civ.), può modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte nel decreto di nomina (art. 407, quarto comma, cod. civ.), può essere chiamato a prendere gli opportuni provvedimenti – su ricorso del beneficiario, del pubblico ministero o degli altri soggetti di cui all'art. 406 cod. civ. – in caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza dell'amministratore nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste della persona disabile (art. 410, secondo comma, cod. civ.).

5.3.1.– L'esegesi dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 del 2017, tenuto conto dei principi che conformano l'amministrazione di sostegno, porta allora conclusivamente a negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Le norme censurate si limitano a disciplinare il caso in cui l'amministratore di

sostegno abbia ricevuto anche tale potere: spetta al giudice tutelare, tuttavia, attribuirglielo in occasione della nomina – laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, perché le condizioni di salute del beneficiario sono tali da rendere necessaria una decisione sul prestare o no il consenso a trattamenti sanitari di sostegno vitale – o successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda.

per questi motivi

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile l'intervento delle associazioni Unione Giuristi Cattolici Italiani – Unione Locale di Piacenza e Unione Giuristi Cattolici di Pavia “Beato Contardo Ferrini”;

2) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal giudice tutelare del Tribunale ordinario di Pavia con l'ordinanza indicata in epigrafe.

[...]

## Presentazione

La sezione Giurisprudenza e Legislazione civile, presente in questo numero della *Rivista*, si apre con un'interessante sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 8 maggio 2019, n. 12193) in materia di maternità surrogata, corredata da una nota di commento di Giuseppe Recinto dal titolo *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*.

Segue l'ordinanza della Corte di Cassazione del 17 gennaio 2019, n. 1040, in cui viene riconosciuta l'autonoma rilevanza, ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso da parte del paziente.

Tutto nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze probabili dell'intervento medico, per affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Altra sentenza, segnalata dalla Sezione, è la sentenza della Corte di Cassazione (Sezione Terza Civile) 25 febbraio 2019, n. 5415, in cui si stabilisce che l'attività negoziale “*iure privatorum*”, posta in essere dalla Chiesa cattolica e dagli enti ecclesiastici, è disciplinata dalle norme di relazione, alla cui osservanza la medesima Chiesa e le sue istituzioni sono tenute, al pari degli altri soggetti giuridici, secondo il dettato costituzionale, dalla norma concordataria di cui all'art. 2 della l. n. 121 del 1985. Affinché siano validi ed efficaci i contratti conclusi, è privo di rilievo l'assetto concordatario relativo alla piena autonomia riconosciuta alla Chiesa cattolica con riguardo alla sua organizzazione interna, nella parte in cui affida ai Parroci la titolarità della parrocchia e la gestione ed amministrazione del relativo patrimonio, escludendo ogni ruolo dell'Arcidiocesi, previsto che detta organizzazione riguarda il sistema canonico e non incide, in assenza di normativa specifica, sull'agire privatistico regolato dal codice civile.

La rassegna prosegue evidenziando la sentenza della Corte di Appello di Venezia – 2 aprile 2019, n. 200, la quale accerta che, in caso di licenziamento discriminatorio, il bene tutelato è uno *status*, come la condizione di genitore, l'appartenenza al sindacato, la religione, il sesso, il genere, lo *status* di porta-

tore handicap, ed esso stesso l'elemento fondante il licenziamento. In questo caso, passa in secondo piano e diviene irrilevante l'elemento "intenzionale" dell'autore dell'atto risolutivo del rapporto.

Da ultimo, non per importanza, il decreto del Tribunale di Palermo del 5 marzo 2019, in cui viene riconosciuto lo *status* di rifugiato anche ad un fedele del culto Bahà'i, il quale, esercitando l'obiezione di coscienza all'uso delle armi, si è rifiutato di prestare il servizio militare nel proprio Paese di origine.

## Corte di Cassazione, Sezioni Unite

Sentenza 8 maggio 2019, n. 12193

**Maternità surrogata – genitorialità – provvedimento giurisdizionale straniero – efficacia – ordine pubblico**

*Il riconoscimento della efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità ex art. 12, com. 6, legge n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l'adozione in casi particolari (art. 44, com. 4, lett. d, L. n. 184/1983).*

Fonte: [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

## *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*

GIUSEPPE RECINTO

La decisione delle Sezioni unite della Cassazione n. 12193 del 2019<sup>1</sup> ha suscitato particolare interesse in dottrina<sup>2</sup>, in quanto ha chiarito che «in tema di riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l’ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. l. n. 218/1995 deve esser valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria».

Pertanto, sembra potersi affermare che con la pronuncia in esame la Suprema corte abbia finito per privilegiare un concetto di ordine pubblico non più “circoscritto” «ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale»<sup>3</sup>, comuni anche ad altri ordinamenti, ma “esteso” anche a quelle norme costituenti esercizio di discrezionalità legislativa, «che pur non trovando in essa [Costituzione] collocazione, rispondono all’esigenza di ca-

---

<sup>1</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, *sent. 8 maggio 2019, n. 12193*, in *Guida al dir.*, 2019, 23, p. 113 ss.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, UGO SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all’insegna della continuità*, su [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), ed ivi ulteriori riferimenti; più diffusamente, in proposito, GIOVANNI PERLINGIERI, GIOVANNI ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, *passim*.

<sup>3</sup> Su questa linea, CORTE DI CASSAZIONE, *ord., 22 febbraio 2018, n. 4382*, consultabile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), che «in ragione e per la soluzione delle questioni, di cui in motivazione, di massima di particolare importanza, ai sensi dell’art. 374 c.p.c., comma 2, ultima parte» ha rimesso «al Primo Presidente, per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili», anche quella relativa «alla nozione di ordine pubblico», su cui, per l’appunto, le Sezioni unite si sono pronunciate con la decisione n. 12193 del 2019; per osservazioni, al riguardo, v. GEREMIA CASABURI, *Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore, en attendant le SS.UU. del 6 novembre 2018*, sempre su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); VINCENZO BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, ivi; MASSIMO DOGLIOTTI, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i “due padri” e l’ordine pubblico. Un’ordinanza di remissione assai discutibile*, ivi.

rattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell’uomo, o che informano l’intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell’intero assetto ordinamentale»<sup>4</sup>.

Una prospettiva, questa, che ha indotto i giudici di legittimità<sup>5</sup> ad affermare che non può essere riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento al provvedimento giurisdizionale emesso all’estero, che accerti il rapporto di filiazione tra il c.d. genitore d’intenzione e il minore di età, concepito all’estero da maternità surrogata<sup>6</sup>, tenuto conto che il divieto penale di siffatte pratiche ai sensi dell’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, essendo posto a presidio di valori fondamentali – quali la dignità umana della gestante e l’adozione -, racchiude un principio di ordine pubblico, posto che la legge n. 40 del 2004 rappresenta una legge «costituzionalmente necessaria».

Sì che, secondo le Sezioni unite<sup>7</sup>, nel nostro ordinamento l’interesse alla salvaguardia del rapporto eventualmente instauratosi tra il minore e il c.d. genitore sociale, qualora non vi sia un legame biologico tra gli stessi, nella prospettiva di un bilanciamento con il c.d. *favor veritatis* ed in vista, principalmente, della protezione della dignità della gestante, può trovare adeguata tutela anche attraverso «il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l’adozione in casi particolari, prevista dall’art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983», che, pur non segnando la costituzione di un rapporto di filiazione in senso stretto tra gli stessi, è, comunque, volto ad «assicurare la continuità della relazione affettiva ed educativa»<sup>8</sup>.

Nondimeno, la decisione in oggetto, a parere di chi scrive, è meritevole di particolare attenzione anche perché sembra avere imposto un primo “stop” al progressivo e sempre più diffuso tentativo di affermare l’esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un generico “diritto ad essere genitori”.

---

<sup>4</sup> Così CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE., sent. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

<sup>5</sup> Sempre, Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

<sup>6</sup> Ampiamente, per una dettagliata analisi in merito alle problematiche e alle implicazioni giuridiche derivanti dal ricorso a pratiche di c.d. maternità surrogata, cfr. GEREMIA CASABURI, *Maternità surrogata*, su [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>7</sup> Ancora, CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sent. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

<sup>8</sup> Circa il diffuso orientamento giurisprudenziale volto a ricomprendere nella «constatata impossibilità di un affidamento preadottivo» richiamata dall’art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, non soltanto le ipotesi di impossibilità materiale, ma anche i casi di impossibilità giuridica dovuta alla mancanza di uno stato di abbandono, con conseguente possibilità di accedere a siffatta tipologia di adozioni anche da parte del *partner*, pure dello stesso sesso del genitore, cfr. GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Esi, Napoli, 2016, p. 104 e ss., anche per gli specifici riferimenti a CORTE DI CASSAZIONE, sent. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 1, 206, c. 2368 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *L’adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, nella quale i giudici di legittimità hanno confermato l’indirizzo in esame, già espresso in precedenza da alcuni giudici di merito.

Invero, già in passato<sup>9</sup>, si è posto in risalto come nella nostra giurisprudenza si stia sempre più diffondendo la formula “favor affectionis” + “superiore interesse del minore” = “rapporto di filiazione”.

Tant’è che questa impostazione è “plasticamente” sintetizzata nella ordinanza del 2 luglio 2018 del Tribunale di Pordenone, e in una successiva ordinanza del 3 gennaio 2019 del Tribunale di Bolzano<sup>10</sup>, con le quali è stata, tra l’altro, sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 e dell’art. 12, commi 2, 9, 10 della legge n. 40 del 2004. Al riguardo, in attesa di conoscere le motivazioni con cui la Consulta ha dichiarato la questione non fondata<sup>11</sup>, sembra utile sottolineare che soprattutto nel provvedimento del Tribunale di Pordenone si sostiene che il divieto vigente nel nostro ordinamento di accesso alla PMA per le coppie *same sex* risulterebbe in contrasto con l’art. 2 Cost., essendo lesivo del «diritto alla genitorialità consistente nella aspirazione ad avere un figlio, che legittimamente nutre ogni soggetto, specie allorché ha costituito un legame di coppia stabile».

Dunque, il ragionamento promosso dal Tribunale di Pordenone si fonda essenzialmente sull’assunto secondo il quale nel nostro ordinamento sarebbe, oramai, operante un vero e proprio «diritto alla genitorialità», specificamente declinato come «aspirazione ad avere un figlio».

Appare di tutta evidenza come, su questa linea, si miri a valorizzare principalmente, se non esclusivamente, il punto di vista degli “aspiranti genitori”. Sì che ancora una volta nella nostra giurisprudenza sembra delinearsi una prospettiva prettamente “adultocentrica”<sup>12</sup>, che rischia di porsi addirittura in conflitto con una effettiva protezione del *best interests of the child*, ovvero con la necessità di avere riguardo al concreto interesse di ogni singolo e distinto minore di età coinvolto dalla specifica decisione che deve essere assunta<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> GIUSEPPE RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 895 ss.

<sup>10</sup> Entrambe le ordinanze sono reperibili su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>11</sup> In un comunicato della Corte costituzionale del 18 giugno 2019 si legge, infatti, che «La Corte costituzionale si è riunita oggi in camera di consiglio per discutere le questioni sollevate dai Tribunali di Pordenone e di Bolzano sulla legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004 là dove vieta alle coppie omosessuali di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In attesa del deposito della sentenza, l’Ufficio stampa della Corte fa sapere che al termine della discussione le questioni sono state dichiarate non fondate. La Corte ha ritenuto che le disposizioni censurate non siano in contrasto con i principi costituzionali invocati dai due Tribunali».

<sup>12</sup> Al riguardo, si rinvia a GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne «adultocentriche» e scelte apparentemente «minorecentriche» della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 3669 e ss.

<sup>13</sup> In questa ottica, Giuseppe RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1304; ID., *Le genitorialità*.

Inoltre, il giudice remittente sembra trascurare che, seppure il superiore interesse del minore è stato spesso evocato dai nostri giudici<sup>14</sup> relativamente al tema della omogenitorialità, ciò è avvenuto soprattutto nell’ottica di verificare se la conservazione di determinati rapporti affettivi fosse o meno funzionale ad un pieno e sano sviluppo della personalità del minore.

In questa direzione, si tenga presente, per tutte, la decisione n. 1296 del 2016 della Suprema corte<sup>15</sup>, che ha confermato, dopo diverse pronunce di merito in tal senso, che persone dello stesso sesso possono ricorrere alle c.dd. adozioni in casi particolari ai sensi dell’art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184 del 1983, considerato che questa «particolare ipotesi normativa di adozione» mira «a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all’interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall’adempiimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali».

Pertanto, si tratta di decisioni la cui *ratio decidendi* è quella di continuare ad assicurare un armonico e completo sviluppo del minore, unitariamente inteso in tutte le sue componenti – affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali –<sup>16</sup>, sì che in alcun modo possono essere invocate per affermare la rilevanza nel nostro sistema giuridico di un ipotetico e dagli incerti confini «diritto alla genitorialità».

A ciò si aggiunga che il Tribunale di Pordenone nella ordinanza di rimessione in esame ha richiamato a supporto della propria prospettazione l’introduzione nel nostro ordinamento della disciplina delle unioni civili ad opera della legge n. 76 del 2016. Tuttavia, la normativa in esame al comma 20 dell’art. 1 esclude l’applicabilità alle unioni civili delle «disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», nonchè delle norme del codice civile non espressamente richiamate, tra cui, per l’appunto, possono annoverarsi anche quelle in tema di filiazione.

---

*Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 99 ss.; ID., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., p. 895 ss., ove si rileva «che deve anche definitivamente spogliarsi il c.d. superiore interesse del minore di quella eccessiva enfasi che sovente lo accompagna [...], e che tende a farne una sorta di «generica panacea contro ogni male» non sempre funzionale a salvaguardare proprio le istanze dei minori».

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne «adultocentriche» e scelte apparentemente «minorecentriche» della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit.

<sup>15</sup> CORTE DI CASSAZIONE, *sent. 22 giugno 2016, n. 12962*, cit.

<sup>16</sup> Per questa impostazione, GIUSEPPE RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, cit., p. 1295 ss.; ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1475 ss.

Del resto, anche la Suprema corte nella sentenza n. 14878 del 2017<sup>17</sup> ha ritenuto che la c.d. clausola di salvaguardia, sempre presente nel comma 20 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016, in base alla quale «resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione», debba essere intesa nel senso che non possono essere disposte a favore degli uniti civilmente «adozioni piene e neppure adozioni in casi particolari ex art. 44 L. n. 184, quanto alla lettera b): adozione del figlio del coniuge», restando «aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che [hanno] applicato la lettera d) dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo un'interpretazione estensiva, che attiene pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (ove ad esempio non vi siano adottanti disponibili), e può prescindere dunque dall'abbandono»<sup>18</sup>.

Quindi, anche il richiamo alla disciplina delle unioni civili non appare certamente dirimente per potere considerare, oramai, operante nel nostro ordinamento un generale diritto «ad essere genitori».

D'altronde, la stessa C. Edu, nella decisione della *Grande Chambre*<sup>19</sup> con cui ha «rovesciato» la pronuncia<sup>20</sup> nella quale l'Italia era stata inizialmente sanzionata per avere dichiarato adottabile un minore nato all'estero da una pratica di maternità surrogata<sup>21</sup>, ha giudicato non sufficiente ai fini dell'accertamento di una «vita familiare» da salvaguardare la mera «esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi» in presenza, come nel caso al suo vaglio, di una serie di ulteriori e contrari indici, quali «l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico».

---

<sup>17</sup> Reperibile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di STEFANIA STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*; e in *Foro it.*, 1, 2017, p. 2280. Con riferimento al dibattito sulla c.d. omogenitorialità, anche a seguito dell'avvento della legge n. 76 del 2016, *ex multis*, NICOLA CIPRIANI, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, in BERTA ESPERANZA HERNANDEZ – TRUYOL, ROBERTO VIRZO (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e diritto comparato*, Esi, Napoli, 2016, p. 249 ss.

<sup>18</sup> V., *retro*, nota n. 8.

<sup>19</sup> CEDU, *Grande Chambre*, sent. 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2017, IV, c. 105 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*.

<sup>20</sup> CEDU, sent. 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

<sup>21</sup> CORTE DI CASSAZIONE, sent. 26 settembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3414 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 235 ss., 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*.

Viceversa i giudici di Strasburgo<sup>22</sup>, prima dell'intervento della *Grande Chambre*, avevano ritenuto che i principi di ordine pubblico collegati al divieto di maternità surrogata, che, come detto, è anche penalmente sanzionato nel nostro ordinamento, sarebbero dovuti essere, invece, sacrificati in nome del superiore interesse del minore.

Invero, già rispetto a siffatta pronuncia si ebbe modo di rilevare<sup>23</sup> che «con riferimento a simili interrogativi non c'è nessun principio da “sacrificare”, in quanto gli artt. 30 e 29 cost., che ad avviso di molti sembrano segnare, alternativamente, la prevalenza della verità biologica o del legame legale rispetto ad altri modelli, devono essere posti in relazione con l'art. 2 cost., e con la funzione [...] “servente” della comunità ove il minore svolge la sua personalità rispetto ai concreti bisogni del minore stesso», sì che l'«ordine pubblico [...] va soltanto correttamente e sistematicamente inteso, ponendo al centro del bilanciamento dei contrapposti interessi il valore preminente per il nostro ordinamento, ed oramai anche per quello sovranazionale, ovvero la persona umana, ed in questo caso il minore di età».

Una prospettiva, questa, che emerge anche nella sentenza n. 272 del 2017<sup>24</sup> della nostra Corte Costituzionale, che, prendendo le mosse dalla «considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., osservando che – quantunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione prevalga in modo automatico sull'interesse del minore alla conservazione di determinati rapporti affettivi – tuttavia, ai fini di siffatto bilanciamento devono necessariamente valorizzarsi tutte le circostanze del caso concreto, valutando anche il possibile ricorso a differenti forme di tutela per il minore rispetto alla configurazione di un rapporto di filiazione “pieno” con il c.d. genitore intenzionale.

Inoltre, su questa linea, di recente, si è orientata anche la C. Edu nel parere consultivo del 15 aprile 2019 n. P16-2018-001<sup>25</sup>, in cui ha affermato che il diritto al rispetto della vita privata, ai sensi dell'art. 8 CEDU, del minore nato all'estero da pratiche di maternità surrogata, vietate nel paese di origine dei genitori “committenti”, implica che la legislazione nazionale contempra la possibilità di salvaguardare la relazione del minore con il c.d. genitore intenzionale, sebbene tale riconoscimento non deve fatalmente sostanzarsi nella

---

<sup>22</sup> CEDU, *sent.* 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, cit.

<sup>23</sup> GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 95 e ss.

<sup>24</sup> In *Foro it.*, 2018, I, p. 21 e ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*.

<sup>25</sup> Il testo del provvedimento può essere consultato sul sito della CEDU: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile, potendosi delineare anche delle soluzioni diverse, purchè le modalità previste dal diritto interno siano idonee ad assicurare una attuazione celere ed effettiva del superiore interesse del minore.

Ma, soprattutto, nel parere in oggetto anche i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come rispetto a siffatte problematiche debba sempre tenersi conto delle peculiarità e delle caratteristiche di ogni singolo caso concreto, avendo rilevato che la protezione del superiore interesse del minore non presuppone, per forza di cose, la costituzione di una relazione giuridicamente rilevante tra il minore ed il c.d. genitore intenzionale, dovendosi, in proposito, analizzare il reale rapporto intercorrente tra quello specifico minore e quel determinato adulto, anche allo scopo di evitare i rischi di abuso che si possono nascondere nel ricorso alla c.d. gestazione per altri.

Dunque, può concludersi che la recente decisione delle nostre Sezioni unite<sup>26</sup> in tema di maternità surrogata, in linea con l'impostazione da ultimo delineata, ha l'indubbio merito di avere escluso che nelle fattispecie in esame – qualora non sussista un legame biologico tra il minore ed il c.d. genitore intenzionale –, il superiore interesse del minore coincida, sempre e comunque, con la configurazione di un rapporto di filiazione tra gli stessi, finendo così per sovrapporsi e coincidere con l'interesse degli adulti ad essere genitori.

Sì che questa pronuncia, a parere di chi scrive, come già anticipato, può rappresentare un primo “stop” all'indiscriminato riconoscimento di un generico “diritto ad essere genitori”, che, del resto, sembra confliggere con l'introduzione nel nostro ordinamento, attraverso l'ultima riforma della filiazione<sup>27</sup>,

---

<sup>26</sup> Ancora, CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

<sup>27</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla legge n. 219 del 10 dicembre 2012, rubricata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», e al decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013, per la «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»: sui quali, *ex multis*, CESARE MASSIMO BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità*, cit., p. 11 ss.; ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., p. 1475 ss.; GILDA FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; MICHELE SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; MASSIMO DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, *ivi*, 2013, p. 279 ss.; ROSANNA PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Esi, Napoli, 2014, *passim*; EAD., *Il nuovo diritto di famiglia*, Esi, Napoli, 2015; AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; FERDINANDO BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 267 ss.; GIOVANNA CHIAPPETTA, *Lo stato unico di figlio*, Esi, Napoli, 2014; LEONARDO LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2013, p. 202 ss.; ANTONIO PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.; VINCENZO CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 2013, spec. p. 225 ss.; ID., *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Fam. dir.*, p. 447 ss.; BRUNO DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013,

della categoria giuridica della responsabilità genitoriale al posto della tradizionale potestà genitoriale. Ciò in quanto, come si è già avuto modo di evidenziare<sup>28</sup>, la responsabilità genitoriale, come affermata oramai nel contesto europeo ed internazionale<sup>29</sup>, si ispira al concetto ed alla funzione di cura del minore<sup>30</sup>, ovvero ad un rapporto relazionale adulto-minore, che guarda alle peculiarità e all'unicità di ogni singolo caso concreto, rifuggendo da soluzioni astratte e generalizzanti<sup>31</sup>.

Invero, la complessità delle situazioni giuridiche reciprocamente riscontrabili nella dinamica relazionale della responsabilità genitoriale<sup>32</sup> – direttamente riconducibili ad una solidarietà familiare, che, oramai, ha direttamente nell'art. 2 cost., e non più soltanto negli artt. 29 e 30 cost., un immediato referente costituzionale – impone di considerare la relazione adulto-minore quale rapporto “qualificato”, ove la cura dell'altrui persona, unitariamente intesa, costituisce il valore fondante dello stesso rapporto.

Tant'è che il richiamo delle Sezioni unite<sup>33</sup> al possibile ricorso da parte del c.d. genitore intenzionale all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184 del 1983, non necessariamente implica il rico-

---

p. 291 ss.; ALBERTO FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, Torino, 2014; RAFFAELE PICARO, *Stato unico della filiazione. Un problema ancora aperto*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*; MASSIMO BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, Milano, 2014, *passim*; UGO SALANTRO, *La riforma della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 540 ss.; ID., *La riforma della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, *ivi*, p. 675 ss.; PIERO SCHLESINGER, *Il d.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 443 ss.

<sup>28</sup> V. GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 11 ss.; ID., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., p. 895 ss.

<sup>29</sup> Cfr., in tal senso, anche il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000; *Council of Europe 'White Paper' of 15 January 2002 on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage*: «Principle 18: Parental responsibilities are a collection of duties and powers, which aim at ensuring the moral and material welfare of children, in particular: Care and protection; Maintenance of personal relationships; Provision of education; Legal representation; Determination of residence and Administration of property». V., inoltre, in una più ampia prospettiva, sia l'art. 3 della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989, sia l'art. 24 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, nei quali la «cura» dei minori di età è strettamente connessa alla salvaguardia del loro complessivo «benessere».

<sup>30</sup> In generale, al riguardo, in un'ottica interdisciplinare, BENEDETTA GUERRINI DEGL'INNOCENTI, *I legami di cura: attaccarsi, separarsi, affidarsi*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 199 e ss.

<sup>31</sup> GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 11.

<sup>32</sup> V., in proposito, le considerazioni svolte in GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 63 e ss.

<sup>33</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

noscimento di una relazione giuridicamente rilevante tra quell'adulto e quel minore, in quanto, come osservato in precedenza, ciò potrà avvenire soltanto a favore di quei legami affettivi, davvero, funzionali allo sviluppo della personalità del minore di età, quale persona unitariamente intesa in tutte le sue componenti, emotive, psicologiche, fisiche, culturali<sup>34</sup>.

*RIASSUNTO*

Il lavoro mira ad analizzare la recente decisione delle Sezioni unite della Cassazione n. 12193 del 2019 in tema di maternità surrogata, in cui i giudici di legittimità hanno affermato che il divieto penale di siffatte pratiche ai sensi dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 racchiude un principio di ordine pubblico. In questa direzione, attraverso un confronto con le pronunce della C. Edu in materia, si sottopone a revisione critica il recente orientamento emerso in giurisprudenza volto a prospettare l'operatività nel nostro ordinamento giuridico di un generico e dagli incerti confini "diritto ad essere genitori".

*PAROLE CHIAVE*

*Maternità surrogata*

*ABSTRACT*

The paper aims to analyse the recent decision of the United Sections of the Italian Supreme Court n. 12193, 2019 on the subject of surrogacy. The Court stated that the prohibition of these practices under art. 12, paragraph 6, Law n. 40, 2004 includes a principle of public order. By comparing the judgements of the European Court of Human Rights on this subject, the Author analyses the recent case-law, which establishes the dubious concept of the "right to be parents" in the Italian legal system.

*KEY WORDS*

*Surrogacy*

---

<sup>34</sup> Nonostante condivida gli esiti a cui sono pervenuti i giudici di legittimità nella pronuncia in esame, ritiene, tuttavia, che le Sezioni unite abbiano tralasciato tre aspetti essenziali per evitare di cadere, nel momento applicativo, in rischiose generalizzazioni, ovvero che «il divieto di maternità surrogata non tutela soltanto il diritto alla dignità della persona gestante, ma anche l'interesse dei minori a non essere oggetto di traffici giuridici», che ai fini della soluzione da privilegiare «occorre valutare volta per volta non tanto la concreta sussistenza di un rapporto affettivo, ma specialmente l'idoneità dei richiedenti a svolgere il delicato compito di genitori», che è sempre necessario «indagare con attenzione la ragionevolezza del rimedio proposto», GIOVANNI PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss.

## Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile

Ordinanza 17 gennaio 2019, n. 1040

**Responsabilità medica – consenso informato – danno – convinzioni religiose**

*Deve essere riconosciuta l'autonoma rilevanza, ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso da parte del paziente, con la precisazione che tale violazione può causare due diversi tipi di danni:*

*a) un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi al trattamento e di subirne le conseguenze invalidanti;*

*b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute.*

*Ciò è a dirsi nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze probabili (ma non anche quelle assolutamente eccezionali ed altamente improbabili) dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.*

Fonte: [www.ricercagiuridica.com](http://www.ricercagiuridica.com)

## Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile

Sentenza 25 febbraio 2019, n. 5415

**Enti ecclesiastici – Chiesa cattolica – attività negoziale – controlli canonici**

*L'attività negoziale "iure privatorum" posta in essere dalla Chiesa cattolica e dagli enti ecclesiastici con riferimento a beni di loro proprietà sottoposti al codice civile – ove non diversamente previsto dalle leggi speciali che li riguardano – è disciplinata dalle norme di relazione, alla cui osservanza la medesima Chiesa e le sue istituzioni sono tenute, al pari degli altri soggetti giuridici, poiché da un lato, esse sono inidonee a comprimere la libertà religiosa e le connesse alte finalità tutelate, in ottemperanza al dettato costituzionale, dalla norma concordataria di cui all'art. 2 della l. n. 121 del 1985, e, dall'altro, lo Stato non ha inteso rinunciare alla tutela di beni giuridici primari garantiti dalla Costituzione. Pertanto, ai fini della validità ed efficacia dei contratti conclusi, è privo di rilievo l'assetto concordatario relativo alla piena autonomia riconosciuta alla Chiesa cattolica con riguardo alla sua organizzazione interna, nella parte in cui affida ai Parroci la titolarità della parrocchia e la gestione ed amministrazione del relativo patrimonio, escludendo ogni ruolo dell'Arcidiocesi, atteso che detta organizzazione riguarda il sistema canonico e non incide, in assenza di normativa specifica, sull'agire privatistico regolato dal codice civile.*

Fonte: [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

## Corte d'Appello di Venezia

Sentenza 2 aprile 2019, n. 200

**Licenziamento discriminatorio – libertà religiosa – lesione – onere della prova**

*In caso di recesso discriminatorio, il bene tutelato è uno status (quali ad esempio: l'appartenenza al sindacato, il credo religioso, il sesso, il genere, ecc.) che, in quanto tale, è elemento fondante il licenziamento: in tal caso passa in secondo piano e diviene irrilevante l'elemento intenzionale che spinge il datore ad irrogare la sanzione espulsiva (c.d. oggettività della situazione protetta).*

*Tuttavia il carattere oggettivo della tutela non implica un'inversione dell'onere della prova, incombando sul lavoratore l'onere di dimostrare, quanto meno attraverso presunzioni gravi e rilevanti, la natura discriminatoria del licenziamento.*

*Nel caso di specie, il ricorrente deduce il carattere discriminatorio del recesso, sul presupposto che l'attività richiesta, nelle due circostanze oggetto di contestazione, consisteva nella movimentazione di pacchi contenenti soltanto bevande alcoliche e, come tale, risultava lesiva della sua dignità religiosa di fedele musulmano.*

Fonte: [www.lavorosi.it](http://www.lavorosi.it)

## **Tribunale di Palermo**

**Decreto 5 marzo 2019**

### **Status di rifugiato – Libertà religiosa – obiezione di coscienza – Bahà'i**

*Deve essere riconosciuto lo status di rifugiato anche ad un fedele del culto Bahà'i, il quale, esercitando l'obiezione di coscienza all'uso delle armi, si è rifiutato di prestare il servizio militare nel conflitto che ha interessato la regione del Donbass in Ucraina.*

Fonte: [www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it](http://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.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 varî orientamenti giurisprudenziali.

In merito alla libertà religiosa, abbiamo sentenze francesi sulla libertà d'espressione, tedesche sul burkini, sudafricane sull'annullamento per incostituzionalità di decisioni della Chiesa riformata.

A proposito della laicità dello Stato, ecco sentenze francesi sui consorzi universitari, sulla licenziabilità di poliziotte musulmane, sulla concessione della cittadinanza francese, statunitensi sulla preghiera all'inizio dell'attività legislativa, e la legge canadese del Québec sulla laicità dello Stato

Riguardo all'Islam, sentenze tedesche sugli asili confessionali, sui requisiti per la rilevanza in sede civile dei contratti matrimoniali islamici, statunitensi sul modo di far testimoniare una donna in burqa, e la legge del Sultanato del Brunei che introduce le norme penali della Sharia nel codice penale e nel codice di procedura penale statali.

Relativamente al Cattolicesimo, una sentenza tedesca sulla rilevanza anche statale del Venerdì Santo.

Parlando dei Sikh, una sentenza tedesca sul loro turbante e la guida di motocicli.

Venendo ai simboli religiosi, sentenze tedesche sui simboli religiosi vietati su giudici e pubblici ministeri ma ammessi nei tribunali, l'attesissima sentenza della Corte Suprema statunitense sulla legittimità dei simboli religiosi nello spazio pubblico, la legge del South Dakota sul motto nazionale 'In God we trust'.

Sull'Ebraismo, poi, una sentenza statunitense sulle esenzioni tributarie per gli enti ecclesiastici.

Per quanto riguarda i Testimoni di Geova, una sentenza russa sull'asserita aggressività della loro predicazione.

## Libertà religiosa

### FRANCIA

**Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 9 gennaio 2019, n. 17/81618**

*<https://www.courdecassation.fr/>*

Ricorso in Cassazione contro la condanna in Appello d'una *Femen* che, il 20 dicembre 2013, nella centralissima chiesa parigina della Madelaine, in presenza di numerosi giornalisti da ella convocati, aggredisce l'altare ed il sacerdote presente spogliandosi parzialmente, mostrando sul seno e sulla schiena scritte fortemente offensive verso Cristo e compiendo sull'altare stesso atti parimenti assai offensivi, ai limiti della blasfemia.

Condannata in primo grado ed in appello, ricorre in Cassazione, invocando *in primis* la libertà d'espressione, garantita sia dalla Costituzione francese che dalla CEDU, ed *in secundis* la legge di Separazione: non avendo ella in chiesa né ferito persone, né danneggiato cose, lo Stato non ha titolo per intervenire, perché, anche ammesso che il suo gesto dimostrativo, per il quale rivendica comunque la libertà d'espressione, abbia disturbato la comunità cattolica, proprio in virtù della legge del 1905 e della *laïcité* lo Stato non deve intervenire come difensore d'una confessione religiosa.

La Cassazione, invece, conferma la condanna inflittale nei precedenti gradi di giudizio proprio sulla base della legge del 1905, che, ex art. 1, garantisce il libero esercizio dei culti, in combinato disposto con l'art. 5 della legge del 2 gennaio 1907, sull'esercizio pubblico dei culti, che garantisce che gli edifici di culto siano a disposizione dei fedeli e dei ministri di culto per la pratica della loro religione.

La Costituzione, infatti, oltre alla *laïcité*, riconosce e tutela anche la libertà religiosa, che comprende il diritto per i fedeli d'una data confessione di non essere disturbati nei propri edifici di culto.

### GERMANIA

**OVwG Koblenz, n. 10/b/10515/19, del 12 giugno 2019**

*<https://ovg.justiz.rlp.de>*

La Città di Coblenza emana, il 1 gennaio 2019, un regolamento per le piscine comunali che, elencando i costumi da bagno ammessi, vieta *expressis*

*verbis* il *burkini*, ma ammette le tute in neoprene per nuotatori professionisti e atleti del triathlon mentre si allenano in piscina.

Una richiedente asilo siriana contesta questo regolamento, lamentando la violazione della sua libertà religiosa e del principio di parità di trattamento, entrambi principî costituzionali.

Se le tute di neoprene sono ammesse, però, e per di più per allenamenti, quindi anche per periodi di tempo prolungati, l'esclusione del *burkini* appare inammissibile già *in se ipsa* per violazione del principio costituzionale d'eguaglianza, se poi avesse ad origine – come sostenuto ma non provato dalla ricorrente – un'intenzione anti-islamica, sarebbe doppiamente inammissibile, violando anche il principio costituzionale di libertà religiosa.

## SUD AFRICA

**North Gauteng High Court, Pretoria, affaire Gaum vs Van Rensburg, n. 40819/12, dell'8 marzo 2019.**

<https://www.judiciary.org.za/index.php/judiciary/court-cases/gauteng-division-of-the-high-court>

La High Court di North Gauteng ha annullato una deliberazione del Sinodo generale del 2016 della Chiesa Riformata Olandese, in quanto incostituzionale.

L'art. 15 della Costituzione garantisce la libertà religiosa, e la Corte Costituzionale ha riconosciuto ch'essa si estende anche a credenze “bizzarre, illogiche o irrazionali”, ed infatti la Corte [è la High Court che sta parlando] non vuole giudicare i principî religiosi della Chiesa Riformata olandese, né stabilire cosa questa possa o non possa credere. Se, però, il Sinodo generale della Chiesa Riformata olandese prende decisioni che operano una discriminazione contraria ai diritti costituzionali di (alcuni) suoi fedeli, e violano la legislazione esistente, allora è compito dello Stato intervenire a tutela loro e della Costituzione e dell'ordinamento vigente.

## Laicità dello Stato

### FRANCIA

Conseil d'État, 30 gennaio 2019, n. 394175

<https://www.conseil-etat.fr/>

Il fatto che un'Università privata confessionale entri a far parte d'un consorzio d'Università nel quale tutte le altre sono statali e ciascuna delle quali mantiene la propria autonomia, non viola il principio di *laïcité*.

**Cour Administrative d'Appel di Parigi, IVème chambre, n. 17/PA/273, del 19 febbraio 2019**

<http://paris.cour-administrative-appel.fr/>

Una poliziotta musulmana viene licenziata perché rifiuta di salutare i propri superiori di sesso maschile, non risponde alle domande che le vengono poste da colleghi uomini, non stringe loro la mano, non rispetta l'uniforme regolamentare (indossando un velo islamico sotto l'elmetto e una maglia a maniche lunghe sotto la polo a maniche corte della tenuta estiva, per coprire le braccia), e perché s'è rifiutata di rispettare il minuto di silenzio per le vittime dell'attentato contro Charlie Hebdo, dicendo di non voler rendere omaggio a persone che avevano insultato la sua religione.

Ella fa ricorso contro il licenziamento, e, sempre soccombente nei gradi di giudizio inferiori, giunge dinanzi alla CAA di Parigi.

La ricorrente riconosce la veridicità dei rilievi che le sono mossi, ma invoca la libertà di religione, garantita dalla Costituzione e dalla CEDU, e sottolinea che, sotto il profilo strettamente professionale da poliziotta, non le è mai stato mosso nessun rilievo.

La CAA conferma però il licenziamento, affermando che per un funzionario pubblico, quale indubbiamente una poliziotta è, la libertà religiosa individuale trova un limite nel doveroso rispetto del principio parimenti costituzionale di *laïcité*.

**Cour Administrative d'Appel di Nantes, IIème chambre, n. 18/nt/3426, del 30 aprile 2019 e n. 18/nt/4548, del 7 giugno 2019**

<http://nantes.cour-administrative-appel.fr/>

Rifiutare la concessione della cittadinanza francese a chi non dimostri di capire e condividere il principio di *laïcité*, e quindi non solo di saperlo a livello nozionistico, non costituisce violazione della libertà religiosa dei richiedenti, in quanto esso è uno dei principî supremi dell'ordinamento di Parigi, e chi acquisisce la cittadinanza dev'essere pronto, nell'agire nello spazio pubblico, a subordinare, senza abiurare, le proprie convinzioni religiose al principio di *laïcité*.

**STATI UNITI**

**U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, affaire Barker vs Conroy, n. 17/5278, del 19 aprile 2019.**

<https://www.cadc.uscourts.gov>

Alla Camera dei rappresentanti le invocazioni iniziali sono riservate a ministri di culto religiosi, e non possono essere ammesse anche invocazioni puramente secolari pronunziate da persone atee: un'istanza in tal senso era stata presentata all'Ufficio del Cappellano della Camera, che l'aveva respinta, e questa decisione era stata impugnata. La Corte, però, conferma il rifiuto di permettere ad un ateo di pronunziare un'invocazione secolare all'inizio dei lavori, citando al riguardo la Corte Suprema: gli Stati Uniti hanno una storia che unisce una lunga tradizione della preghiera legislativa, e se certamente sono vietate discriminazioni fra religioni, attività di proselitismo ed il discredito di altre fedi religiose, è tuttavia necessario che si tratti di una preghiera religiosa: trattandosi, infatti, di una preghiera, è necessario che sia rivolta a Dio (a prescindere dal nome con cui venga di volta in volta chiamato), dato che, invece, una c.d. 'preghiera atea', ovviamente non rivolgendosi a nessun Dio, non sarebbe nemmeno una preghiera, ma un generico discorso.

## CANADA

### Québec, Legge sulla laicità dello Stato, del 16 giugno 2019.

<http://www.assnat.qc.ca/fr>

#### LOI SUR LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT

CONSIDÉRANT que la nation québécoise a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la *laïcité* de l'État;

CONSIDÉRANT que l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales;

CONSIDÉRANT qu'en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de déterminer selon quels principes et de quelle manière les rapports entre l'État et les religions doivent être organisés au Québec;

CONSIDÉRANT qu'il est important de consacrer le caractère prépondérant de la *laïcité* de l'État dans l'ordre juridique québécois;

CONSIDÉRANT l'importance que la nation québécoise accorde à l'égalité entre les femmes et les hommes;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'établir un devoir de réserve plus strict en matière religieuse à l'égard des personnes exerçant certaines fonctions, se traduisant par l'interdiction pour ces personnes de porter un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions;

CONSIDÉRANT que la *laïcité* de l'État favorise le respect du devoir d'impartialité de la magistrature;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la *laïcité* de l'État en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

#### CHAPITRE I

#### AFFIRMATION DE LA LAÏCITÉ DE L'ÉTAT

1. L'État du Québec est laïque.
2. La *laïcité* de l'État repose sur les principes suivants:
  - 1° la séparation de l'État et des religions;
  - 2° la neutralité religieuse de l'État;
  - 3° l'égalité de tous les citoyens et citoyennes;
  - 4° la liberté de conscience et la liberté de religion.
3. La *laïcité* de l'État exige que, dans le cadre de leur mission, les institu-

tions parlementaires, gouvernementales et judiciaires respectent l'ensemble des principes énoncés à l'article 2, en fait et en apparence. Pour l'application du présent chapitre, on entend par:

1° « institutions parlementaires »: l'Assemblée nationale, de même que les personnes nommées ou désignées par celle-ci pour exercer une fonction qui en relève;

2° « institutions gouvernementales »: les organismes énumérés aux paragraphes 1° à 10° de l'annexe I;

3° « institutions judiciaires »: la Cour d'appel, la Cour supérieure, la Cour du Québec, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal des professions et les cours municipales.

4. En plus de l'exigence prévue à l'article 3, la laïcité de l'État exige le respect de l'interdiction de porter un signe religieux prévue au chapitre II de la présente loi et du devoir de neutralité religieuse prévu au chapitre II de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01), et ce, par les personnes assujetties à cette interdiction ou à ce devoir. La laïcité de l'État exige également que toute personne ait droit à des institutions parlementaires, gouvernementales et judiciaires laïques ainsi qu'à des services publics laïques, et ce, dans la mesure prévue par la présente loi et par la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes.

5. Il appartient au Conseil de la magistrature, à l'égard des juges de la Cour du Québec, du Tribunal des droits de la personne, du Tribunal des professions et des cours municipales ainsi qu'à l'égard des juges de paix magistrats, d'établir des règles traduisant les exigences de la laïcité de l'État et d'assurer leur mise en œuvre. Malgré le paragraphe 3° du deuxième alinéa de l'article 3, l'exigence de respecter les principes énoncés à l'article 2 ne s'applique aux juges que dans la mesure prévue au présent article.

## CHAPITRE II

### INTERDICTION DE PORTER UN SIGNE RELIGIEUX

6. Le port d'un signe religieux est interdit dans l'exercice de leurs fonctions aux personnes énumérées à l'annexe II. Au sens du présent article, est un signe religieux tout objet, notamment un vêtement, un symbole, un bijou, une parure, un accessoire ou un couvre-chef, qui est:

1° soit porté en lien avec une conviction ou une croyance religieuse;

2° soit raisonnablement considéré comme référant à une appartenance religieuse.

### CHAPITRE III SERVICES À VISAGE DÉCOUVERT

7. Pour l'application du présent chapitre, on entend par « membre du personnel d'un organisme » un membre du personnel d'un organisme énuméré à l'annexe I ainsi qu'une personne mentionnée à l'annexe III qui est assimilée à un tel membre.

8. Un membre du personnel d'un organisme doit exercer ses fonctions à visage découvert. De même, une personne qui se présente pour recevoir un service par un membre du personnel d'un organisme doit avoir le visage découvert lorsque cela est nécessaire pour permettre la vérification de son identité ou pour des motifs de sécurité. La personne qui ne respecte pas cette obligation ne peut recevoir le service qu'elle demande, le cas échéant. Pour l'application du deuxième alinéa, une personne est réputée se présenter pour recevoir un service lorsqu'elle interagit ou communique avec un membre du personnel d'un organisme dans l'exercice de ses fonctions.

9. L'article 8 ne s'applique pas à une personne dont le visage est couvert en raison d'un motif de santé, d'un handicap ou des exigences propres à ses fonctions ou à l'exécution de certaines tâches.

10. Un organisme énuméré à l'annexe I peut exiger, de toute personne ou société avec laquelle il conclut un contrat ou à laquelle il octroie une aide financière, que des membres de son personnel exercent leurs fonctions à visage découvert, lorsque ce contrat ou l'octroi de cette aide financière a pour objet la prestation de services inhérents à la mission de l'organisme ou lorsque les services sont exécutés sur les lieux de travail du personnel de cet organisme. Il en est de même pour une institution parlementaire visée au paragraphe 1° du deuxième alinéa de l'article 3.

### CHAPITRE IV DISPOSITIONS DIVERSES

11. Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles de toute loi postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la présente loi. Les dispositions des articles 1 à 3 ne prévalent pas sur celles de toute loi antérieure qui leur sont contraires.

12. Un ministre peut, de concert avec le ministre responsable de l'application de la présente loi, vérifier l'application des mesures prévues par la présente loi dans un organisme énuméré à l'annexe I ou auprès d'une personne visée au paragraphe 11° de l'annexe III qui relève de sa responsabilité ou qui est du domaine de sa compétence. Il peut également désigner par écrit une personne qui sera chargée de cette vérification. L'organisme ou la personne qui est visé par la vérification doit, sur demande du ministre concerné ou de la personne

chargée de la vérification, lui transmettre ou autrement mettre à sa disposition tout document ou renseignement jugé nécessaire pour procéder à la vérification. Le ministre concerné peut, par écrit et dans les délais qu'il indique, requérir que l'organisme ou que la personne apporte des mesures correctrices, effectue les suivis adéquats et se soumette à toute autre mesure, dont des mesures de surveillance et d'accompagnement. Pour l'application du présent article, sont notamment du domaine de la compétence des ministres énumérés ci-après les organismes et personnes suivants:

1° les organismes énumérés au paragraphe 5° de l'annexe I: le ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire;

2° les organismes énumérés au paragraphe 6° de cette annexe: le ministre des Transports;

3° les organismes énumérés aux paragraphes 7° et 12° de cette annexe: le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport ou, selon le cas, le ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie, selon leurs responsabilités respectives;

4° les organismes énumérés aux paragraphes 8° et 13° de cette annexe: le ministre de la Santé et des Services sociaux;

5° les organismes énumérés au paragraphe 11° de l'annexe I et la personne visée au paragraphe 11° de l'annexe III: le ministre de la Famille, des Aînés et de la Condition féminine. Le présent article ne s'applique pas aux institutions parlementaires et aux institutions judiciaires visées à l'un ou l'autre des paragraphes 1° ou 3° du deuxième alinéa de l'article 3.

13. Il appartient à la personne qui exerce la plus haute autorité administrative, le cas échéant, sur les personnes visées à l'article 6 ou au premier alinéa de l'article 8 de prendre les moyens nécessaires pour assurer le respect des mesures qui y sont prévues. Cette fonction peut être déléguée à une personne au sein de son organisation. La personne visée à l'article 6 ou au premier alinéa de l'article 8 s'expose, en cas de manquement aux mesures qui y sont prévues, à une mesure disciplinaire ou, le cas échéant, à toute autre mesure découlant de l'application des règles régissant l'exercice de ses fonctions.

14. Aucun accommodement ou autre dérogation ou adaptation, à l'exception de ceux prévus par la présente loi, ne peut être accordé en ce qui a trait aux dispositions portant sur l'interdiction de porter un signe religieux ou sur les obligations relatives aux services à visage découvert.

15. Lorsque l'interdiction de porter un signe religieux s'applique à un avocat ou à un notaire visé au paragraphe 8° de l'annexe II, cette obligation est réputée faire partie intégrante du contrat de services juridiques en vertu duquel il agit.

16. Une disposition d'une convention collective, d'une entente collective

ou de tout autre contrat relatif à des conditions de travail qui est incompatible avec les dispositions de la présente loi est nulle de nullité absolue.

17. Les articles 1 à 3 ne peuvent être interprétés comme ayant pour effet d'exiger d'une institution visée à l'article 3 qu'elle retire ou modifie un immeuble ou un bien meuble qui orne un immeuble. Toutefois, une institution peut, de sa propre initiative, retirer ou modifier un immeuble ou un tel bien meuble. Ces articles ne peuvent non plus être interprétés comme ayant un effet sur la toponymie, sur la dénomination d'une institution visée à l'article 3 ou sur une dénomination que celle-ci emploie.

## CHAPITRE V

### DISPOSITIONS MODIFICATIVES

#### CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

18. La Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) est modifiée par l'insertion, après le troisième alinéa du préambule, de l'alinéa suivant: «Considérant l'importance fondamentale que la nation québécoise accorde à la laïcité de l'État; ».

19. L'article 9.1 de cette charte est modifié par l'insertion, dans le premier alinéa et après « valeurs démocratiques, », de « de la laïcité de l'État, ».

#### LOI FAVORISANT LE RESPECT DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DE L'ÉTAT ET VISANT NOTAMMENT À ENCADRER LES DEMANDES D'ACCOMMODEMENTS POUR UN MOTIF RELIGIEUX DANS CERTAINS ORGANISMES

20. Le préambule de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01) est abrogé.

21. L'article 1 de cette loi est modifié:

1° par le remplacement du premier alinéa par le suivant: «La présente loi impose, dans la mesure qui y est prévue, un devoir de neutralité religieuse dans l'exercice de leurs fonctions aux membres du personnel des organismes publics, conformément aux exigences de la *laïcité* de l'État. »;

2° par la suppression du deuxième alinéa.

22. L'article 2 de cette loi est modifié, dans le premier alinéa:

1° par l'insertion, à la fin du paragraphe 2°, de «, de même que les organismes dont le fonds social fait partie du domaine de l'État »;

2° par l'insertion, dans le paragraphe 5° et après «municipaux », de « et régionaux »;

3° par l'insertion, dans le paragraphe 7° et après «Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3) », de «, la Commission scolaire du Littoral constituée

par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125) »;  
4° par la suppression, dans le paragraphe 9°, de « ou l'une de ses commissions ».

23. L'article 7 de cette loi est modifié:

1° par le remplacement, dans le texte anglais, de « any person or partnership with whom it has entered » par « any persons or partnerships with whom or which it enters »;

2° par le remplacement de « de service ou une entente de subvention » par « ou à laquelle il octroie une aide financière »;

3° par le remplacement de « ou cette entente » par « ou l'octroi de cette aide financière »;

4° par le remplacement de « cet organisme ou exécutés sur les lieux de travail de son personnel » par « l'organisme ou lorsque les services sont exécutés sur les lieux de travail du personnel de cet organisme ».

24. L'article 9 de cette loi et la section II du chapitre III de cette loi, comprenant l'article 10, sont abrogés.

25. L'article 12 de cette loi est modifié par le remplacement du deuxième alinéa par le suivant: « Ces lignes directrices sont rendues publiques par les moyens que le ministre estime appropriés. ».

26. La section IV du chapitre III de cette loi, comprenant l'article 15, est abrogée.

27. L'article 16 de cette loi est abrogé.

28. L'article 17 de cette loi est modifié par le remplacement de la dernière phrase du premier alinéa par les suivantes: « Elle peut déléguer cette fonction à une personne au sein de son organisation. En outre, elle doit désigner, au sein de son personnel, un répondant en matière d'accommodement. ».

29. Cette loi est modifiée par l'insertion, après l'article 17, du suivant: « 17.1. Aucun accommodement ou autre dérogation ou adaptation, à l'exception de ceux prévus par la présente loi, ne peut être accordé en ce qui a trait aux dispositions prévues par celle-ci portant sur le respect du devoir de neutralité religieuse. ».

30. L'article 19 de cette loi est remplacé par le suivant: « 19. Le ministre désigné par le gouvernement est responsable de l'application de la présente loi. ».

## CHAPITRE VI DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

31. L'article 6 ne s'applique pas:

1° à une personne visée à l'un ou l'autre des paragraphes 2°, 3°, 7° et 9° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction au sein de la même organisation;

2° à une personne visée à l'un ou l'autre des paragraphes 4° et 5° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, jusqu'à la fin de leur mandat;

3° à une personne, à l'exception du ministre de la Justice et procureur général, visée au paragraphe 6° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction et qu'elle relève de la même organisation;

4° à une personne visée au paragraphe 8° de l'annexe II qui agit conformément à un contrat de services juridiques conclu avant le 16 juin 2019, sauf si ce contrat est renouvelé après cette date;

5° à une personne visée au paragraphe 10° de l'annexe II le 27 mars 2019, et ce, tant qu'elle exerce la même fonction au sein de la même commission scolaire.

32. Jusqu'à ce que le gouvernement prenne un décret désignant le ministre responsable de l'application de la présente loi et de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes (chapitre R-26.2.01), le ministre de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion est responsable de l'application de ces lois.

33. La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte à la Loi favorisant la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes s'appliquent malgré les articles 1 à 38 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12).

34. La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte par son chapitre V ont effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

35. Le ministre désigné par le gouvernement est responsable de l'application de la présente loi.

36. La présente loi entre en vigueur le 16 juin 2019.

## ANNEXE I (Articles 3, 7 et 10) ORGANISMES

1° les ministères du gouvernement;

2° les organismes budgétaires, les organismes autres que budgétaires et les entreprises du gouvernement énumérés aux annexes 1 à 3 de la Loi sur l'administration financière (chapitre A-6.001), y compris les personnes qui y sont énumérées, de même que les organismes dont le fonds social fait partie du domaine de l'État;

3° les organismes et les personnes dont le personnel est nommé suivant la

Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1);

4° les organismes gouvernementaux énumérés à l'annexe C de la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic (chapitre R-8.2), y compris les personnes qui y sont énumérées;

5° les municipalités, les communautés métropolitaines, les régies intermunicipales et les offices municipaux et régionaux d'habitation, à l'exception des municipalités régies par la Loi sur les villages cris et le village naskapi (chapitre V-5.1) ou par la Loi sur les villages nordiques et l'Administration régionale Kativik (chapitre V-6.1);

6° les sociétés de transport en commun, l'Autorité régionale de transport métropolitain ou tout autre exploitant d'un système de transport collectif;

7° les commissions scolaires instituées en vertu de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3), la Commission scolaire du Littoral constituée par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125), le Comité de gestion de la taxe scolaire de l'île de Montréal, les collèges d'enseignement général et professionnel institués en vertu de la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel (chapitre C-29) ainsi que les établissements d'enseignement de niveau universitaire énumérés aux paragraphes 1° à 11° de l'article 1 de la Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire (chapitre E-14.1);

8° les établissements publics visés par la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-4.2), à l'exception des établissements publics visés aux parties IV.1 et IV.3 de cette loi, les groupes d'approvisionnement en commun visés à l'article 435.1 de cette même loi et les centres de communication santé visés par la Loi sur les services préhospitaliers d'urgence (chapitre S-6.2);

9° les organismes dont l'Assemblée nationale nomme la majorité des membres;

10° les commissions d'enquête constituées en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37);

11° les centres de la petite enfance, les bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial et les garderies subventionnées visés par la Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance (chapitre S-4.1.1);

12° les établissements agréés aux fins de subventions en vertu de la Loi sur l'enseignement privé (chapitre E-9.1) et les institutions dont le régime d'enseignement est l'objet d'une entente internationale au sens de la Loi sur le ministère des Relations internationales (chapitre M-25.1.1);

13° les établissements privés conventionnés, les ressources intermédiaires et les ressources de type familial visés par la Loi sur les services de santé et les services sociaux.

## ANNEXE II

(Articles 6, 15 et 31)

**PERSONNES VISÉES PAR L'INTERDICTION DE PORTER UN SIGNE RELIGIEUX DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS**

1° le président et les vice-présidents de l'Assemblée nationale;

2° un juge de paix fonctionnaire visé à l'article 158 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16), un greffier spécial, un greffier, un greffier adjoint, un shérif et un shérif adjoint visés aux articles 4 à 5 de cette loi, un greffier et un greffier adjoint visés à l'article 57 de la Loi sur les cours municipales (chapitre C-72.01), ainsi qu'un registraire des faillites;

3° un membre, un commissaire ou un régisseur, selon le cas, exerçant ses fonctions au sein du Comité de déontologie policière, de la Commission d'accès à l'information, de la Commission de la fonction publique, de la Commission de protection du territoire agricole du Québec, de la Commission des transports du Québec, de la Commission municipale du Québec, de la Commission québécoise des libérations conditionnelles, de la Régie de l'énergie, de la Régie des alcools, des courses et des jeux, de la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, de la Régie du bâtiment du Québec, de la Régie d'logement, du Tribunal administratif des marchés financiers, du Tribunal administratif du Québec ou du Tribunal administratif du travail, ainsi qu'un président de conseil de discipline exerçant ses fonctions au sein du Bureau des présidents des conseils de discipline;

4° un commissaire nommé par le gouvernement en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), ainsi qu'un avocat ou un notaire agissant pour une telle commission;

5° un arbitre nommé par le ministre du Travail dont le nom apparaît sur une liste dressée par ce dernier conformément au Code du travail (chapitre C-27);

6° le ministre de la Justice et procureur général, le directeur des poursuites criminelles et pénales, ainsi qu'une personne qui exerce la fonction d'avocat, de notaire ou de procureur aux poursuites criminelles et pénales, y compris un cadre juridique qui supervise le travail de ces personnes ou celui d'autres cadres juridiques, et qui relève d'un ministère, du directeur des poursuites criminelles et pénales, de l'Assemblée nationale, d'une personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale pour exercer une fonction qui en relève, d'un organisme visé au paragraphe 3°, de l'Autorité des marchés financiers, de l'Autorité des marchés publics, de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, de Revenu Québec ou d'un organisme ou d'une personne dont le personnel est nommé suivant la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1), à l'exception du Centre de services partagés du Québec, du Conseil de gestion de l'assurance parentale, de l'Institut de la statistique du Québec, de La Financière agricole du Québec, de la Société d'habitation du

Québec et de Transition énergétique Québec;

7° une personne qui exerce la fonction d'avocat à l'emploi d'un poursuivant visé à l'un ou l'autre des paragraphes 2° et 3° de l'article 9 du Code de procédure pénale (chapitre C-25.1), sauf si ce poursuivant est visé au paragraphe 6°, lorsque cette personne agit en matière criminelle ou pénale pour un poursuivant devant un tribunal ou auprès de tiers;

8° un avocat ou un notaire lorsqu'il agit devant un tribunal ou auprès de tiers conformément à un contrat de services juridiques conclu avec un ministre, le directeur des poursuites criminelles et pénales, l'Assemblée nationale, une personne nommée ou désignée par l'Assemblée nationale pour exercer une fonction qui en relève, un organisme visé au paragraphe 3°, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité des marchés publics, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Revenu Québec, un organisme ou une personne dont le personnel est nommé suivant la Loi sur la fonction publique, à l'exception du Centre de services partagés du Québec, du Conseil de gestion de l'assurance parentale, de l'Institut de la statistique du Québec, de La Financière agricole du Québec, de la Société d'habitation du Québec et de Transition énergétique Québec, de même qu'un avocat lorsqu'il agit en matière criminelle ou pénale devant un tribunal ou auprès de tiers conformément à un contrat de services juridiques conclu avec un poursuivant visé au paragraphe 7°;

9° un agent de la paix exerçant ses fonctions principalement au Québec;

10° un directeur, un directeur adjoint ainsi qu'un enseignant d'un établissement d'enseignement sous la compétence d'une commission scolaire instituée en vertu de la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3) ou de la Commission scolaire du Littoral constituée par la Loi sur la Commission scolaire du Littoral (1966-1967, chapitre 125)

# Islam

## GERMANIA

### Verwaltungsgericht Mainz, 1/L/96/19, del 22 marzo 2019

<https://vgmz.justiz.rlp.de/de/startseite/>

Un'associazione islamica ottiene, nel 2008, l'autorizzazione ad aprire, per bambini dai 3 anni, un asilo nido privato confessionalmente orientato, che viene registrato e riceve i contributi pubblici previsti dal *Landesamt für Soziales, Jugend und Versorgung* della Renania-Palatinato. L'11 febbraio 2019 l'autorizzazione viene revocata, e quindi cessano anche i contributi pubblici, con provvedimento amministrativo, motivato col fatto che la struttura verrebbe usata per fare propaganda estremista salafita. L'asilo impugna il provvedimento in sede amministrativa, invocando la libertà religiosa garantita dal GG: è ben chiara ed apertamente dichiarata la sua natura di struttura confessionalmente orientata, e lo Stato non ha titolo per qualificare gli insegnamenti impartiti come 'estremisti', dato che ciò implicherebbe una valutazione d'ordine teologico islamico che lo Stato non può fare. La VwG di Mainz, però, respinge il ricorso, perché la libertà religiosa non copre anche la trasmissione, con riconoscimento e contributi statali, di valori e principi contrari a quelli costituzionali.

### OLG Frankfurt a.Main, n. 8/UF/192/17, del 26 aprile 2019

<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/OLG-Frankfurt>

Nel 2006 una cittadina tedesca ed un cittadino libico, entrambi di religione islamica, dopo essersi sposati civilmente si sposano secondo il rito islamico dinanzi ad un imam, ed in tale occasione era stato firmato anche un contratto matrimoniale, come condizione per la validità del matrimonio islamico, in cui il marito prometteva come dono nuziale il pagamento d'un viaggio alla Mecca per il pellegrinaggio.

Nel 2017 i due divorziano, e la ex moglie chiede comunque il pagamento del dono all'epoca promesso, ma non ancora effettuato.

L'OLG di Francoforte respinge l'istanza, affermando che *in primis* i matrimoni in Germania non possono avere una validità condizionata da norme di diritto confessionale, *in secundis* che il fatto che si tratti d'una promessa

basata su un diritto confessionale nell'ambito d'un matrimonio religioso la rende non azionabile dinanzi ad un tribunale tedesco, giacché sarebbe stata necessaria la forma d'un atto notarile.

## STATI UNITI

### **US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, affaire Copper vs Superintendent of Sci-Greene, 7 aprile 2019.**

*<https://www.paed.uscourts.gov/>*

In un processo per omicidio, aver fatto uscire il pubblico ed aver fatto sedere una testimone in modo tale che non venisse vista in volto dalla giuria e dai giudici, dopo che una poliziotta si era assicurata della sua identità, per permetterle di testimoniare togliendosi il burqa ch'essa dichiarava d'indossare per motivi religiosi, non costituisce violazione del diritto costituzionale ad avere un processo pubblico: la legge prevede altri casi in cui un processo si possa tenere senza il pubblico presente, sia per tutta la sua durata, sia in alcune fasi specifiche (testimoni sotto copertura, agenti di polizia o dell'FBI infiltrati, testimonianze che possono avere ad oggetto segreti militari, di Stato, industriali, *etc.*), ed anche la tutela della libertà religiosa, benché non espressamente prevista, può senz'altro rientrare in questa categoria

## BRUNEI

### **Sharia Penal Code Order, 3 aprile 2019.**

*[http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LAWS/Gazette\\_PDF/2018/S068.pdf](http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LAWS/Gazette_PDF/2018/S068.pdf)*

A partire dal 3 aprile 2019 è entrato in vigore lo Sharia Penal Code Order (254 articoli, più alcuni allegati), che ha introdotto nell'ordinamento statale le sanzioni penali previste dalla Sharia per il furto, la rapina, l'adulterio, lo stupro, la sodomia, l'apostasia e l'uso di alcoolici, mentre *expressis verbis* è stata rinviata l'entrata in vigore del paragrafo 94 sulla gravidanza extramatri-moniale.

Dal I gennajo 2019 è parimenti entrato in vigore lo Sharia Courts Criminal Procedure Code Order, che ha maggiormente allineato alle disposizioni della Sharia la procedura penale dinanzi ai tribunali statali.

## Cattolicesimo

### GERMANIA

VwG Stuttgart, n. 4/k/2359/19, del 16 aprile 2019

*<http://vgstuttgart.de>*

Il ricorrente è un membro attivo della Fondazione Giordano Bruno, che vuol favorire una maggior separazione fra Chiesa e Stato, ed è stato in precedenza rappresentante regionale del gruppo.

Egli presenta istanza per il successivo Venerdì Santo, chiedendo una proiezione pubblica, con un momento introduttivo per il Venerdì Santo dal punto di vista umanistico-laico e per il successivo film, che è critico e satirico verso la religione.

Con decisione del 9 novembre 2018 la municipalità di Stoccarda gli comunicava di non voler concedere l'autorizzazione richiesta; i suoi ricorsi amministrativi interni al Consiglio comunale, del 26 marzo 2019, sono respinti, sicché egli si rivolge allora al Verwaltungsgericht, il 9 aprile 2019, che accoglie in parte il ricorso: la proiezione d'un film di questo tipo, che non ha la finalità esclusiva e principale di essere di propaganda anticristiana, ma è indubbiamente un film satirico al contempo opera d'arte, non è in contrasto con la libertà religiosa della parte cristiana della popolazione: dalla garanzia dei giorni di festa non emerge un obbligo statale a porre i giorni di festa cristiani sotto la protezione di una tranquillità e silenzio generali maggiori, o di porre a base dell'organizzazione del diritto d'un giorno di festa il particolare significato di una specifica confessione religiosa sulla base della propria dottrina.

In particolare, l'art. 4 commi 1 e 2 GG non protegge i fedeli dal fatto di venir informati con la pubblicità che altre persone in modo provocante stanno approcciando il carattere serio del Venerdì Santo.

La manifestazione prevista del ricorrente ricade tanto nella protezione costituzionale dell'art. 4 commi 1 e 2 GG della libertà religiosa come pure della libertà di manifestazione ex art. 8 comma 1 GG.

Gli organi statali possono esaminare e decidere se un comportamento, un atto sia sufficientemente motivato da contenuto spirituale o filosofico-esistenziale per rientrare nella protezione dell'art. 4 GG, cioè se abbia una evidente e oggettiva motivazione religiosa, o filosofico-esistenziale.

Il film "La vita di Brian" è, dice la Corte, un'importante opera satirica, che sulla base del suo significato a riferimento storico come esempio di parodia

mostra un punto di attrito fra la libertà d'opinione, la libertà artistica e la libertà religiosa.

Il film serve come catalizzatore per una discussione aperta e critica sulla Chiesa e sulla sua influenza sullo Stato, la sua proiezione proprio in un Venerdì Santo è parte di un concetto generale di critica politica come espressione della protesta contro i privilegi delle due grandi Chiese istituzionali in Germania.

Perciò in questo quadro la richiesta proiezione rientra nella categoria della formazione dell'opinione pubblica per cui la stessa legge prevede la possibilità di eccezioni, ed allora il diritto di manifestazione della propria opinione, ex art. 8 GG e la libertà della filosofia esistenziale del ricorrente si trovano a godere della stessa libertà ex art. 4 GG dei cittadini invece religiosamente sensibili.

La manifestazione in un concreto luogo porta, però, turbamento alla protezione normativa della tranquillità e del silenzio di riflessione; anche le modalità della manifestazione sono tali da causare disturbo ai diritti parimenti costituzionali delle persone religiosamente sensibili.

La manifestazione dovrebbe perciò tenersi in un luogo chiuso, con numero di partecipanti limitato, che inoltre sia ad una considerevole distanza dalle più vicine chiese.

# *Il Venerdì Santo ed i giorni ‘superfestivi’ nell’ordinamento costituzionale tedesco*

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

*SOMMARIO: 1. La giurisprudenza tedesca sui giorni superfestivi non va (mai) in vacanza – 2. La tutela costituzionale delle feste religiose è pre-concordataria, molto pre – 3. Domenica è sempre domenica*

## *1. La giurisprudenza tedesca sui giorni superfestivi non va (mai) in vacanza*

La sentenza del Verwaltungsgericht di Stoccarda riportata nella rubrica di questo numero di *Diritto e religioni* sulla giurisprudenza e legislazione internazionale (v. *infra*), in cui viene riaffermata la particolare tutela del Venerdì Santo, ripropone il tema della tutela normativa statale di festività religiose e del suo eventuale attrito con la laicità dello Stato; nel caso di specie, la fondazione laico-laicista ‘Giordano Bruno’ voleva organizzare una proiezione pubblica del film “Brian di Nazareth”, dei Monty Python, proprio in occasione d’un Venerdì Santo, ma l’amministrazione comunale di Stoccarda, *sua sponte*, pone dei limiti precisi, proprio per tutelare il particolare *status* di quella giornata, sulla base della normativa vigente, federale e del Baden-Württemberg, ed il VwG conferma la legittimità di questa decisione, respingendo il ricorso della ‘Giordano Bruno’: si tratta, in effetti, come mostreremo, d’un orientamento consolidato nella normativa costituzionale tedesca, che nasce in epoca largamente pre-concordataria<sup>1</sup>.

Prendendo in esame la giurisprudenza più recente, limitandoci per ragioni di spazio solo alle ultime sentenze più recenti, notiamo un orientamento costante e comune, a difesa del particolare *status* dei giorni festivi religiosi più, per così dire, caratterizzanti: sempre a Stoccarda, infatti, già nel 2005 il VG si era pronunciato in merito, stabilendo fosse inammissibile una violazione del particolare *status* del Venerdì Santo come giorno festivo di riflessione per

---

<sup>1</sup> Intendendo con quest’espressione non solo il Concordato col Reich, del 1933, ma anche quelli ad esso precedenti, ossia quelli con la Prussia, del 1929, la Baviera, del 1924, ed il Baden, del 1932.

ragioni economiche aziendali generali: un'eccezione è possibile, ma solo in casi veramente straordinari, che spetterà alla Municipalità, ed eventualmente ad un giudice, valutare e riconoscere come tali<sup>2</sup>.

Nel 1993, il Verwaltungsgerichtshof dell'Assia interviene in merito ad una sentenza dell'Oberverwaltungsgericht di Lüneburg, che aveva confermato il divieto amministrativo locale a tenere aperte le sale da gioco nel Venerdì Santo, nel giorno dell'Unità tedesca, nel Giorno della Memoria e nel Giorno del Pentimento e dell'Espiazione (festività protestante): viene contestato, in particolare, il fatto che, mentre l'anniversario della Riunificazione ed il Giorno della Memoria sarebbero ricorrenze 'laiche', e quindi riguardanti tutti, il Venerdì Santo ed il Giorno del Pentimento e dell'Espiazione sarebbero ricorrenze religiose, che dovrebbero essere vevoli per i soli fedeli cattolici e protestanti, e non per la generalità della popolazione del Land dell'Assia, come invece previsto dall'Hessisches Feiertagsgesetz del 29 dicembre 1971: questa tesi viene respinta, sulla base dell'argomento che tutte e quattro le festività "superprotette" riguardino l'intera popolazione, due sotto il profilo storico-politico, e le altre due sotto quello storico-culturale<sup>3</sup>.

Sempre la giurisprudenza amministrativa dell'Assia conferma e sottolinea l'importanza della tutela dello *status* del Venerdì Santo: il VG di Wiesbaden, nel 2012, autorizza una manifestazione pubblica, proprio nel giorno *de quo*, modificandone però parzialmente il programma, autorizzando cioè solo la riunione ed il corteo della *Grünen Jugend* contro il divieto di ballo previsto dalla legge, ma vietando, invece, il momento successivo, in cui era previsto che si sarebbe – sempre in segno di protesta – effettivamente ballato<sup>4</sup>; questa sentenza è però appellata dinanzi al Verwaltungsgerichtshof dell'Assia, che annulla la sentenza di primo grado e conferma il divieto totale e generale ch'era stato decretato dalla Municipalità, proprio per la ragione della necessaria tutela dello *status* particolare del Venerdì Santo tutelato dal GG<sup>5</sup>.

Il Verwaltungsgericht di Düsseldorf<sup>6</sup>, nella Nordreno-Vestfalia, nel 2005, è chiamato a giudicare il rifiuto comunale ad autorizzare una rappresentazione teatrale comica programmata per il Venerdì Santo: questo provvedimento viene impugnato, argomentando che non si trattasse in nessun modo d'una rappresentazione offensiva verso la Chiesa cattolica o la religione in generale; il VG non contesta questo punto, tuttavia conferma il divieto alla rappresen-

---

<sup>2</sup> VG Stuttgart, ordinanza n. 4/k/1010/05, del 22 marzo 2005.

<sup>3</sup> VGH Hessen, sentenza n. 8/ue/1465/92, del 29 novembre 1993.

<sup>4</sup> VG Wiesbaden, sentenza n. 2/LJ/414/12.WI, del 5 aprile 2012.

<sup>5</sup> VGH Hessen, sentenza n. 8/B/863/12, del 6 aprile 2012.

<sup>6</sup> VG Düsseldorf, sentenza 3/k/585/05, del 24 marzo 2005.

tazione non già perché essa fosse offensiva, bensì perché in ogni caso idonea a disturbare i Cristiani nei loro pensieri e nelle loro riflessioni sulla morte di Cristo, in conformità peraltro con il comma 6 sottocomma 3 del FeiertagsG della Nordreno – Vestfalia; l'autorizzazione allo spettacolo comico viene richiesta anche l'anno successivo, ricevendo identica risposta, che parimenti viene impugnata, ed allo stesso modo l'impugnazione viene respinta, per gli stessi motivi<sup>7</sup>.

Nel 2014 identica richiesta d'una pubblica proiezione del film dei Monty Python, presentata e frontalmente respinta dall'Amtsgericht di Bochum, sentenza appellata e confermata dall'Oberlandsgericht di Hamm, secondo il quale la normativa federale ed il Feiertagsgesetz della Nordreno-Vestfalia tutelano il diritto dei fedeli cristiani a poter vivere la Settimana Santa con particolare raccoglimento: quello proposto, inoltre, è un film che, senza forse essere antireligioso, è tuttavia fortemente ironico verso la narrazione evangelica della Settimana Santa, e quindi la sua proiezione pubblica non sarebbe un disturbo solo formale del particolare rispetto previsto dalla legge per il Venerdì Santo, ma decisamente sostanziale, quindi inammissibile<sup>8</sup>.

Nel 2010, il Verwaltungsgericht di Acquisgrana, nel medesimo Land, precisa, al riguardo, che l'art. 139 WRV protegge il Venerdì Santo come "giorno di riposo e riflessione spirituale", ciò che comprende chiaramente un elemento religioso, come confermato ex art. 25 comma 1 della Costituzione del Nordreno-Vestfalia, in base al quale la domenica e le festività riconosciute sono protette come giorni di culto e di elevazione spirituale, sicché vieta eventi di disturbo alla celebrazione del culto ed alla riflessione interiore: non viene violato il principio di neutralità, continua il VG, perché si parla di elevazione spirituale in generale e riferita alle singole persone, non all'attività liturgico-culturale d'una specifica Chiesa: proprio per la sua serietà, infatti, il Venerdì Santo rientra fra le c.d. "vacanze serie", o "vacanze silenziose", ed è all'uopo tutelata anche in molti altri Länder, sicché è perfettamente lecito che provvedimenti locali vietino, durante il Venerdì Santo, manifestazioni ed iniziative pur rispondenti ad altri valori costituzionalmente tutelati, e che in altri giorni sarebbero senz'altro ammissibili<sup>9</sup>.

La recentissima sentenza del VG di Hannover, del 16 aprile 2019, evidenzia come anche secondo la normativa della Bassa Sassonia la *ratio* di questa protezione non sia tanto difendere il sentimento religioso da manifestazioni o

---

<sup>7</sup> VG Düsseldorf, sentenza 3/k/4249/05, del 14 febbraio 2006.

<sup>8</sup> OLG Hamm, sentenza n. 2/RBS/59/16, del 27 maggio 2016.

<sup>9</sup> VG Aachen, sentenza n. 6/1/129/10, del 1 aprile 2010.

eventi critici, che non arrivando al vilipendio, ex § 166 StGB, negli altri giorni dell'anno sarebbero permessi, bensì proteggere il sentimento religioso *in se ipso*: il VG di Hannover, infatti, conferma un divieto per una manifestazione prevista proprio per il Venerdì Santo, giorno in cui, ex art. 6 comma 1 del NFeiertagsG, sono vietati tutti gli eventi pubblici che non servano alla riflessione e meditazione spirituale, o non presentino un superiore interesse per l'arte, la scienza, l'arricchimento culturale della popolazione, e non tengano conto della particolare rilevanza spirituale della giornata: il VG ricorda che la Corte costituzionale federale, infatti (v. infra), ha riconosciuto che il particolare status del Venerdì Santo come giorno festivo sia costituzionalmente legittimo; il divieto di eventi pubblici che non tengano conto della serietà religiosa della giornata, ma che a parte questo siano perfettamente legittimi ed in un altro giorno tranquillamente svolgibili, costituisce sì in un certo senso una limitazione della libertà individuale generale, ex art. 2 comma 1 GG, della libertà lavorativa, ex art. 12 GG, e della libertà artistica, art. 5 GG, ed anche della libertà di riunione, ex art. 8 comma 1 GG, ma tutte queste limitazioni sono costituzionalmente legittime perché basate sull'art. 139 WRV in combinato disposto con l'art. 140 GG, che conferisce al legislatore il potere non solo di stabilire i giorni festivi riconosciuti per legge, ma anche di determinarne lo scopo di giorni costituzionalmente previsti per il riposo interiore e la riflessione spirituale: si tratta, qui, della necessità d'un bilanciamento di differenti diritti e principî costituzionali tutti, in quanto tali, meritevoli di tutela, ed in questo caso è legittimo riconoscere al Venerdì Santo una supertutela a 360°, quindi non solo contro le manifestazioni offensive, ma generale, dato che si tratta d'una situazione limitata nel tempo, che tra l'altro non costituisce violazione della neutralità dello Stato, dato che è un giorno tutelato per permettere la riflessione spirituale, ma essa non è obbligatoria, ne possono usufruire anche gli atei e chi credesse in una religione senza il Venerdì Santo, e parimenti non è prescritta la partecipazione ad atti di culto di nessun tipo, né funzioni religiose *stricto sensu*, né processioni *aut similia*<sup>10</sup>.

L'OLG di Bamberg, in Baviera, il 23 gennaio 2014, punisce l'avvenuto svolgimento, durante un Venerdì Santo, d'uno spettacolo musicale tenutosi in una birreria, che non si era, quindi, svolto in pubblico: nonostante ciò, la condanna è egualmente netta, perché la BayFeiertagsG protegge i "giorni silenziosi" da tutti gli eventi che possano in qualunque modo distrarre dalla riflessione spirituale, non solo da quelli che potrebbero – pur nell'ambito dei diritti costituzionalmente garantiti della libertà d'espressione, artistica e di ri-

---

<sup>10</sup> VG Hannover, sentenza n. 10/b/1919/2019, del 16 aprile 2019.

unione – sviluppare attrito con gli aspetti religiosi del Venerdì Santo<sup>11</sup>.

Nel 2010, l'Oberverwaltungsgericht della Turingia interviene su una situazione analoga, ossia un divieto ad una manifestazione pubblica *in se ipsa* perfettamente lecita, ma che, svolgendosi durante il Venerdì Santo, avrebbe turbato la particolare protezione alla riflessione spirituale prevista ex art. 6 comma 1 n. 3 del ThürFeiertagsG: qui s'era già espresso in primo grado, parimenti confermando il divieto, il VwG di Weimar, e contro questa sentenza è stato proposto questo ricorso in appello, la cui sentenza però avvalorava la decisione impugnata: la riflessione spirituale protetta dalla legge prende sì spunto da una ricorrenza religiosa cristiana, ma non è applicabile solo ai Cristiani, giacché è un'occasione di elevazione spirituale di cui possono avvalersi tutti, a qualunque religione appartengano, o non appartengano, sicché non si può parlare d'una disposizione che violi né il principio d'eguaglianza, giacché, appunto, ne possono beneficiare tutti, né quello di neutralità religiosa, dato che non è imposta, e neppure raccomandata o suggerita, la partecipazione a funzioni religiose o atti di culto quali che siano<sup>12</sup>.

Nel 2012 la problematica si è presentata anche in Assia: proprio nella piazza antistante la chiesa di Gießen si voleva organizzare una manifestazione di protesta contro il divieto di ballare e comunque di poter svolgere in pubblico attività ricreative dal Giovedì Santo a Pasqua, ex artt. 8 comma 1 n. 3 e 10 del HFeiertagsgesetz; questa manifestazione viene vietata, il divieto impugnato, invocando la violazione della libertà religiosa negativa e del principio di neutralità statale; il VG di Gießen, però, respinge queste affermazioni, dicendo che la neutralità religiosa non è violata, perché la legge non fa riferimento a nessun atto di culto, ma si limita a prendere atto che del fatto che, secondo le statistiche dell'Ufficio statale dell'Assia, oltre i due terzi della popolazione appartengono alla Chiesa protestante od a quella cattolica, quindi il particolare *status* di protezione offerto alla Settimana Santa non è assolutamente da vedersi come *endorsement* a favore d'una, o più, specifiche religioni, ma solo una doverosa attenzione e riconoscimento al sentimento popolare frutto del retaggio storico-culturale del Land; non è violata la libertà religiosa del ricorrente, poi, perché in nessun momento gli è vietato di esprimere la propria opinione, anche in massimo grado critica, verso il divieto contenuto nella norma, egli è parimenti liberissimo di esprimere la propria opinione anche in materia religiosa, come pure non è assolutamente obbligato, durante i 'giorni silenziosi' previsti dalla legge ad utilizzare il tempo per riflessioni spirituali, sicché la

---

<sup>11</sup> OLG Bamberg, sentenza n. 2/ss/owi/995/13, del 23 gennaio 2014.

<sup>12</sup> OVG Thüringen, sentenza n. 3/EO/732/10, del 1 aprile 2010.

sua libertà religiosa non è coartata in nessun modo: gli è vietato organizzare manifestazioni pubbliche ricreative, questo è vero, e tuttavia egli non appartiene ad una confessione che consideri come obbligo religioso provvedere ad organizzare simili manifestazioni, sicché nemmeno sotto questo punto di vista è violata la sua libertà religiosa negativa<sup>13</sup>.

La legittimità costituzionale dello speciale *status* protettivo di cui godono i giorni festivi religiosi è stata *expressis verbis* riconosciuta anche da due sentenze del Bundesverfassungsgericht: la prima, nel 2009<sup>14</sup>, relativa alla legge di Berlino sull'apertura dei negozi di domenica ed in altre festività religiose, stabilì che la possibilità di libero esercizio della religione, ex art. 4 commi 1 e 2 GG, ed art. 140 GG, in combinato disposto con l'art. 139 WRV, riconosce anche il diritto di avere tempo per la riflessione ed il raccoglimento spirituale; il GG riconosce la protezione delle domeniche e delle altre feste religiose secondo la tradizione cristiana, e l'art. 140 GG in combinato disposto con l'art. 139 WRV protegge l'intera giornata festiva per la meditazione religiosa, non protegge solo il tempo minimo necessario per partecipare ad una celebrazione o ad un atto di culto; secondo la giurisprudenza del BVerfG, poi, l'art. 139 WRV, in combinato disposto con l'art. 140 GG, non ha solo un significato religioso-cristiano secondo la sua genesi, ma la sua protezione garantisce una base essenziale per le possibilità dell'uomo di elevazione spirituale, seguendo qualsiasi religione od anche nessuna, e di convivenza sociale, sicché la garanzia costituzionale di alcuni giorni non solo di riposo, ma anche di riflessione spirituale interiore, si sostanzia in un elemento di base, costituzionalmente ancorato, della coesistenza sociale e dell'ordine statale; questa protezione dell'art. 139 WRV, in combinato disposto con l'art. 140 GG, per i giorni festivi anche religiosi nasce da un'origine religiosa, ha le proprie radici nel sabato ebraico, ma oggi ha anche il compito di fornire protezione contro una predominante economizzazione dell'uomo, che ha bisogno e diritto a giorni per la riflessione spirituale proprio perché non è una macchina, non è un robot, e proprio questa tutela dei giorni *expressis verbis* preposti alla tutela della sua elevazione spirituale, riconosciuti a tutti, in spirito di perfetta eguaglianza, costituisce una garanzia contro un suo sfruttamento economico-lavorativo che ne disumanizzi il lavoro e lo ponga in condizioni di schiavitù, cioè di persona umana sì, ma senza diritti; ciò è ripreso – continua la sentenza del BVerfG – dalle principali comunità religiose cristiane, dal Catechismo della Chiesa cattolica, nn. 2172 e 2184, e dal Catechismo evangelico per gli adulti, pp. 424

---

<sup>13</sup> VG Gießen, sentenza n. 4/K/987/12.GI, del 25 ottobre 2012.

<sup>14</sup> BVerfG, sentenza n. 1/BvR/2857/07, del 1 dicembre 2009.

ss.; la tutela di giorni di riposo che non siano preordinati al puro riposo fisico, ma che siano istituzionalmente orientati alla riflessione interiore, poi, risponde anche al principio dello Stato sociale; questa garanzia non solo promuove e protegge l'esercizio della libertà religiosa, ma, proprio perché non è un provvedimento con finalità religiose, risponde anche alle esigenze di rigenerazione psicologica, art. 2 comma 2 GG, e la presenza di giorni di riposo uguali per tutti serve anche proteggere il matrimonio e la famiglia, art. 6 comma 1 GG: l'importanza sociale della domenica e delle altre festività religiose, e quindi del riposo in generale in campo secolare, deriva *in primis* dal sincronismo della vita sociale: mentre l'orario di lavoro e le norme di sicurezza sul posto di lavoro hanno un effetto protettivo sul singolo individuo lavoratore, l'armonia temporale del riposo accompagnato dalla possibilità (non dall'obbligo, per questo non c'è violazione della libertà religiosa negativa) dell'elevazione spirituale sono elementi fondamentali per la salvaguardia delle varie forme di vita sociale; questi giorni per la riflessione spirituale, che può anche essere laica, e la loro valenza sincrona per tutti hanno anche una grande importanza per il funzionamento dei partiti politici, per i quali è importante continuare ad avere la possibilità di tenere riunioni, o corsi di formazione, sicché la tutela dei giorni festivi anche religiosi ha un notevole significato per modellare la partecipazione alla vita quotidiana di una democrazia vissuta: ciò si vede anche nel fatto che, ex art. 16 comma 2 del Bundeswahlgesetz, il giorno delle elezioni dev'essere una domenica o un altro giorno festivo.

Direttamente ed espressamente dedicata al particolare *status* del Venerdì Santo è, invece, la sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 ottobre 2016<sup>15</sup>, relativa alla Federazione di Associazioni del libero pensiero, che dal 1947 è un ente pubblico riconosciuto, e che si fa portavoce degli interessi e dei diritti degli atei sulla base dell'Illuminismo e dell'Umanesimo secolare; essa ha organizzato per il Venerdì Santo del 2007 la manifestazione pubblica: "*Monaco di Baviera zona libera dalla religione 2007*", con la proiezione nel pomeriggio di due film fortemente critici verso la religione in generale, ed uno molto critico verso la Chiesa cattolica, nonché in serata una "festa pagana di divertimento con la rock band 'Santo, Santo, Santo'". La Municipalità di Monaco di Baviera la vieta, il divieto viene impugnato dinanzi al Governo dell'Alta Baviera, dinanzi al Tribunale amministrativo di Monaco, dinanzi a quello della Baviera ed infine dinanzi a quello federale, che respingono tutti il ricorso e confermano il divieto; la questione giunge così dinanzi alla Corte costituzionale federale, che, pur riconoscendo la necessità che l'art. 5 del BayFe-

---

<sup>15</sup> BVerfG, sentenza n. 1/BvR/458/10, del 27 ottobre 2016.

iertagsG venga riformato, prevedendo la possibilità di eccezioni al divieto di manifestazioni d'intrattenimento nel Venerdì Santo, conferma la legittimità costituzionale del particolare *status* di cui questa giornata è rivestita secondo la normativa bavarese; il riconoscimento di questo giorno come festività generale, nonostante abbia un'origine religiosa, è costituzionalmente legittimo, ex art. 140 GG in combinato disposto con l'art. 139 WRV, perché risponde a vari obiettivi, anche secolari: *in primis*, il Governo del Land ha il potere discrezionale di scegliere i giorni festivi, che per avere un pieno significato sociale e favorire la vita comunitaria devono essere in sincrono: la società secolarizzata persegue obiettivi laici di riposo personale, svago e diversione, ma i giorni di festività religiosa possono essere usati anche per riflessioni spirituali, che non discriminano e non violano la libertà religiosa di nessuno, perché offrono una possibilità aperta ai credenti di tutte le religioni, come pure agli stessi atei; quest'opportunità rientra nella garanzia dei diritti fondamentali che servono allo sviluppo della personalità di tutti, non solo dei cittadini religiosi, sicché il fatto che siano giorni festivi originariamente religiosi, come del resto è anche la stessa domenica, non costituisce violazione della libertà religiosa, dato che non v'è nessun obbligo di partecipare ad alcun tipo d'atto di culto; l'art. 139 WRV, in combinato disposto con l'art. 140 GG, riconosce al legislatore il diritto e la libertà di scegliere e stabilire i giorni festivi, sicché il fatto che sia stato scelto il Venerdì Santo, invece d'un'altra data, non costituisce violazione della libertà religiosa negativa di nessuno per due ragioni: *in primis*, la scelta d'una festività religiosa come festività anche statale non è vietata dal GG, dato che la Germania non ha una *laïcité* costituzionalizzata come la Francia<sup>16</sup>, bensì una *Neutralität* che non è antireligiosa<sup>17</sup>; *in secundis*, poi, quand'anche nella scelta del Venerdì Santo vi fosse un particolare afflato religioso a monte, esso non si trasmette a valle, non essendo accompagnato dall'obbligo, né dal suggerimento, di partecipare ad alcun tipo d'atto di culto; pertanto, continua la Corte, il principio e diritto costituzionale ai giorni di riposo lavorativo può assumere fenotipi concreti in giorni che siano contemporaneamente festivi anche per qualche confessione religiosa, dato ch'essi offrono sì un intervallo

---

<sup>16</sup> MARIA D'ARIENZO, *La «religione della laicità» nella Costituzione francese*, in PAOLO BECCHI – VINCENZO PACILLO, *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013, pp. 139 ss

<sup>17</sup> STEFAN MÜCKL, *Säkularer Staat und Religion. Zum staatskirchenrechtlichen Prinzip der Säkularität*, in GERHARD ROBBERS, *Gelebte Wissenschaft. Geburtstagssymposium für Alexander Hollerbach zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, pp. 35 ss.; STEFANO TESTA BAPPENEHIM, *'Veluti si Deus Daretur': Dio nell'ordinamento costituzionale tedesco*, in JUAN IGNACIO ARRIETA (a cura di), *Ius divinum*, Marcianum, Venezia, 2010, pp. 253 ss.; FABIO FEDE – STEFANO TESTA BAPPENEHIM, *Dalla laïcité di Parigi alla Neutralität di Berlino passando per Roma*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*.

temporale per la riflessione interiore, per la meditazione religiosa, ma non lo impongono, e, conseguentemente, le persone interessate dal giorno festivo non sono minimamente tenute ad avere atteggiamenti religiosamente caratterizzati<sup>18</sup>.

## 2. La tutela costituzionale delle feste religiose è preconcordataria, molto pre

Già nella Costituzione di Weimar, del 1919, abbiamo un primo tentativo di regolare a livello costituzionale le relazioni fra Stato e Chiesa: ciò si ha negli articoli 135-141, la cui sezione è proprio intitolata “Religione e comunità religiose”; qui le relazioni fra Stato e Chiesa sono disciplinate anche a livello di giorni festivi, con l’art. 139 che dice: “La domenica e le festività riconosciute permangono, protetti per legge, come giorni di riposo lavorativo e di elevazione spirituale”<sup>19</sup>.

E’ una norma importante, perché con essa le domeniche ed i giorni di festa per la prima volta ricevono una protezione costituzionale, con la quale il riconoscimento statale dei giorni di festa non è più frutto di una richiesta particolare, come *ad ex.* da parte di una Chiesa, ma diventa un elemento dell’ordinamento generale dello Stato; nell’art. 139, inoltre, notiamo pure che, accanto all’elemento materiale del ‘riposo lavorativo’ è riconosciuto anche quello ideale dell’elevazione spirituale, di cui lo Stato non può occuparsi, ma che tuttavia riconosce come valore costituzionale, introducendo una garanzia al massimo livello e demandando ai singoli cittadini la sua attuazione pratica; questa disposizione, in ogni caso, tradisce il proprio *milieu* di partenza: è una disposizione costituzionale di uno Stato caratterizzato in senso cristiano, ed i giorni festivi religiosi sono fenotipo d’un’identità culturale della Costituzione<sup>20</sup>.

Questo riconoscimento, poi, dell’elevazione spirituale sottolinea la dimensione anche religiosa di questa disposizione costituzionale, che si coordina perfettamente con la neutralità religiosa e filosofica dello Stato, che non impone una religione specifica, e neppure obbliga i fedeli a partecipare ad atti di culto delle rispettive confessioni religiose, ma si limita ad offrire una cornice,

---

<sup>18</sup> V. KATHARINA WESTPHAL, *Die Garantie der Sonn- und Feiertage als Grundlage subjektiver Rechte?*, Winter, Tübingen, 2003, pp. 49 ss.

<sup>19</sup> BORIS BULLMANN, *Sonn- und Feiertagsschutz in Deutschland – Ein Überblick*, in *KurR*, 2008, pp. 249 ss.

<sup>20</sup> PETER HÄBERLE, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 79 ss.

uno spazio esterno di tranquillità, e tutti quelli che disturberanno questa possibilità d'elevazione spirituale dei singoli verranno sanzionati<sup>21</sup>.

Queste disposizioni della WRV sono riprese anche dalla prima Costituzione della DDR, del 1949, che regolava le relazioni fra Stato e Chiese e comunità religiose in cinque articoli, dal 41 al 48, ma la tutela dei giorni festivi era collocata in un'altra parte, ossia all'art. 16, che, parlando dei diritti dei lavoratori, riconosceva la protezione costituzionale alle domeniche, ai giorni festivi ed al I maggio, rinviando, come peraltro già la WRV, la definizione concreta dei giorni festivi a disposizioni normative od amministrative successive; notiamo, però, che queste tutele costituzionali scompajono nelle successive riforme costituzionali della DDR: nel testo del 6 aprile 1968, infatti, la domenica ed i giorni festivi non saranno più citati, e similmente non lo saranno nella successiva Costituzione del 7 ottobre 1974, segnando, sotto questo profilo, un'involuzione rispetto alle tutele assicurate già nella WRV, del 1919; dopo il trattato di riunificazione del 31 agosto 1990, comunque, la Costituzione della DDR non è più vigente, giacché anche i nuovi Länder hanno adottato la GG<sup>22</sup>.

In essa, dunque, troviamo l'art. 140 che, in merito alle relazioni fra Chiesa e Stato, richiama gli articoli 137, 138, 139 e 141 della WRV, il che ha portato una garanzia costituzionale al principio dei giorni festivi, ma non ad un loro elenco preciso, dal momento che il GG distingue, come peraltro già faceva la Costituzione di Weimar, una competenza legislativa sui giorni festivi, ed una amministrativa: per la prima, vale per tutti (Bund e singoli Länder) la garanzia costituzionale che abbiamo appena visto, alla luce dell'art. 31 GG, per il quale il diritto federale prevale su quello dei Länder<sup>23</sup>.

Poche erano le Costituzioni dei Länder dell'inizio del XIX secolo, quindi sempre in epoca largamente preconcordataria<sup>24</sup>, con espresse disposizioni relative ai rapporti fra Stato e Chiese: Baden (art. 18), Baviera (artt. 17-18), Città Libera di Danzica (artt. 96-100), Meclemburgo-Schwerin (artt. 16-17), Meclemburgo-Strelitz (art. 58), Oldenburg (artt. 15-21), e, fra queste, v'erano espresse garanzie costituzionali per le domeniche e i giorni festivi, e sulla loro rilevanza: l'elevazione spirituale nella Costituzione di Danzica (15-17 novembre 1920 e 14 giugno 1922), ex art. 100, ed in quelle del Meclemburgo-Schwe-

---

<sup>21</sup> ANDREAS MATTNER, *Sonn- und Feiertagsrecht*, Heymann, Köln, 1993, pp. 92 ss.

<sup>22</sup> ANDREAS GRUBE, *Der Sonntag und die kirchlichen Feiertage zwischen Gefährdung und Bewährung, Aspekte der feiertagsrechtlichen Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert*, Lang, Frankfurt a. Main, 2003, pp. 189 ss.

<sup>23</sup> FRANK STOLLMANN, *Der Sonn- und Feiertagsschutz nach dem Grundgesetz*, Boorberg, Stuttgart, 2004, pp. 51 ss.

<sup>24</sup> JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, *Passato e presente dei concordati*, in *IE*, 2000, pp. 613 ss.

rin (17 maggio 1920), art. 17 comma 8; nelle Costituzioni del biennio 1946-47, fra i Länder che poi sarebbero diventati la DDR aveva garanzie costituzionali per l'elevazione spirituale favorita dalla domenica e dagli altri giorni festivi solo quella della Turingia, del 20 dicembre 1946 (art. 73 comma 3).

Ben altra prospettiva, invece, si apre analizzando le Costituzioni dei Länder occidentali: quella del Baden-Württemberg, dell'11 novembre 1953, all'art. 3 comma 1 parla espressamente della protezione costituzionale per l'elevazione spirituale dei giorni festivi, ed anche per la necessità di tutelare e tramandare le radici storico-culturali cristiane; quella della Baviera, del 2 dicembre 1946, all'art. 147, protegge le domeniche ed i giorni festivi come strumenti per il riposo e l'elevazione spirituale; quella dell'Assia, dell'11 dicembre 1946, ex art. 53 lega la garanzia costituzionale delle domeniche e degli altri giorni festivi riconosciuti per legge al fatto ch'essi permettano un'elevazione spirituale dei cittadini; quella della Nordreno-Vestfalia, del 28 giugno 1950, è più confessionalmente ricca, inquadrando, ex art. 15 comma 1, domeniche e giorni di festa come giorni per non solo l'elevazione spirituale, ma anche l'adorazione di Dio (non precisando quale); leggermente differente quelle della Renania-Palatinato, del 18 maggio 1947, ex art. 57 comma 1, e quella della Saar, del 15 dicembre 1947, ex art. 41, che pongono in correlazione domeniche e giorni festivi all'elevazione spirituale ed alle pratiche di devozione religiosa; più stringate, infine, alcune Costituzioni rinviano alle disposizioni della WRV sulle relazioni fra Stato e Chiesa (Sassonia, 27 maggio 1992, art. 109 comma 4; Sassonia-Anhalt, del 16 luglio 1992, art. 32 comma 5; Turingia, del 25 ottobre 1993, art. 40).

Ne deriva, dunque, che la sistematica collocazione della protezione costituzionale di domeniche e giorni festivi è molto differente nelle varie Costituzioni: in alcune fra i diritti dei lavoratori, in altre nelle relazioni fra Stato e Chiese, in altre fra i diritti economici: ciò che dimostra la duplice dimensione della garanzia costituzionale posta a loro protezione: riposo lavorativo, ma anche elevazione spirituale<sup>25</sup>.

### 3. *Domenica è sempre domenica*

Il GG, ex art. 140, in combinato disposto con l'art. 139 WRV, dispone la protezione delle domeniche e dei giorni festivi riconosciuti dallo Stato, che, ex artt. 70 comma 1, 73, 74 e 75 GG, vengono stabiliti dai Länder<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> HANS MICHAEL HEINIG – MARTIN MORLOK, *Der vertragliche Sonn- und Feiertagsschutz als subjektives Recht der Kirchen*, in *KuR*, 2001, pp. 13 ss.

<sup>26</sup> Amburgo, l. 16 ottobre 1953, <http://www.landesrecht-hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod>.

L'esortazione di Cristo "fate questo in memoria di Me"<sup>27</sup> e le riunioni di primi Cristiani che avvenivano di regola nel giorno del Signore, ossia la domenica, stanno all'origine d'un ambito giuridico che durante gli ultimi 2000 anni ha avuto notevoli sviluppi nel diritto del lavoro ed in quello ecclesiastico; la domenica e gli altri giorni festivi sono stati presi in considerazione dagli Stati moderni come giorni per il riposo e la distensione, lo Stato sociale li ha riconosciuti come giorni in cui gli uomini possano distaccarsi dal lavoro quotidiano e dalle preoccupazioni della professione, sono giorni che lo Stato riconosce come importanti per la rigenerazione non solo della mera forza-lavoro, ma anche dell'intero uomo-lavoratore, ciò che passa anche per il suo ambito interiore e spirituale<sup>28</sup>.

La domenica ed i giorni festivi sono anche giorni della comunità, essi han-

---

*psml?showdoccase=1&doc.id=jlr-FeiertGHArahmen&doc.part=X&doc.origin=bs&st=lr ; Assia, l. 29 dicembre 1971, [http://www.rv.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht\\_rv.html?doc.hl=1&doc.id=jlr-FeiertGHE1952rahmen:juris-lr00&documentnumber=1&numberofresults=21&showdoccase=1&doc.part=X&paramfromHL=true#lawid:169523,1](http://www.rv.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_rv.html?doc.hl=1&doc.id=jlr-FeiertGHE1952rahmen:juris-lr00&documentnumber=1&numberofresults=21&showdoccase=1&doc.part=X&paramfromHL=true#lawid:169523,1); Baden-Württemberg, l. 8 maggio 1995, <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=FeiertG+BW&psml=bsbawuep rod.psml&max=true&aiz=true>; Bassa Sassonia, l. 7 marzo 1995, <http://www.nds-voris.de/jportal/?quelle=jlink&query=FeiertG+ND&psml=bsvorisprod.psml&max=true&aiz=true>; Baviera, l. 21 maggio 1980, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayFTG>true>; Berlino, l. 28 ottobre 1954, [http://gesetze.berlin.de/jportal/portal/t/16pu/page/bsbeprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=8&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-FeiertGBErahmen&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://gesetze.berlin.de/jportal/portal/t/16pu/page/bsbeprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=8&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-FeiertGBErahmen&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint); Brema, l. 22 novembre 1954, [https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?sid=bremen2014\\_tp.c.118553.de&asl=bremen203\\_ipgesetz.c.55340.de&template=20\\_gp\\_ifg\\_meta\\_detail\\_d](https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?sid=bremen2014_tp.c.118553.de&asl=bremen203_ipgesetz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d); Brandeburgo, l. 21 marzo 1991, [https://bravors.brandenburg.de/gesetz/ftg\\_2015](https://bravors.brandenburg.de/gesetz/ftg_2015); Meclemburgo-Pomerania, l. 18 giugno 1992, <http://www.landesrecht-mv.de/jportal/portal/page/bsmvprod.psml?showdoccase=1&doc.id=jlr-FTGMVrahmen&doc.part=X&doc.origin=bs&st=lr>; Nordreno-Vestfalia, l. 23 aprile 1989, [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_bes\\_text?anw\\_nr=2&gld\\_nr=1&ugl\\_nr=113&bes\\_id=3367&menu=1&sg=0&aufgehoben=N&keyword=feiertag](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=1&ugl_nr=113&bes_id=3367&menu=1&sg=0&aufgehoben=N&keyword=feiertag); Renania-Palatinato, l. 15 luglio 1970, [http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/107h/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=15&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-FeiertGRPrahmen:juris-lr00&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#fo](http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/107h/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=15&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-FeiertGRPrahmen:juris-lr00&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#fo); Saar, l. 18 febbraio 1976, [http://sl.juris.de/cgi-bin/landesrecht.py?d=http://sl.juris.de/sl/gesamt/FeiertG\\_SL\\_1976.htm](http://sl.juris.de/cgi-bin/landesrecht.py?d=http://sl.juris.de/sl/gesamt/FeiertG_SL_1976.htm); Sassonia, l. 10 novembre 1992, <http://www.datumsrechner.de/gesetz/Sachsen.pdf>; Sassonia-Anhalt, l. 25 agosto 2004, <http://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de/jportal/?quelle=jlink&query=FeiertG+ST&psml=bssahprod.psml&max=true>; Schleswig-Holstein, l. 28 giugno 2004, <http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/1lwv/page/bsshprod.psml?doc.hl=1&doc.id=jlr-FeiertGSH2004rahmen:juris-lr00&documentnumber=1&numberofresults=12&showdoccase=1&doc.part=X&paramfromHL=true>; Turingia, l. 21 dicembre 1994, <http://landesrecht.thueringen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=jlr-FeiertGTHV2P7&psml=bsthueprod.psml&max=true>*

<sup>27</sup> Lc. XXII, 19, v. JUAN IGNACIO ARRIETA, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *IE*, 2000, pp. 343 ss.; FAUSTINO DE GREGORIO, *L'homo viator tra dovere etico e precettistica divina*, in *RIFD*, 2016, pp. 637 ss.; PIERO BELLINI, *Repubblica sub Deo. Il primato del Sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanista*, Le Monnier, Firenze, 1981.

<sup>28</sup> REINHARD RICHARDI, *Der Sonn- und Feiertagsschutz im Arbeitsleben*, in AA.VV., *Der Schutz der Sonn- und Feiertage*, Aschendorff, Münster, 1990, pp. 117 ss.

no una garanzia normativa, che in Germania arriva a livello costituzionale, perché servono a mantenere e rinsaldare i legami comunitari che compongono il tessuto sociale alla base dello Stato, ed hanno quindi un'importante rilevanza sociale<sup>29</sup>.

La domenica ed i giorni festivi sono oggi anche, benché inizialmente fossero soprattutto, quando non esclusivamente, giorni del Signore, cioè giorni che possono essere dedicati, come dicono numerosissime disposizioni normative che abbiamo visto, all'elevazione spirituale: i giorni festivi cristiani e la domenica *in primis* invitano sempre tutti a venerare Dio, offrendo questa possibilità a tutti senza imporla a nessuno<sup>30</sup>.

Questa tutela trova fenotipi di particolare garanzia in Germania, che non ha la *laïcité de combat* francese<sup>31</sup>, e parimenti è senza una Chiesa di Stato: ciò che l'ordinamento tedesco tutela, a tutti i livelli, dalla Legge Fondamentale federale alle leggi dei singoli Länder, è, infatti, il fattore sociale religioso, mostrando una particolare sensibilità, che abbiamo rilevato altre volte: memore e consapevole del proprio retaggio storico-culturale cristiano, nella declinazione cattolica ed in quella protestante, il legislatore tedesco, a partire da Weimar, ha previsto una particolare tutela, uno *status* di rispetto rafforzato per i c.d. "giorni silenziosi", come dimostra la giurisprudenza al riguardo, la quale, pur presa in esame limitatamente alle sentenze più importanti degli ultimi anni, per ragioni di *concinnitas*, si è rivelata copiosissima, ciò che dimostra come si tratti d'una tematica che, lungi dall'essere consegnata in qualche sgabuzzino della storia, è tuttora viva e lotta insieme a noi<sup>32</sup>.

La rinuncia ai giorni festivi d'origine religiosa costituirebbe, secondo la dottrina, una rinuncia agli elementi identitario-culturali caratterizzanti, mentre le garanzie normative che li proteggono appartengono ad un ambito spesso trascurato delle norme costituzionali, che si trovano invece al centro dell'identità culturale di ciascuno Stato ed in cui si rispecchia anche una parte della

---

<sup>29</sup> ARMIN PAHLKE, *Sonn- und Feiertagsschutz als Verfassungsgut*, *ivi*, pp. 53 ss.

<sup>30</sup> V. GEORG GÄNSWEIN, voce 'Sonntag', in AA.VV., *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, Paderborn, Schöningh, 2000.

<sup>31</sup> V. MARIA D'ARIENZO, *La laicità francese: «aperta», «positiva» o «im-positiva»?* , in *Diritto e Religioni*, 2011, pp. 354 ss.; ÉMILE POULAT, *Notre laïcité publique*, Berg, Paris, 2003, pp. 108 ss.; FRANÇOIS DELAFAYE, *Laïcité de combat – laïcité de droit*, Hachette, Paris, 1997, pp. 39 ss.; DAVID KESSLER, *Laïcité: du combat au droit*, in *Le débat*, n. 77, 1993, pp. 95 ss.; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *L'antica idea di separazione*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 975 ss.; PAOLO CAVANA, *Laicità, politica e religioni in Francia*, in *Iustitia*, 1998, IV, pp. 365 ss.; PATRICK VALDRINI, *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Ephemerides*, 2015, pp. 39 ss.

<sup>32</sup> KARL-HERMANN KÄSTNER, *Der Sonntag und die kirchlichen Feiertage*, in AA.VV., *Handbuch des Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 337 ss.

sua autocomprensione; si tratterebbe, perciò, dei segni identitari caratteristici di uno Stato, il contenuto simbolico dei giorni festivi è chiaramente una 'offerta', una 'proposta' per cittadini e gruppi religiosi: esso può venir suggerito, non imposto<sup>33</sup>.

La sola cosa che il legislatore statale può disporre in merito alle domeniche ed ai giorni festivi è l'osservanza ed il rispetto della pausa lavorativa e della tranquillità dello spazio pubblico, massime in riferimento alla possibilità non solo di svolgere attività di culto, ma anche solo di avviare riflessioni spirituali.

Ciò è oggi assicurato, in Germania, e proprio perché la tutela di questi giorni festivi d'origine religiosa non è una protezione particolare offerta ad una Chiesa specifica, bensì una tutela del fattore sociale religioso a 360°, quindi comprendente anche l'ateismo, l'attuale secolarizzazione non sembra poter portare alla cancellazione d'un giorno festivo con radici religiose per il solo fatto che abbia radici religiose, con l'argomentazione che la situazione sociale oggi sia cambiata e gli uomini d'oggi non desiderino più l'elevazione spirituale: una tale cancellazione, sulla base della giurisprudenza anche costituzionale che abbiamo esaminato sarebbe, secondo la gran parte della dottrina, contraria alla neutralità religiosa costituzionalmente garantita, e quindi incostituzionale<sup>34</sup>.

La dottrina ritiene che però lo Stato debba essere pronto a ritirare la protezione statale ad un giorno festivo che non avesse più legami col sentimento popolare, fosse cioè diventato un vuoto formalismo: anche se nella garanzia costituzionale dei giorni festivi sono rilevantissimi la tradizione cristiana ed altri valori culturali, tuttavia l'elenco dei giorni festivi non dovrebbe fossilizzarsi in una difesa dello *status-quo*: la garanzia costituzionale copre il principio che vi siano festività religiose riconosciute come giorni festivi anche dallo Stato, non copre un elenco di giorni festivi stabilito una volta per tutte ed immutabile nei secoli.

Non è compito dello Stato, infatti, influenzare in qualsiasi modo i cittadini affinché i giorni festivi religiosi riconosciuti dallo Stato vengano utilizzati effettivamente anche per l'elevazione spirituale e la riflessione interiore, nel senso cioè propriamente religioso della festività; ciò sarebbe incostituzionale, perché costituirebbe una chiara violazione del principio costituzionale di neutralità dello Stato in materia religiosa e filosofica.

Anche se i fedeli delle varie Chiese da un lato hanno cambiato la loro concezione della partecipazione ad atti di culto e funzioni religiose di domenica e

---

<sup>33</sup> HUBERT SCHIEPEK, *Der Sonntag und kirchliche gebotene Feiertage*, Lang, Frankfurt a.Main, 2003, pp. 381 ss.

<sup>34</sup> AXEL VON CAMPENHAUSEN, *Sonn- und Feiertagsschutz*, in *ZEVR*, 2011, pp. 225 ss.

nelle altre festività, e dall'altro hanno posto in essere una gestione del tempo libero andata a discapito d'una più assidua partecipazione religiosa, lo Stato per ragioni costituzionali non può comunque in nessun caso ritenersi autorizzato a porre in dubbio la protezione dei giorni festivi religiosi, che non sono protetti in quanto religiosi, ma in quanto fenotipo di radici storico-culturali precise<sup>35</sup>.

Fino a quando una festività religiosa sia sentita come tale dal sentimento popolare, e sia viva nel cuore della Nazione e dei cittadini, allora una sua abrogazione come festa anche civile non è nemmeno pensabile, ed anzi bisogna sottolineare un altro aspetto: poiché i giorni festivi si basano sui principi fondamentali di una cultura costituzionale, ogni legislatore ed anche ogni cittadino dev'essere consapevole del fatto che ogni cancellazione d'un giorno festivo con radici storiche religiose sarebbe al contempo la cancellazione di un elemento caratterizzante l'identità culturale di quello Stato, ossia di quella società, ossia di quel popolo, trattandosi della cancellazione d'un bene culturale immateriale; ma, del resto, un bene culturale immateriale di un popolo, ed in questo quadro vanno visti i giorni festivi con radici cristiane in una società cristianamente caratterizzata sotto il profilo storico-culturale e sociale, conferma le teorie durkheimiane "che partono dall'ipotesi che in ogni società esista una funzione religiosa"<sup>36</sup>.

Se la domenica ha dato alla bimillenaria storia della Chiesa il suo ritmo, allora la domenica e le altre festività religiose hanno dato il proprio ritmo alla vita sociale, economica ed ecclesiastica nei Paesi con radici storico-culturali cristiane, e forse i giorni festivi con origine religiosa sono giorni irrinunciabili non solo per le Chiese cattolica e protestanti<sup>37</sup>, ma anche per una società con radici storico-culturali cristiane, plasmata da 2000 anni di Cristianesimo<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> FRANCESCO PAOLO CASAVOLA – PIERLUIGI CONSORTI, *Laicità e radici cristiane dell'Europa*, in PIERLUIGI CONSORTI – PIETRO SCOPPOLA, *Fede religiosa e fede laica in dialogo*, Guerini, Milano, 2007, pp. 117 ss.

<sup>36</sup> MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Studium*, 1986, n. 3, pp. 393 ss.

<sup>37</sup> MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione nel diritto delle religioni del Libro*, IANUA, Roma, 2002, *passim*.

<sup>38</sup> PIERLUIGI CONSORTI, *Le Chiese e l'unificazione europea*, in *AS*, 2000, pp. 403 ss.; ANTON ZIEGENAUS, *Kirchliche Feiertage in einem religiös neutralen Staat. Die anthropologische Bedeutung des Festes*, in AA.VV., *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. FS Listl*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 129 ss.; STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Cenni sulla costituzionalizzazione delle radici cristiane in Germania*, in *IE*, 2006, pp. 755 ss

RIASSUNTO

*La normativa tedesca conosce non solo i giorni festivi 'generali', ma anche quelli 'religiosi' e quelli 'religiosi a doppia protezione', i c.d. 'giorni silenziosi', per i quali l'ordinamento garantisce una tutela particolarmente ampia e rigorosa, senza che ciò violi il principio costituzionale di neutralità, come conferma una copiosissima giurisprudenza al riguardo (anche costituzionale).*

PAROLE CHIAVE

*Germania, neutralità, laicità, festività religiose*

ABSTRACT

*The German legislation knows not only the "general" holidays, but also the "religious" and "religious double protection" days, the c.d. "Silent days", for which the legal system guarantees a particularly rigorous protection, without violating the Constitutional principle of Neutrality, as confirmed by a very copious jurisprudence in this regard (even constitutional).*

KEYWORDS

*Germany, neutrality, secularism, religious holidays*

## Sikh

### GERMANIA

#### Bundesverwaltungsgericht, sentenza n. 3/c/24/17, del 4 luglio 2019

<https://www.bverwg.de/>

Un sikh chiede l'esenzione dall'obbligo d'indossare il casco per guidare la motocicletta: la normativa vigente prevede un'esenzione possibile solo per motivi di salute, egli l'aveva chiesta per tutelare la sua libertà religiosa, e in subordine la sua salute spirituale; respinta l'istanza nei gradi di giudizio precedenti, egli ricorre al BVerwG, che però parimenti gli dà torto: la tutela della libertà religiosa individuale non porta automaticamente sempre ad una sua prevalenza sulle normative vigenti, che da un lato hanno un radicamento sociale e storico, poiché una disposizione di legge è il precipitato d'un bisogno sociale sufficientemente rilevante o sufficientemente diffuso perché lo Stato se ne faccia carico, regolandolo con una norma *ad hoc*; dall'altro lato, poi, hanno una portata generale, in quanto si rivolgono a tutti e sono perciò pensate per proteggere e tutelare i diritti di tutti, sicché sarà quindi l'eccezione a doversi adattare ed adeguare, anche quella che fosse basata sulla libertà religiosa, come senz'altro è il caso del sikh qui richiedente, perché la libertà religiosa individuale non è un diritto supercostituzionale; nel caso di specie, la libertà religiosa individuale non subisce un'insopportabile limitazione, dato che il sikh potrebbe senza grossi problemi rinunciare ad andare in motocicletta, dice la sentenza, dal momento che quest'ultima attività non è un obbligo religioso.

## Simboli religiosi

### GERMANIA

#### Bayerischer Verfassungsgerichtshof, del 14 marzo 2019

<https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/>

La legge bavarese sui giudici e sui pubblici ministeri, del 22 marzo 2018, vieta loro d'indossare simboli o capi d'abbigliamento visibili di natura religiosa o filosofico-esistenziale (art. 11, comma 2), i quali possano far sorgere dubbi sulla loro indipendenza, neutralità o subordinazione esclusivamente al diritto ed alle leggi del Land ed a quelle del Bund.

Contro questa legge presenta ricorso popolare per incostituzionalità un'associazione islamica, sostenendo che la legge violerebbe sia il principio costituzionale di libertà religiosa, sia quello di eguaglianza: viola il primo perché escluderebbe le donne islamiche dal poter essere giudici o PM, oppure le obbligherebbe a togliersi il velo durante le udienze, violando così la loro libertà religiosa; viola il secondo perché restano perfettamente autorizzati i crocifissi nelle aule di giustizia, e quindi la legge favorirebbe determinati gruppi religiosi.

La Corte Costituzionale bavarese respinge il ricorso, perché il diritto fondamentale di giudici e PM alla libera manifestazione della propria fede religiosa è qui in contrasto con la libertà religiosa negativa delle parti del processo: di per sé non c'è nessun diritto ad essere risparmiati dalla vista di simboli religiosi d'una fede differente dalla propria, ma la situazione cambia per chi si trova ad essere parte di un processo in cui i rappresentanti statali palesano la propria appartenenza religiosa; ciò perché lo Stato deve assicurare e garantire l'indipendenza e la neutralità di giudici e PM, nonché la loro subordinazione esclusivamente al diritto ed alle leggi del Land ed a quelle del Bund, e non anche a leggi o precetti confessionali: la presenza di simboli o di capi d'abbigliamento religiosi indossati ad un giudice o ad un PM potrebbe far sorgere il dubbio che questi interpreti od applichi le leggi non solo secondo i principî costituzionali, bensì secondo i propri principî religiosi.

Per questa ragione, inoltre, la Corte costituzionale sottolinea sia ben altra fattispecie la presenza nei tribunali e nelle aule di giustizia dei crocifissi: essi, infatti, *in primis* non sono espressione di una fede religiosa, non sono simboli religiosi, perché sia il Bund che il Land della Baviera hanno l'espressa previsione costituzionale dell'assenza di una Chiesa di Stato (art. 140 GG in combinato disposto con l'art. 137 WRV; art. 142 comma 1 BayVerf), e quindi se non c'è una religione di Stato, ne consegue che non ci possono essere sim-

boli che esprimano una religione di Stato, giacché, si tratta, infatti, di simboli di valenza storica e socio-culturale legata ai due Preamboli (del GG e della BayVerf); *in secundis*, poi, questi crocifissi sono attaccati ai muri, e non sono loro ad agire nei processi ed a giudicare come invece fanno giudici e PM, quindi essendo simboli passivi e muti non possono interferire con i processi.

## STATI UNITI

### **US Supreme Court, affaire American Legion vs American Humanist Association, n. 17/1717, del 20 giugno 2019.**

*<https://www.supremecourt.gov/>*

Su una rotatoria di proprietà pubblica, nella città di Bladensburg (Maryland), si trova una croce latina di circa 12 metri d'altezza, costruita nel 1925 dall'associazione di veterani American Legion come monumento ai 49 Caduti locali nella Iª guerra mondiale, i cui nomi sono ricordati in una targa di bronzo posta ai piedi della croce, che fu inaugurata con una cerimonia ecumenica officiata da un sacerdote cattolico ed un pastore battista.

Nel 1961 l'area intorno al monumento fu acquistata dalla Maryland National Capital Park and Planning Commission, ma l'Associazione di veterani conservò il diritto di poter tenere al monumento cerimonie commemorative dei Caduti, sicché la relativa manutenzione ha continuato ad essere effettuata con fondi pubblici; nel 2012 l'American Humanist Association, *et alii*, eccepiscono che la presenza della croce in un luogo pubblico, e la sua manutenzione con fondi pubblici, violerebbero l'*Establishment Clause*: in primo grado, la Corte distrettuale respinge l'istanza, negando la violazione del Primo Emendamento alla luce della *Lemon vs Kurtzman* e della *Van Orden vs Perry*, mentre la Corte d'Appello del Quarto Circuito accoglie l'istanza; questo verdetto, però, viene a sua volta appellato dinanzi alla Corte Suprema, la quale risponde con una sentenza di 87 pagine, approvata con 7 voti a favore e 2 contrari, con *concurring opinions* e *concurring in judgement* dei Justices Breyer, Kagan, Roberts, Breyer, Kavanaugh e Thomas, ed una *dissenting opinion* delle Justices Ginsberg e Sotomayor.

Secondo la sentenza, dunque, *in primis* nel valutare il significato di un monumento il cui fenotipo sia un simbolo religioso, bisogna risalire all'intenzione originaria dei costruttori, come affermato nella *Salazar vs Buono*, e nel 1918 i sottoscrittori della Contea di Prince George non volevano promuovere il messaggio cristiano, ma solo avere un monumento per i loro Caduti in guerra.

*In secundis*, poi, un simbolo ha una pluralità di significati, come affermato

nella Van Orden e nella McCreary, ed anche se un simbolo avesse avuto originariamente un significato esclusivamente o prevalentemente religioso, questo sbiadisce col passare del tempo, diventando sempre più secondario ed irrilevante rispetto al via via più pregnante significato storico di comune retaggio culturale.

Un simbolo, *in tertiis*, può anche conservare il proprio significato originario, acquisendone però parallelamente un secondo, che conquistando una diffusione maggiore giunge a prevalere, senza cancellare il significato originario, come nell'ipotesi precedente, ma mettendolo in secondo piano: è il caso della Statua della Libertà, che nacque come simbolo della solidarietà ed amicizia fra Francia e Stati Uniti, ma che è diventato in seguito un simbolo dell'accoglienza degli oppressi e della terra della libertà, come pure, più attinente all'oggetto della controversia, dimostra il recente tragico incendio della cattedrale di Notre-Dame, che nasce come simbolo religioso, e lo è tuttora, essendo regolarmente officiata, ma che ha anche acquisito il significato di simbolo nazionale, che unisce credenti e non credenti, tant'è vero che nonostante la Francia difenda molto energicamente la secolarità dello spazio pubblico, Notre-Dame ha commosso i cuori di tutti i Francesi e di tutto il mondo, perché accanto al suo significato indubbiamente religioso di luogo di culto aveva ed ha il significato di simbolo della storia, dell'arte, della Francia e dell'Europa, ed è indissolubilmente legata all'idea per antonomasia di Parigi e della Francia, giacché, come ha detto il Presidente Macron, "è la nostra storia, la nostra letteratura, la nostra immaginazione. Il luogo dove abbiamo celebrato la fine delle epidemie, delle guerre, la liberazione, essa è l'epicentro delle nostre vite".

Sappiamo pure che, analogamente, innumerevoli città degli Stati Uniti hanno nomi indiscutibilmente religiosi: se ciò costituisse automaticamente una violazione dell'Establishment Clause, allora esse dovrebbero essere cancellate dalle mappe, e che dire del motto ufficiale dell'Arizona, "Ditat Deus", adottato nel 1864, o della bandiera ufficiale del Maryland, che dal 1904 include due croci?

In quarto luogo, continua la sentenza, un Governo che volesse eliminare tutti i monumenti con significato originariamente religioso, e volesse così cancellare ogni riferimento al Divino, non attuerebbe il Primo Emendamento, ma, al contrario, avrebbe un atteggiamento aggressivamente ostile verso la religione, violando così l'*Establishment Clause*.

Il fattore tempo, che fa sbiadire il riferimento religioso, è ciò che può differenziare nettamente la valutazione d'un simbolo già installato, com'è il caso di questa croce del 1925, dal caso dell'installazione d'un nuovo simbolo, e nei monumenti ai Caduti della Iª Guerra mondiale, peraltro, la croce aveva un significato generale storico, e non aveva quello d'escludere i caduti di altre

religioni dal ricordo omnicomprensivo rappresentato dal monumento, *in primis* gli Ebrei americani, 3500 dei quali si arruolarono e morirono sui campi di battaglia della Iª Guerra mondiale: uno dei componenti del comitato sorto nel 1918 per la costruzione del monumento, peraltro, era proprio un veterano di guerra ebreo, che però non si sentì in alcun modo discriminato.

Per queste ragioni, dunque, la croce di Bladensburg non viola l'*Establishment Clause*, essa è un simbolo del sacrificio dei soldati locali morti nella Iª guerra mondiale, e il fatto che la croce nasca come simbolo cristiano e conservi, in determinati contesti, questo significato, non cambia il fatto ch'essa abbia anche un significato secolare; non solo, quindi, la croce di Bladensburg non nasce come simbolo religioso, ma anzi il passar del tempo fa scomparire il suo significato anche religioso per lasciare solo quello di simbolo storico, di ricordo e celebrazione per chi combatté e morì per difendere la democrazia e la libertà.

È anche assurdo accostare la croce di Bladensburg alle croci del Ku Klux Klan, *in primis* perché l'affiliazione al Klan era vietata a persone di colore, cattolici ed ebrei, mentre nella targa di bronzo ai piedi del monumento ai caduti sono ricordati, gli uni accanto agli altri, i caduti locali di colore, cattolici, ebrei e protestanti, ed anzi, in un periodo in cui non erano affatto abituali le cerimonie religiose ecumeniche, è rimarchevole il fatto che il monumento sia stato inaugurato congiuntamente da una benedizione di un sacerdote cattolico e da quella di un pastore battista.

Sicché, in sostanza, la croce è indubbiamente un simbolo anche religioso, ma non solo religioso, mentre invece voler abbattere un monumento esistente da quasi un secolo senza che mai nessuno se ne sia sentito disturbato od offeso, sarebbe un atto non neutrale sotto il profilo religioso e, quindi, questo sì nettamente in contrasto con l'*Establishment Clause*.

## **South Dakota, Senate Bill 55, del 29 marzo 2019.**

*<http://sdlegislature.gov/>*

La Governatrice del South Dakota, Kristi Noem, ha firmato e promulgato il Senate Bill 55: a partire dall'anno scolastico 2019/20, il motto nazionale degli Stati Uniti "In God we trust" dev'essere esposto in tutte le scuole pubbliche, di ogni ordine e grado. Esso dev'essere collocato in una posizione evidente; può avere la forma di una targa, di una placca, di un'opera realizzata dagli studenti stessi, o ogni altra forma appropriata, come deciso dal Preside. Dev'essere esposto in modo da essere facilmente leggibile e dev'essere grande almeno 20 pollici per 20 (50, 8 cm per 50, 8 cm).

## **Ebraismo**

### **STATI UNITI**

**Tax Court of New Jersey, Aish Hatorah New York vs Passaic City, del 10 luglio 2019.**

*<https://njcourts.gov/courts/tax.html>*

Affinché un ente ebraico possa essere considerato ‘ecclesiastico’, e quindi beneficiare delle esenzioni dalle tasse di proprietà per i suoi beni immobili, è necessario e sufficiente che questi vengano usati per “scopi religiosi” e “per il miglioramento morale e spirituale di uomini, donne e bambini”, a prescindere dal nome con cui l’ente sia stato registrato.

## Testimoni di Geova

### FEDERAZIONE RUSSA

Corte regionale di Oryol, n. 1-37/1, del 23 maggio 2019.

<http://oblsud.orl.sudrf.ru/>

La Corte regionale di Oryol giudica un appello contro la sentenza del 6 febbraio 2019 emessa dalla Zheleznodorozhny Corte distrettuale di Oryol, la quale aveva condannato un cittadino danese, Dennis Christensen, testimone di Geova, ex art. 282, comma 2, sottocomma 1 del codice penale.

Il 19 aprile 2017, la Corte Suprema della Federazione russa, con sentenza n. 17/238 [segnalata in *Diritto e religioni* n. 1/2017], aveva disciolto il Centro nazionale dei Testimoni di Geova e le 395 organizzazioni locali che ad esso facevano capo per violazione delle procedure per lo svolgimento di manifestazioni, dimostrazioni, processioni o picchetti e per lo svolgimento d'attività missionaria aggressiva, al contempo proibendone la ricostituzione; sentenza confermata dalla Commissione di Appello della Corte Suprema della Federazione Russa, il 17 luglio 2017.

Nonostante ciò, l'imputato aveva continuato le suddette attività di propaganda e proselitismo aggressivo, com'egli stesso ammette, invocando la libertà religiosa; la Corte regionale sottolinea che la Costituzione russa garantisce la massima libertà religiosa a tutte le confessioni, ma queste debbono agire nel rispetto della legge, e non violandola, come avvenuto in questo caso, sicché la sentenza di condanna viene confermata.

## Presentazione

La sezione di ‘Giurisprudenza e legislazione penale’ di questo numero della Rivista riporta diverse massime interessanti e si segnala, in primo luogo, la sentenza Sez. pen. I, sentenza 12 giugno 2019, n. 40418, in tema di associazione mafiosa e forza intimidatrice derivante dal fattore religioso. Ritiene la Suprema Corte che qualora venga contestato il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso nei confronti di soggetti che fanno parte di un gruppo religioso, la forza intimidatrice ai danni di altri membri della comunità non può ravvisarsi in quella proveniente dal vincolo associativo proprio di quest’ultima in rapporto a minacce di sanzioni tipicamente connesse a regole religiose liberamente conclamate ed accettate dai suddetti membri. Il principio viene affermato con riguardo ad associazione configurata come operante nella struttura dell’Istituto Culturale Islamico, allo scopo di imporre nell’ambito della comunità islamica milanese il controllo egemonico su tutti gli esercenti attività di macelleria con vendita di carne proveniente da animali macellati secondo i riti islamici; in particolare la Corte Suprema ha rilevato che la pressione psicologica che contraddistingue l’associazione di stampo mafioso non poteva coincidere con quella proveniente dal suddetto istituto con la minaccia di messa al bando degli infedeli.

Va ricordato che l’art. 416 bis c.p. definisce, al terzo comma, l’associazione di tipo mafioso nell’ipotesi in cui coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne derivano sia per commettere delitti sia per compiere una serie di attività (lecite o illecite) tassativamente indicate dalla norma.

La definizione normativa del metodo mafioso ruota, pertanto, attorno all’elemento della forza d’intimidazione del vincolo associativo; la capacità intimidatrice è la cifra identificativa del sodalizio, ne caratterizza l’attività e determina le situazioni di assoggettamento e omertà, strumentali al perseguimento dei fini dell’associazione.

Ciò che contraddistingue un sodalizio di tipo mafioso rispetto ad un’associazione per delinquere “pura” è, dunque, dal lato attivo, l’utilizzazione da parte degli associati della carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo; dal lato passivo, la condizione di assoggettamento e di omertà che ne derivano. In sintesi, i due termini si pongono in rapporto, rispettivamente, di causa ed effetto.

La fattispecie delineata dall’art. 416 bis c.p. è, in effetti, costruita attorno alla descrizione del metodo mafioso, che deve esserci, e come tale deve esse-

re percepito e vissuto: di questa consapevolezza non sembrano essere sempre perfettamente consapevoli le decisioni della giurisprudenza e le riflessioni della dottrina sul tema, oggi attente a darne una ragionata applicazione a nuove realtà criminologiche, delle “mafie straniere”, dell’espansione delle mafie “storiche” in aree di non tradizionale radicamento, nonché delle mafie autoctone.

Prendendo le mosse dalla forza d’intimidazione del vincolo, conviene anzitutto provare a chiarirne i contenuti: essa consiste nella “quantità di paura che una persona (fisica o giuridica) è in grado di suscitare nei terzi in considerazione della sua predisposizione ad esercitare sanzioni o rappresaglie [... in una] fama tale da porre i terzi in una condizione di assoggettamento e omertà”; ancora, nell’ “intrinseca idoneità di un aggregato umano di incutere paura nei terzi in ragione del già sperimentato esercizio della coazione”.

Tali definizioni legano la capacità intimidatrice alla storia dell’associazione: l’attitudine a incutere timore è una qualità ottenuta “sul campo”, in ragione dell’attività illecita esercitata da parte del sodalizio. Dietro un’associazione di tipo mafioso si colloca un “precedente sodalizio criminoso indifferenziato”; in tale prospettiva, non è cioè possibile che un nucleo criminale di “nuova” formazione presenti da subito i tratti della consorteria mafiosa: a tal fine, è necessario un periodo di “gavetta”, nel corso del quale far nascere e maturare – attraverso la commissione di atti di violenza o minaccia – la fama criminale necessaria per innescare la richiesta forza intimidatrice.

Ed è proprio una siffatta fama che consente alle associazioni mafiose di “incutere timore per la loro stessa esistenza” e giustifica la connotazione del sodalizio in termini di “attualità criminosa”. Ne deriva che, una volta acquisita tale attitudine, non occorre un ricorso costante e quotidiano ad atti d’intimidazione: a un certo punto, l’associazione mafiosa – divenuta effettivamente tale – può, per così dire, vivere di rendita, contando sulla percezione di timore ormai diffusa nella popolazione.

Queste considerazioni sono state espresse anche dal Primo presidente della Corte di Cassazione che, sollecitato a disporre un intervento delle Sezioni Unite per far luce in materia di applicabilità dell’art. 416 bis c.p. alle “mafie al nord”, non ha ravvisato un contrasto giurisprudenziale tale da potersi comporre solo attraverso un pronunciamento del massimo organo della nomofilachia, piuttosto prendendo atto che “il panorama giurisprudenziale complessivamente considerato sembra convergere nell’affermazione di principio secondo cui “l’integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti”.

In termini teorici, l'espresso principio di diritto si colloca nell'alveo di un robusto e condivisibile orientamento dottrinale che tende a configurare il delitto di associazione di tipo mafioso quale reato associativo "a struttura mista", ossia bisognoso per il suo perfezionamento di un *quid pluris* rispetto al solo dato organizzativo pluripersonale, elemento aggiuntivo identificato, appunto, nel concreto riscontro di un dispiegarsi effettivo della forza di intimidazione; con ciò segnando una marcata differenza dal modello di reato associativo "puro", suscettibile di perfezionarsi alla sola presenza di un'organizzazione diretta a commettere reati.

Nonostante questa autorevole presa di posizione, non mancano tuttavia voci dissonanti sia in dottrina che nella stessa giurisprudenza di legittimità che, anziché richiedere la prova circa l'esteriorizzazione del metodo mafioso da parte del gruppo, sono inclini a considerare sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 416 bis c.p., uno sfruttamento (anche solo) meramente potenziale della capacità intimidatrice del sodalizio.

La questione non è di poco conto, perché – come è noto – l'art. 7 e l'interpretazione che ne dà la Corte europea integrano i parametri di legittimità delle norme nazionali. Ecco allora che la conformità dell'art. 416-bis alla "tas-satività europea", così legata all'"*interprétation donnée par les tribunaux*" e alla prevedibilità degli esiti giudiziari, potrebbe essere oggetto di valutazione della Corte di Strasburgo, con tutte le possibili, delicate implicazioni che un giudizio di difformità potrebbe sviluppare sull'assetto e sull'applicazione del diritto interno.

Tutto ruota attorno, com'è noto, a quale valenza semantica si vuole attribuire alla locuzione "si avvalgono": se la si considera nel senso statico e meramente potenziale – gli associati possono anche intendere di avvalersi della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo –, ovvero nel senso dinamico indiziato dall'indicativo presente della formulazione letterale, dacché di tale forza occorre necessariamente servirsi per dare seguito al programma dell'associazione: presentandosi il sodalizio mafioso «non tanto come un'associazione per delinquere, ma addirittura come una associazione che delinque».

Volendo riassumere i termini del dibattito, è noto che, in ordine alla questione se sia sufficiente che l'associazione si ponga quale fine l'esercizio del metodo mafioso, ovvero se sia necessaria, per la punibilità, l'effettiva utilizzazione dello stesso, si contrappongono due diversi orientamenti in materia, il cui scarto è mitigato da un orientamento generalmente definito "intermedio".

Secondo la prima ricostruzione l'art. 416 bis c.p. configurerebbe un reato associativo puro: ciò in ossequio ad un'interpretazione tarata sull'intenzione storica del legislatore del 1982 che, avendo di mira le peculiarità del fenomeno mafioso, ha optato per una fattispecie "a tutela anticipata". In questa prospetti-

va, l'uso della capacità di incutere timore diviene, allora, carattere dell'associazione, per così dire, in action, modalità tipica della sua azione, come percepibile a livello sociale; non necessaria, tuttavia, per la sua esistenza.

Nell'ambito del medesimo indirizzo si iscrive anche chi sottolinea l'esigenza politico criminale di non frustrare le potenzialità applicative della fattispecie, che, soprattutto di fronte alle organizzazioni criminali più temute, risulterebbe non contestabile nei casi in cui il sodalizio non abbia la necessità in concreto – per il conseguimento, ad esempio, di un appalto – di ricorrere all'effettivo uso della forza; di talché sarebbe preferibile accontentarsi della mera intenzione di sfruttare le potenzialità intimidatorie dell'associazione. In breve, la tesi della capacità di intimidazione “potenziale” interpreta il verbo coniugato all'indicativo presente “si avvalgono” nel senso di “sono in condizione di avvalersi”.

La tesi sopra descritta è criticata da quanti ritengono che, in spregio al discrimen delineato dai giudici di legittimità a seconda del sotto-tipo criminologico individuato -ossia tra la “neoformazione associativa” insediata in area non tradizionale che però vanti una filiazione diretta con una “casa madre” di tipo mafioso ben radicata nel territorio d'origine, e la neoformazione che si ponga, invece, come formazione “autoctona”-, l'art. 416 bis tipizzi in ogni caso un'associazione a struttura mista in cui, ai fini della punibilità, si rende necessaria un'esteriorizzazione effettiva e concretamente tangibile del “metodo mafioso”, quale forma di condotta positiva richiesta dall'uso del termine “si avvalgono” di cui all'al secondo capoverso della disposizione.

Dunque, secondo tale condivisibile orientamento interpretativo, l'elemento che diversifica il delitto di associazione mafiosa dall'associazione per delinquere semplice va, appunto, individuato nel «metodo utilizzato, consistente nell'avvalersi della forza intimidatrice che promana dalla stessa esistenza dell'organizzazione, alla quale corrisponde un diffuso assoggettamento nell'ambiente sociale e dunque una situazione di generale omertà. L'associazione si assicura così la possibilità di commettere impunemente più delitti e di acquisire o conservare il controllo di attività economiche private o pubbliche, determinando una situazione di pericolo per l'ordine pubblico economico. La situazione di omertà deve ricollegarsi essenzialmente alla forza intimidatrice dell'associazione. Se essa è invece indotta da altri fattori, si avrà l'associazione per delinquere semplice». Il metodo mafioso costituisce, infatti, lo strumento attraverso cui il sodalizio persegue gli obiettivi illeciti indicati dalla norma, sicché nel disegno normativo lo stesso è sempre, né potrebbe essere altrimenti, un “segno di esteriorizzazione”.

Tale orientamento, più aderente alla lettera della legge e quindi maggiormente in sintonia con il principio di stretta legalità, considera necessario l'effettivo utilizzo della forza di intimidazione dell'associazione. L'uso dell'in-

dicativo da parte del legislatore non consentirebbe, infatti, di dare rilevanza a mere proiezioni programmatiche del sodalizio, come sarebbe stato invece possibile qualora si fosse usata la diversa locuzione “intendono valersi”. Quindi “la formulazione letterale non consente di prescindere dall’esistenza della forza intimidatrice e dalla sua utilizzazione”. Forza intimidatrice e condizioni di assoggettamento sarebbero, dunque, elementi oggettivi della fattispecie. In tal modo l’art. 416 bis c.p. si collocherebbe tra i reati associativi a struttura mista “per i quali la legge richiede non solo l’esistenza di un’associazione, ma anche la realizzazione o un inizio di realizzazione del programma criminoso”. L’associazione mafiosa, in questa prospettiva, si strutturerebbe più che come un’associazione per delinquere, come un’associazione che delinque, per la cui configurabilità è indispensabile il concreto esercizio da parte degli associati della forza di intimidazione; pur non richiedendo l’effettivo conseguimento del programma associativo, la fattispecie richiederebbe una manifestazione all’esterno di atti dimostrativi della forza intimidatrice.

Questa chiave di lettura – a tratti incompatibile con la teorizzazione di una mafia silente – è, d’altronde, l’unica che consenta di tradurre in un fatto empiricamente percepibile il c.d. metodo mafioso, elemento normativo-sociale che appare dotato di una forte carica di indeterminatezza, mantenendo la norma entro il solco dei principi di tassatività e materialità del fatto di reato.

Breve, la configurazione dell’associazione di tipo mafioso come reato associativo a struttura mista, spostando il baricentro dell’incriminazione sullo sfruttamento effettivo della forza intimidatrice scaturente dal vincolo, è da preferire, in quanto unica impostazione ermeneutica in grado di conciliarsi con i principi di stretta legalità, di tipicità, di offensività, di materialità e di proporzionalità della risposta sanzionatoria –giacché, esigendo un più impegnativo onere probatorio in ordine alla carica lesiva del sodalizio, esalta il maggior disvalore insito nella più rigorosa forbice edittale dell’art. 416 bis rispetto a quella prevista per l’associazione a delinquere “pura”-.

Questa impostazione trova conferma nella posizione della Consulta (Corte cost., sentenza n. 48 del 2015), secondo la quale “caratteristica essenziale è la specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall’altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso...”. Con questi assunti, la Corte Costituzionale valorizza il rapporto tra forza di intimidazione e condizione di assoggettamento e di omertà in termini di causa-effetto offensivo e consente una corretta valutazione dello stesso requisito della potenza intimidatrice propria del vincolo mafioso, riassumendone i caratteri identitari. Non la

minaccia di un pregiudizio in senso lato, né di un generico pregiudizio “fisico”. Piuttosto, quel potere di supremazia violenta, che sta nella violenza sanguinaria, “regolarmente” capace – nell’esperienza umana – di ridurre al governo del consorzio criminale l’ordine dei rapporti interni alla collettività (assoggettamento); sì da lasciar apparire vano ed inutile, e finanche svantaggioso, riferirsi all’inerme apparato protettivo dell’autorità statale (omertà).

A ben vedere, la tesi che enfatizza la mera capacità di intimidazione “potenziale” del sodalizio di tipo mafioso non può essere accolta neppure se si dovesse aderire a quella ricostruzione dell’art. 416 bis quale fattispecie di pericolo: come è stato efficacemente osservato, anche ad ammettere che l’attribuzione di tale natura sia esatta, ciò non spiegherebbe alcun effetto sugli elementi della fattispecie – quali la forza di intimidazione –, destinati necessariamente a trovare concreta e attuale manifestazione ai fini della sussistenza del reato. Una cosa è dire che la consumazione del reato può anche non implicare il danno all’interesse tutelato; altra è che possano anche non sussistere tutti gli elementi del reato.

In definitiva, se si vuole davvero rimanere fedeli – al di là di comode scorciatoie probatorie di tipo presuntivo – ai vincoli imposti dal ricorso al modello del reato associativo a struttura mista, sembrerebbe allora non residuare altra possibilità se non quella di recuperare, con limitato riferimento ai contesti ambientali tradizionalmente immuni dal controllo mafioso del territorio, l’impostazione ricostruttiva di chi, con più generale riferimento ai contesti territoriali di tradizionale radicamento, aveva ritenuto necessario il compimento di specifici atti di sfruttamento della forza di intimidazione. Nel preciso senso che, nei “contesti immuni”, il metodo mafioso assume una marcata caratterizzazione evolutiva o in fieri, come il condensato o la risultante finale di una pregressa serie di reiterati atti di intimidazione e violenza. Fermo restando che la verifica probatoria dell’intervenuto ‘distacco’ di una capacità intimidatrice autonoma, di difficilissima e incerta individuazione se proiettata su scala macrosociale, risulta comparativamente più agevole (e plausibile) se tarata su microcontesti socioeconomici (per esempio, il settore della movimentazione terra, quello della grande distribuzione, e così via).

E del resto, il pesante carico sanzionatorio connesso ad un’imputazione per 416 bis trova la sua giustificazione sostanziale, in linea con le pretese avanzate dal principio di materialità-offensività, solo nell’ottica di un effettivo riscontro degli estremi tipici dell’agire mafioso, senza cedimenti dettati da pur comprensibili obbiettivi politico-criminali.

Aderendo alla tesi dell’associazione a struttura mista, si riduce invero la possibilità di cadere in equivoci allorquando si parla del controverso concetto di “mafia silente”.

Muovendo dalla premessa che è sempre necessario, ai fini della configurabilità di un'associazione di tipo mafioso, che l'organizzazione abbia raggiunto una sufficiente "fama criminale", derivante da una pregressa attività di sopraffazione e di violenza con finalità, per l'appunto, intimidatoria, ne deriva che, allorquando abbia raggiunto l'obiettivo di aver sviluppato intorno a sé uno stato di assoggettamento e di omertà diffuso, attuale e persistente, ciò consente di prescindere dall'attualità di atti di intimidazione.

In altri termini, proprio di fronte alle organizzazioni criminali più temibili può operarsi una sorta di scissione tra attualità dello sfruttamento della forza intimidatrice ed attualità degli atti di intimidazione: di talché, lungi dall'obliterare il requisito strutturale dell'effettiva utilizzazione del metodo mafioso, intanto si può prescindere dal ricorso alla violenza (o alla minaccia) proprio perché si sfrutta la forza di intimidazione già conseguita dal sodalizio.

Dunque se per le mafie "tradizionali", storicamente localizzate su un determinato territorio, è consentito prescindere dall'attualità degli atti di intimidazione, alle condizioni poc'anzi sottolineate, viceversa in presenza di agglomerati delinquenziali autonomi che aspirino a divenire mafie "autoctone" è imprescindibile la verifica in concreto degli elementi costitutivi della fattispecie, ed in particolare dell'"avvalersi" – non in potenza, bensì in atto – della carica intimidatrice derivante dal vincolo associativo che determina in un dato contesto sociale condizioni di assoggettamento e di omertà.

Resta da fare un cenno all'orientamento c.d. intermedio che, pur confermando la natura di reato associativo a struttura mista del delitto di associazione mafiosa, ne individua i requisiti di tipicità nell'esistenza di una originaria «carica intimidatoria autonoma», iscritta per così dire nel genoma dell'associazione, e nella «corrispondente diffusa propensione al timore nei confronti del sodalizio»: un «assoggettamento primordiale» (o «generico») che costituirebbe il riflesso esterno dell'intimidazione diffusa che l'associazione di per sé sprigiona.

Secondo questo punto di vista, carica intimidatrice autonoma e diffusa propensione al timore costituirebbero due facce della stessa medaglia: condizioni "disgiuntamente necessarie" e "congiuntamente sufficienti" perché sia integrata la tipicità del metodo mafioso. Se questo schema teorico ha il merito di preservare il nesso di reciprocità tra capacità intimidatrice e diffusa propensione al timore, non può tuttavia esserne condivisa la tendenza a ritenere che la fama criminale goduta dal sodalizio nel contesto di riferimento si traduca ipso facto in assoggettamento ed omertà ambientale. Quest'opzione ricostruttiva, incline a valorizzare la fama criminale non come dato empiricamente dimostrato ma come mero fenomeno mediatico-sociologico, finisce infatti per prescindere dalla necessaria correlazione eziologica tra prassi mafiosa e as-

soggettamento, riproponendo le stesse controvertibili conclusioni cui perviene la tesi della capacità intimidatrice meramente potenziale.

Lungi dal polarizzarsi sul piano delle intenzioni (pur supportate da un apparato organizzativo che le renda serie) la fattispecie delineata dall'art. 416-bis è in realtà costruita, nella descrizione del metodo mafioso, come una rete di effettive derivazioni causali che, oltretutto, non si muovono solo sul piano degli accadimenti materiali, intesi come veri e propri fenomeni socio-economici, ma anche della psicologia sociale: la forza di intimidazione, oltre che esserci (pur in forme che possono escludere manifestazioni palesi e ripetute), deve essere compresa e vissuta dai suoi destinatari come produttiva di veri e propri "effetti psicologici che si producono all'esterno della realtà associativa di mafia e di camorra". Coloro che la subiscono ne vengono condizionati al punto di omettere non solo reazioni istituzionali (componendo, a grandi linee, l'area dell'omertà) ma anche di contrastare, esercitando diritti e prerogative, l'infiltrazione e la definitiva affermazione delle associazioni, che in tal modo finiscono col non trovare contrapposizioni.

Per quanto si possa – anzi, si debba – estendere il significato di "forza di intimidazione", nel senso di ritenere inessenziali manifestazioni attuali e tangibili di sopraffazione, ciò non può portare a escludere la necessità che popolazioni (o almeno categorie di soggetti) siano condizionate dall'incombere di un sodalizio di cui avvertono una presenza intimidatrice, la quale può derivare – come è noto – anche da una (pur latente) "fama criminale" del gruppo. È quindi corretto specificare, come sovente avviene, che la "forza di intimidazione" tende a presentarsi, quando sfrutta una reputazione criminale già acquisita, come una "capacità di intimidazione", ma deve essere chiaro che detta capacità si deve radicare nella diffusa consapevolezza di un rischio immanente di esibizioni di una forza già collaudata.

Volgendo lo sguardo ai più recenti approdi giurisprudenziali in materia di *metodo mafioso*, va ricordata la sentenza della Corte di Cassazione n. 24535 del 10.4.2015 e quella in pari data n. 24536, il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.) introdotto dalla legge 13.9.1982 n. 646 "è stato concepito – e soprattutto normativamente caratterizzato – in funzione di un'associazione di tipo mafioso a sottolineare che la mafia storica siciliana, era soltanto il tipo o l'archetipo di un reato chiaramente e decisamente applicabile ad ogni associazione delinquenziale che ne riproducesse le caratteristiche strutturali essenziali (Cass. 5.5.2010, n. 24803)". Il dato, del resto, continua la sentenza n. 24535/2015, "viene ribadito in modo quanto mai chiaro dal fondamentale comma 3 della disposizione, che proprio nel delineare le indefettibili caratteristiche strutturali che l'associazione deve possedere qualifica ancora l'associazione punibile ex art. 416 bis c.p. come di tipo mafioso.

*Infine l'art. 416 bis, ult. co., prevede che il reato valga anche nei confronti della camorra e delle altre associazioni comunque localmente denominate".* La stessa sentenza ha chiarito che la giurisprudenza della Cassazione ha "da tempo legittimato l'applicazione del reato in esame ad associazioni di tipo mafioso diverse da quelle storiche italiane, anche a matrice straniera (v. ad es. Sez. 6, n. 35914 del 30.5.2001) enunciando il principio secondo cui il modello di reato in esame è configurabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività, a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà (Sez. 6, 13.12.1995, Abo El Nga Mohamed)." In altra pronuncia (la n. 24535/15) la Cassazione richiamando il precedente del 12.6.1984 n. 713 ha chiarito che nello schema normativo previsto dall'art. 416-bis c.p. rientrano, oltre le grandi e tradizionali mafie, anche le nuove e piccole associazioni di mafia disancorate dalle mafie storiche radicate sul territorio le quali, anche se sono composte da poche persone e non hanno un esteso controllo sociale e territoriale, rientrano nell'espressione "di tipo mafioso" se si avvalgono di metodi mafiosi e quindi della forza di intimidazione e della condizione di assoggettamento e di omertà. In definitiva, secondo la Cassazione, l'associazione mafiosa è quella che, qualunque ne siano l'origine e la struttura, usa, o intende usare, la forza di intimidazione il cui timore suscita all'esterno un clima di assoggettamento e omertà come conseguenza di una "fama criminale" consolidatasi in forza di precedenti atti di violenza e sopraffazione. In una precedente sentenza (n. 44315 del 12.9.2013, Cicero) la Cassazione, nello spiegare lo stesso concetto che l'associazione mafiosa è tale se ha conseguito in concreto nell'ambiente nel quale essa opera una effettiva capacità di intimidazione, aveva affermato che la violenza e la minaccia, rivestendo natura strumentale nei confronti della forza intimidatrice, costituiscono un accessorio eventuale o, meglio, latente, della stessa, ben potendo derivare dalla semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo. La violenza e la minaccia, quindi, non costituiscono modalità con cui deve sempre manifestarsi all'esterno la condotta degli agenti, dal momento che le condizioni di assoggettamento e di sudditanza psicologica e gli atteggiamenti omertosi possono costituire, più che l'effetto di singoli atti di sopraffazione, la conseguenza del prestigio criminale dell'associazione, che, per la sua fama negativa e per la capacità di lanciare avvertimenti anche simbolici ed indiretti, si accredita come temibile ed effettivo centro di potere. Più recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno ribadito che la forza di intimidazione può esplicarsi in un limitato territorio o settore (sentenza n. 1586 Sezione II dep. 21.7.2017, Pau) e che non è necessario il controllo di una determinata area

territoriale ma sono sufficienti specifiche condizioni di omertà e non una omertà immanente e permanente (sentenza n. 2158 Sezione II dep. 8.11.2017, Bivol Pavel). Quest'ultima sentenza richiamando le due sentenze n. 24535/15 e 24536/15 ha escluso che il riflesso esterno della forza intimidatrice debba tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale, e ha affermato che ai fini della configurabilità del reato non è necessaria *“la presenza di un’omertà immanente e permanente, ma è sufficiente che la forza intimidatrice autonoma del sodalizio sia in grado di ingenerare specifiche condizioni di omertà”*. La Cassazione nella sentenza n. 24535/15 ha pure affermato che il termine intimidazione ricomprende ogni espressione di forza, anche quella volta a limitare le condizioni economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Questa interpretazione risponde al significato letterale del termine intimidire che rappresenta lo stato di chi, anche se non prova un vero e proprio sentimento di paura, è intimidito appunto perché è costretto a determinarsi in modo diverso rispetto a quello che avrebbe scelto nel proprio interesse, *“a desistere da un’azione, anche giusta”*. Nella sentenza Teardo n. 11204 del 10.6.1989, già era detto che *“l’attività intimidatrice può estrinsecarsi attraverso la minaccia dell’esclusione dalle gare di appalto se non ci si fosse adeguati alla pretesa”* sicché ai soggetti passivi del reato *“non era lasciata alcuna alternativa al preciso dilemma o pagare o essere esclusi dagli appalti con gravi conseguenze per la sopravvivenza delle loro imprese”*. Era altresì spiegato che *“fra le possibili ritorsioni che portano a una condizione di assoggettamento e alla necessità dell’omertà vi è anche quella che possa mettere a rischio la pratica possibilità di continuare a lavorare. A tale ultimo fine non è necessario che le conseguenze minacciate si verificino ma è sufficiente che esse ingenerino il ragionevole timore che induca al silenzio e all’omertà. Deve quindi ritenersi non necessaria ai fini della configurabilità dell’associazione mafiosa un’omertà immanente e permanente ma basta che la forza intimidatrice dell’associazione sia in grado di ingenerare specifiche condizioni di omertà”*. La più recente sentenza Sez. II n. 24851 del 4.4.2017, Garcea ha ribadito che *“laddove la carica intimidatrice sia – per scelta criminale – diretta al controllo di realtà economiche ben determinate (...) non è necessaria la prova che l’impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione”* e che *“la permeabilità del contesto sociale all’uso strumentale dell’intimidazione mafiosa è una variabile fortemente condizionata dal più o meno spiccato senso civico e dallo sviluppo di un adeguato livello di legalità che portano ad un inevitabile scollamento tra l’obiettiva espressione intimidatoria dell’associazione e l’effettiva penetrazione sociale, sicché il postulato di una necessaria incisione della realtà in termini macroscopici non appare*

*rispondente ai parametri di concreta offensività della fattispecie*". Anche la sentenza Sez. VI n. 57896 del 26.10.2017, Fasciani, in materia di mafie "non storiche" e "non tradizionali" ha affermato il principio che "la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale". Per quanto riguarda l'esteriorizzazione della forza di intimidazione senza condotte violente la Cassazione (Sezione VI n. 41722 del 13.6.2017, Vicidomini) interessandosi di un gruppo criminale derivato da un clan mafioso originario ha richiamato "l'indirizzo interpretativo maggioritario e più consolidato per il quale, ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen., occorre che l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva" e ha ribadito che "per integrare il delitto di associazione mafiosa è necessaria, oltre alla sussistenza del vincolo associativo, un'attività esterna obiettivamente riscontrabile e concretamente percepibile", affermando che la "capacità di intimidazione non presuppone necessariamente il ricorso alla violenza o alla minaccia da parte dell'associazione o dei singoli partecipi" "ben potendo quest'ultima esplicitarsi, tuttavia, anche con il compimento di atti che siano non violenti, ma espressione della esistenza attuale della fama criminale e della notorietà del vincolo associativo" (cd. prestigio criminale). La Corte di Cassazione ha ritenuto "ragionevole affermare, soprattutto per i gruppi criminali di nuova formazione" che "i comportamenti diretti a costruire la capacità d'intimidazione al sodalizio, a strutturare il prestigio criminale, a far "intendere e percepire" alla comunità la esistenza della forza intimidatrice" si collocano, "conforme a quanto si afferma anche in dottrina, in una fase antecedente (e, quindi, esterna) rispetto al momento in cui si configura l'associazione criminale mafiosa" da un lato ritenendo "necessaria ai fini della configurazione del reato la prova che il sodalizio, in quanto fluido o di nuova formazione, sia già titolare di una capacità di intimidazione attuale ed obiettivamente percepibile" e, dall'altro, precisando che, "fino al momento in cui non vi sia la prova dell'acquisizione di tale capacità, anche il compimento di singoli atti di violenza o minaccia si collocano all'esterno della fattispecie incriminatrice". Nella sentenza Barba (Cass. Sez. VI n. 50064 del 16.9.2015) è ribadito che "In tema di associazione per delinquere, il metodo mafioso deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione quale forma di condotta positiva, come si evince dall'uso del termine "avvalersi" contenuto nell'art. 416 bis cod. pen.

*ed esso può avere le più diverse manifestazioni, purché l'intimidazione si traduca in atti specifici, riferibili a uno o più soggetti”* e nella sentenza Paletta (Cass. Sez. VI n. 34874 del 15.7.2015) è pure ribadito che *“Ai fini della consumazione del reato di cui all’art. 416 bis cod. pen., è necessario che l’associazione abbia conseguito, in concreto, nell’ambiente nel quale essa opera, e sia pure limitatamente ad un determinato settore, un’effettiva capacità di intimidazione”*. Anche le recenti sentenze PG in proc. Pesce (Sez. I n. 55359 del 17.6.2016), Milite (Sez. VI n. 27094 dell’1.3.2017) e Cataldo (Sez. II n. 24850 del 28.3.2017) pronunciandosi, rispettivamente, la prima a proposito di una diramazione associativa costituita fuori dal territorio di origine e le altre due a proposito di associazioni di tipo mafioso di nuova formazione, hanno affermato che è imprescindibile la verifica in concreto della manifestazione all’esterno del metodo mafioso, di una reale capacità di intimidazione, effettivamente e obiettivamente riscontrabile, presupposto costitutivo della fattispecie.

Va pure rilevato che il Primo Presidente della Corte di Cassazione, chiamato a pronunciarsi sulla necessità di rimettere la questione dell’estrinsecazione del metodo intimidatorio all’attenzione delle Sezioni Unite, in data 28.04.2015 ha evidenziato l’assenza di un contrasto poiché nelle sentenze ritenute esplicative del contrasto in realtà poteva desumersi il seguente principio condiviso: *“l’integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti* (così, tra le altre Sez. 1 nr. 25242 del 16.05.2011, Rv. 250704)”. Secondo il Primo Presidente il delitto di cui all’art. 416 bis c.p. ha natura di reato di pericolo, ma comunque la forza di assoggettamento del gruppo deve essere, pur nella sua potenzialità, percepita all’esterno.

E su questa scia la Corte di Cassazione con le sentenze nr. 1483/2015 e 1484/2015 (ric. Nesci e Albanese), depositate in data 6.8.2015, ha affermato che *“in mancanza della prova di specifici atti di intimidazione e di violenza, la forza intimidatrice può essere desunta sia da circostanze obiettive, atte a dimostrare la capacità dell’associazione di incutere timore, sia dalla generale percezione che la collettività abbia della efficienza del gruppo criminale che, per la sua fama negativa e per la capacità di lanciare avvertimenti, anche simbolici ed indiretti, si sia accreditata come un centro di potere malavitoso temibile ed effettivo”*. Quanto alla condizione di assoggettamento e omertà che è necessaria per completare la configurabilità dell’associazione di stampo mafioso, la Cassazione con la menzionata sentenza n. 24535/15, richiamando la giurisprudenza consolidata, ha ritenuto che per la sua sussistenza: *“non*

*è affatto necessaria una generalizzata e sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né una situazione di così generale terrore da impedire qualsiasi atto di ribellione e qualsiasi reazione morale alla condizione di succubanza, ma basta che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sia sufficientemente diffuso, anche se non generale; e che tale atteggiamento sia dovuto alla paura non tanto di danni all'integrità della propria persona, ma anche solo alla attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti; e pure che sussista la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria – denunciando il singolo che compie l'attività intimidatoria – non impedirà che si abbiano ritorsioni dannose per la ramificazione dell'associazione, la sua efficienza, la sussistenza di altri soggetti non identificabili e forniti di un potere sufficiente per danneggiare chi ha osato contrapporsi".* La Cassazione nella stessa sentenza n. 24535/15 ha quindi formulato il seguente principio di diritto: *"Ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento ed omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti. Ferma restando una riserva di violenza nel patrimonio associativo, tale forza intimidatrice può venire acquisita con la creazione di una struttura organizzativa che, in virtù di contiguità politiche ed elettorali, con l'uso di prevaricazioni e con una sistematica attività corruttiva, esercita condizionamenti diffusi nell'assegnazione di appalti, nel rilascio di concessioni, nel controllo di settori di attività di enti pubblici o di aziende parimenti pubbliche, tanto da determinare un sostanziale annullamento della concorrenza o di nuove iniziative da parte di chi non aderisca o non sia contiguo al sodalizio"*.

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. I, 26 giugno 2019, n. 45957, che, in una dimensione antitetica al principio costituzionale di offensività, ritiene che costituisce un'associazione a delinquere finalizzata all'incitamento ed alla violenza per motivi razziali, etnici e religiosi, anche una struttura che utilizzava la gestione di un blog per tenere i contatti tra gli aderenti, fare proselitismo, anche mediante diffusione di documenti e testi inneggianti al razzismo, programmare azioni dimostrative o violente, raccogliere elargizioni economiche a favore del forum, censire episodi o persone.

Particolarmente interessante è poi Sez. pen. III, sentenza 30 aprile 2019, n. 27652, secondo la quale l'art. 3 c.p. sancisce il principio dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla. La rilevanza della disciplina e le ragioni di carattere generale su cui si fonda escludono che possa esservi apportata qualsiasi deroga non espressamente prevista dal diritto pubblico

interno o dal diritto internazionale e implicano che le tradizioni religiose di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possano essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale. Il principio assume particolare valore morale e sociale allorché la tutela penale riguardi materie di rilevanza costituzionale, come la famiglia, che la legge fondamentale dello Stato riconosce quale società naturale, ordinata sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 cost.), uguaglianza che costituisce pertanto un valore garantito, in quanto inserito in un ordinamento incentrato sulla dignità della persona umana e sul rispetto e la garanzia dei diritti insopprimibili a lei spettanti (nella specie, il ricorrente, un marocchino imputato del reato di cui all'art. 572 c.p. per maltrattamenti nei confronti della moglie, aveva basato la propria tesi difensiva sul fatto che i coniugi erano portatori di cultura, religione e valori differenti da quelli italiani, tali da influire sotto il profilo sia della gravità del reato che dell'entità della pena e sulla sussistenza delle attenuanti generiche).

Infine, vengono riportate Sez. pen. I, sentenza 14 maggio 2019, n. 30874, che riconferma una giurisprudenza consolidata secondo cui il giudizio prognostico di cui all'art. 164, primo comma, c. p., può essere fondato unicamente sulle circostanze di cui all'art. 133 dello stesso codice, tra le quali non può farsi rientrare quella costituita dai convincimenti religiosi del colpevole, e Sez. pen. III, sentenza 28 maggio 2019, n. 35479, la quale precisa che l'unico disvalore represso dall'art. 328 c.p. è la mancanza di un atto d'ufficio a rilevanza esterna e che le inadempienze interne all'organizzazione della Magistratura integranti la violazione di meri doveri di servizio che non si riflettono all'esterno possono trovare risposta soltanto sul piano disciplinare. Su queste basi, si afferma che l'atto di ufficio previsto dall'art. 328 c.p. deve essere un atto da compiersi senza ritardo, vale a dire un atto indifferibile destinato a fronteggiare un'emergenza di natura oggettiva e rappresentativa di una sostanziale urgenza, che verrebbe vanificata dal diniego dell'atto dovuto, il magistrato che si è rifiutato di tenere non poche udienze per la trattazione di cause a lui assegnate, lamentando la presenza in aula del solo crocifisso e l'assenza dei simboli di altre confessioni religiose, ed in particolare della menorah ebraica, e la violazione del principio di laicità dello Stato, non emergendo elementi indicativi dell'indifferibilità di tali udienze. Dunque, non commette il delitto di cui all'art. 328 c.p., mancando la cd. materialità del reato, qualora le udienze da lui disertate si siano ugualmente svolte, nel rispetto integrale del calendario programmato, a cura di altri magistrati, designati all'uopo dal capo dell'Ufficio per sostituire il collega assente: la condotta di quest'ultimo si è riverberata esclusivamente sull'organizzazione interna dell'Ufficio giudiziario e non sull'attività, di rilevanza esterna, diretta a garantire il cd. servizio giustizia.

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.  
Sentenza 30 aprile 2019, n. 27652**

**Principio di obbligatorietà della legge penale – Tradizioni religiose –  
Rilevanza – Insussistenza**

*L'art. 3 c.p. sancisce il principio dell'obbligatorietà della legge penale, per cui tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato sono tenuti ad osservarla. La rilevanza della disciplina e le ragioni di carattere generale su cui si fonda escludono che possa esservi apportata qualsiasi deroga non espressamente prevista dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale e implicano che le tradizioni religiose di coloro che sono presenti nel territorio dello Stato, benché nel complesso di indiscusso valore culturale, possano essere praticate solo fuori dall'ambito di operatività della norma penale.*

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.  
Sentenza 14 maggio 2019, n. 30874**

**Sospensione condizionale della pena – Giudizio prognostico di astensione da commettere delitti – Rilevanza del convincimento religioso – Insussistenza**

*Il giudizio prognostico di cui all'art. 164, primo comma, c. p., può essere fondato unicamente sulle circostanze di cui all'art. 133 dello stesso codice, tra le quali non può farsi rientrare quella costituita dai convincimenti religiosi del colpevole. (Fattispecie in tema di sospensione condizionale concessa a soggetto aderente al movimento dei «Testimoni di Geova»).*

**Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.  
Sentenza 28 maggio 2019, n. 35479**

**Rifiuto o omissione di atti d'ufficio – Mancata celebrazione delle udienze per ragioni religiose – Insussistenza della materialità del fatto**

*Ritenuto che l'unico disvalore represso dall'art. 328 c.p. è la mancanza di un atto d'ufficio a rilevanza esterna e che le inadempienze interne all'organizzazione della Magistratura integranti la violazione di meri doveri di servizio*

*che non si riflettono all'esterno possono trovare risposta soltanto sul piano disciplinare; e ritenuto che l'atto di ufficio previsto dall'art. 328 c.p. cit. deve essere un atto da compiersi senza ritardo, vale a dire un atto indifferibile destinato a fronteggiare un'emergenza di natura oggettiva e rappresentativa di una sostanziale urgenza, che verrebbe vanificata dal diniego dell'atto dovuto, il magistrato che si è rifiutato di tenere non poche udienze per la trattazione di cause a lui assegnate, lamentando la presenza in aula del solo crocifisso e l'assenza dei simboli di altre confessioni religiose, ed in particolare della menorah ebraica, e la violazione del principio di laicità dello Stato, non emergendo elementi indicativi dell'indifferibilità di tali udienze, non commette il delitto di cui all'art. 328 c.p., mancando la cd. materialità del reato, qualora le udienze da lui disertate si siano ugualmente svolte, nel rispetto integrale del calendario programmato, a cura di altri magistrati, designati all'uopo dal capo dell'Ufficio per sostituire il collega assente: la condotta di quest'ultimo si è riverberata esclusivamente sull'organizzazione interna dell'Ufficio giudiziario e non sull'attività, di rilevanza esterna, diretta a garantire il cd. servizio giustizia.*

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.  
Sentenza 12 giugno 2019, n. 40418**

**Associazione mafiosa – Forza intimidatrice del vincolo religioso – Rilevanza – Limiti**

*Qualora venga contestato il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso nei confronti di soggetti che fanno parte di un gruppo religioso, la forza intimidatrice ai danni di altri membri della comunità non può ravvisarsi in quella proveniente dal vincolo associativo proprio di quest'ultima in rapporto a minacce di sanzioni tipicamente connesse a regole religiose liberamente conclamate ed accettate dai suddetti membri.*

**Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.  
Sentenza 26 giugno 2019, n. 45957**

**Associazione finalizzata all'incitamento per motivi religiosi – Uso di un blog – Sussistenza**

*Costituisce un'associazione a delinquere finalizzata all'incitamento ed alla violenza per motivi razziali, etnici e religiosi, anche una struttura, quale quella di specie, che utilizzava la gestione di un blog per tenere i contatti tra gli aderenti, fare proselitismo, anche mediante diffusione di documenti e testi inneggianti al razzismo, programmare azioni dimostrative o violente, raccogliere elargizioni economiche a favore del forum, censire episodi o persone.*

## Presentazione

La rassegna di giurisprudenza tributaria di rilevanza ecclesiasticistica, in questo numero della Rivista, contiene quattro decisioni della Corte di Cassazione, tutte, sostanzialmente, riguardanti la qualificazione giuridica, commerciale o meno, ai fini fiscali delle attività svolte da enti religiosi.

Le prime due si occupano della valutazione di attività sanitarie esercitate da enti ecclesiastici, ai fini dell'esenzione rispettivamente dall'imposizione sui redditi e dall'Ici, e si caratterizzano per essere marcatamente restrittive. In una, infatti, all'Ordine Mauriziano viene negata l'agevolazione contemplata dall'art. 88 del Testo unico per le imposte sui redditi, per il quale "*non costituiscono esercizio di attività commerciali ... b) l'esercizio di attività previdenziali, assistenziali e sanitarie da parte di enti pubblici istituiti esclusivamente a tal fine*". Per la negazione dell'esenzione all'ente in questione viene contestata la non esclusività dello svolgimento di attività "*previdenziali, assistenziali e sanitarie*", dal momento che, istituzionalmente, l'Ordine Mauriziano persegue anche fini di beneficenza, istruzione e culto.

Si tratta di una posizione che appare formalistica, poiché le ulteriori attività contestate all'ente si profilano, con evidenza, quali connotazioni complementari e, vista la sua identità religiosa, performative dell'attività sanitaria, esercitata in via primaria e prevalente.

Veramente sorprendente è, poi, l'altra pronuncia della Cassazione, nella quale l'esenzione dall'Ici viene negata all'Istituto Minime Suore del Sacro Cuore, sull'assunto della qualificazione come commerciali di attività, all'opposto espressamente qualificate come non commerciali ai fini Ici, addirittura da una circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze! Nella specie, la Cassazione ha qualificato come commerciali le attività sanitarie svolte dall'ente ecclesiastico in regime convenzionato, nonostante che la circolare n. 2/DF del 26 gennaio 2009 chiarisca che, ai fini dell'esenzione dall'Ici, "*devono considerarsi svolte con modalità non esclusivamente commerciali le attività accreditate o contrattualizzate o convenzionate dalla regione e che, pertanto, si svolgono, in ciascun ambito territoriale e secondo la normativa ivi vigente, in maniera complementare o integrativa rispetto al servizio pubblico*".

Il supremo organo di nomofilachia ritiene che la circolare *de qua* abbia valenza interna, restando demandata al giudice la qualificazione giuridica dell'attività svolta dall'ente. In altri termini, la Cassazione, come suol dirsi, vuole essere più lealista del re, giungendo a disconoscere l'esenzione fiscale, riconosciuta, invece, espressamente dall'Amministrazione finanziaria!

Delle altre due pronunce riportate in rassegna, la prima riconosce l'esenzione dall'Ici a un immobile, posseduto dalla Congregazione italiana Testimoni di Geova, utilizzato come foresteria per i ministri di culto e i loro familiari, laddove l'aspetto problematico dell'ordinanza della Cassazione risiede nella caratteristica estremamente "estensiva" della nozione di "ministro di culto" propria dei Testimoni di Geova.

Nell'ultima decisione, ai fini dell'esenzione dall'Ici di un immobile di proprietà del Pontificio Collegio Maronita del Patriarcato Antiocheno, la Cassazione ha ritenuto non sufficiente, per la prova della destinazione a finalità di culto, un attestato della Congregazione per le Chiese Orientali, classificato come un atto di parte, inidoneo a fornire validamente prove.

Indubbiamente, la Cassazione ha ragione quando afferma che, ai fini fiscali agevolativi, l'attività svolta dagli enti deve essere valutata in concreto e non attraverso attestazioni aprioristiche, tuttavia, nel caso in questione, in assenza di risultanze fattuali di segno contrario, avrebbe potuto (dovuto?) attribuire un peso probatorio all'attestazione, prodotta in giudizio, proveniente da un ente centrale della Chiesa cattolica, con la quale lo Stato italiano intrattiene solidi rapporti istituzionali mediante la tradizione concordataria.

## Cassazione civile, Sez. V, ordinanza 27 marzo 2019, n. 8520

**Irpeg e Ilor – Esenzione ex art. 88 d.p.r. n. 917/86 – Ente ecclesiastico ospedaliero con compiti anche di beneficenza, istruzione e culto – Non compete.**

*L'esenzione, prevista dall'art. 88 del d.p.r. n. 917/86 per l'esercizio di attività previdenziali, assistenziali e sanitarie da parte di enti pubblici istituiti esclusivamente a tal fine, è di stretta interpretazione. Pertanto, non può essere invocata da un ente ecclesiastico ospedaliero istituito anche per fini di beneficenza, istruzione e culto.*

### **Svolgimento del processo**

L'Ordine Mauriziano ricorreva alla Commissione tributaria di primo grado di Torino avverso il silenzio rifiuto formatosi a seguito dell'istanza di rimborso delle somme versate a titolo di imposte IRPEG e ILOR, deducendo essere l'Ordine Mauriziano ente ospedaliero sottratto all'imposizione fiscale, in relazione a quanto previsto dal d.p.r. n. 917 del 1986, art. 88, lett. b).

La Commissione tributaria di primo grado accoglieva il ricorso; avverso tale pronuncia proponeva appello l'Agenzia, nonché appello incidentale l'Ordine Mauriziano.

La Commissione tributaria di secondo grado di Torino, con sentenza n. 5330 del 1995, accoglieva l'appello dell'Amministrazione ritenendo che l'Ordine Mauriziano avesse natura di ente commerciale così come l'attività sanitaria che offriva che, quindi, doveva essere sottoposta al regime fiscale degli enti commerciali. Contro la decisione di secondo grado proponeva ricorso alla Commissione tributaria centrale la Fondazione Ordine Mauriziano, già Ordine Mauriziano in virtù del D.L. 9 novembre 2004, n. 277. La Commissione tributaria centrale, con la sentenza n. 2181 del 2012, depositata il 26 novembre 2012, respingeva il ricorso della Fondazione Ordine Mauriziano.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione la Fondazione Ordine Mauriziano affidandosi a due motivi.

L'Agenzia si costituisce con controricorso e presenta memorie ex art. 378 c.p.c.

### *Motivi della decisione*

*(Omissis...)*

2. Con il primo motivo di ricorso, la Fondazione Ordine Mauriziano deduce la violazione e falsa applicazione del d.p.r. 30 dicembre 1986, n. 917, art. 88, comma 2, della L. 5 novembre 1962 n. 1396 e della L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 41, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per aver la Commissione tributaria centrale ritenuto che le citate disposizioni si applicano agli enti pubblici non commerciali che svolgono esclusivamente attività previdenziali, assistenziali e sanitarie e non pure attività collaterali senza fine di lucro.

2.1. Con il secondo motivo di censura denuncia la violazione e la falsa applicazione del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, art. 6, per aver ritenuto che l'applicabilità di tale regime escludesse quello più favorevole di cui al citato art. 88.

3. L'Agenzia delle Entrate chiede il rigetto del ricorso.

4. I motivi sono entrambi infondati.

5. È bene evidenziare che, nel caso di specie, non è messa in discussione la natura pubblica della Fondazione, la cui qualificazione come "ente pubblico con prevalenti attività sanitarie, sia pure con caratteristiche speciali", è stata ampiamente ricostruita normativamente dalla decisione della CTC, che ha confermato, in parte qua, la decisione della Commissione tributaria di primo grado, nonché affermata dalla Fondazione ricorrente e non contestata dall'Agenzia controricorrente.

6. Ciò che è in discussione è se il citato art. 88 debba applicarsi solo allorquando l'attività sanitaria, previdenziale e assistenziale siano esclusive o, invece, anche laddove a tali attività se ne affianchino altre come, nel caso, attività di culto e di istruzione.

7. La CTC, infatti, ribadisce che ai sensi di legge ed in particolare ai sensi della L. 3 novembre 1962, n. 1396 e della L. 12 febbraio 1968, n. 132, in materia di riforma sanitaria, la Fondazione è stata istituita per svolgere non solo attività ospedaliera ma anche altri compiti in materia di beneficenza istruzione e culto che, sebbene non prevalenti rispetto alle attività sanitarie, escludono l'applicabilità della normativa di favore di cui al citato d.p.r., art. 88.

8. Orbene, come da orientamento costante di questa Corte, ai fini dell'assoggettabilità ad imposta di un ente non commerciale, in virtù del d.p.r. n. 917 del 1986, previgente art. 88, lett. b), applicabile alla fattispecie "*ratione temporis*" (il quale prevede che "non costituiscono esercizio di attività commerciali (...) b) l'esercizio di attività previdenziali, assistenziali e sanitarie da parte di enti pubblici istituiti esclusivamente a tal fine, comprese le unità sanitarie locali."), deve tenersi conto dell'interpretazione di stretto diritto delle norme agevolative di esenzione e delle necessità di verificare quale attività sia in concreto svolta dall'ente, gravando comunque l'onere di provare la sussistenza dei requisiti dell'esenzione a carico del contribuente che richiede il

rimborso dell'imposta asseritamente non dovuta.

(*Omissis...*)

10. Alla luce di detti principi (interpretazione di stretto diritto delle norme agevolative e verifica in concreto delle attività svolte), tenuto conto che è la stessa legge istitutiva a stabilire che l'Ordine Mauriziano (poi Fondazione) è stato istituito per finalità non esclusivamente sanitarie, previdenziali e di assistenza ma anche per altri compiti – (v. legge cit. n. 1396 del 1962 che istituisce l'Ordine Mauriziano quale: “ente ospedaliero, con gli altri suoi compiti in materia di beneficenza, istruzione e culto”) – tenuto conto, altresì, che la Fondazione contribuente si limita a dedurre, senza provare, che tali ulteriori attività potrebbero rientrare nella più ampia finalità di assistenza, non sussiste il dedotto vizio di legge, posto che la disposizione agevolativa in esame, data la sua specialità, è applicabile soltanto agli enti istituiti esclusivamente per l'esercizio di attività previdenziali, assistenziali e sanitarie e non può essere estesa laddove l'ente è stato istituito anche per lo svolgimento di altre attività.

11. Il secondo motivo è infondato.

12. La C.T.C., dopo aver escluso l'applicabilità dell'esenzione di cui al citato d.p.r., art. 88, argomenta pure che le peculiari caratteristiche della Fondazione non escluderebbero, invece, l'ulteriore normativa agevolativa di cui al d.p.r. n. 601 del 1973, art. 6.

13. Il riferimento al d.p.r. n. 601 del 1973, art. 6, appare calzante volendo con esso argomentarsi in senso contrario a quanto invece ritenuto dalla Commissione di secondo grado circa l'applicazione alla Fondazione della disciplina degli enti commerciali. La C.T.C., infatti, rettamente ha richiamato la norma evidenziando che, pur non sussistendo i presupposti per l'applicabilità alla Fondazione ricorrente dell'art. 88 lett. b), sussisterebbero, invece, quelli di cui al citato d.p.r., art. 6, in quanto la Fondazione è “ente non commerciale che svolge attività di prestazione di servizi in campo sanitario resa in conformità ai propri fini istituzionali e senza fini di lucro”.

14. Tali argomentazioni, peraltro, alcuna incidenza hanno avuto sulle ragioni di rigetto del ricorso, tanto da non costituire un'autonoma *ratio decidendi*, trovando, invece, la loro ragione nelle norme, di stretta interpretazione, che prevedono l'esenzione invocata.

15. Il ricorso va dunque rigettato.

(*Omissis...*)

P.Q.M.

(*Omissis*) Rigetta il ricorso proposto nei confronti dell'Agenzia delle Entrate. Condanna La Fondazione Ordine Mauriziano al rimborso delle spese di lite in favore dell'Agenzia delle Entrate, liquidate in complessivi € 10.000, oltre spese prenotate a debito.

## Cassazione civile, Sez. V, sentenza 11 aprile 2019, n. 10124

**Esenzione Ici – Ente ecclesiastico – Qualificazione giuridica dell’attività mediante circolare amministrativa – Insufficienza ai fini della spettanza dell’esenzione.**

*Il riconoscimento del diritto all’esenzione prevista dal d.lgs. n. 504/92, art. 7, comma 1, è condizionato alla verifica di due requisiti, che devono necessariamente coesistere: uno soggettivo, costituito dal possesso dell’immobile da parte di un ente che non abbia come oggetto esclusivo o principale l’esercizio di attività commerciali; l’altro oggettivo, consistente nello svolgimento esclusivo nell’immobile di un’attività indicata dalla norma.*

*A tal proposito, rientra nella nozione di attività svolta con modalità commerciali una qualunque attività organizzata per la prestazione di servizi a terzi dietro pagamento, da parte dell’utente o di altri, compresi lo Stato, le regioni o altre pubbliche amministrazioni, di un corrispettivo funzionale e adeguato alla copertura dei costi e alla remunerazione dei fattori della produzione (ivi compresi i capitali investiti). Tali principi devono essere applicati anche con riferimento all’attività sanitaria convenzionata, esercitata da un ente ecclesiastico, dovendosi ritenere che le tariffe convenzionali siano, comunque, dirette a coprire i costi e a remunerare i fattori della produzione. Pertanto, non può avere effetto vincolante la contraria qualificazione enunciata nella circolare ministeriale 2/DF del 26 gennaio 2009, trattandosi di una circolare amministrativa che ha una valenza interna e non può influire sulla qualificazione giuridica dell’attività, che è invece demandata al giudice.*

## Cassazione civile, Sez. V, ordinanza 27 giugno 2019, n. 17250

**Esenzione Ici – Congregazione italiana Testimoni di Geova – Immobili destinati a foresteria dei ministri di culto – Spetta.**

*La destinazione di un immobile a foresteria dei ministri di culto, da parte di un ente religioso (nella specie, la Congregazione italiana Testimoni di Geova) integra il requisito dello svolgimento di attività con fine di religione o di culto, ai fini del riconoscimento del diritto all’esenzione dall’Ici, prevista dal d.lgs. n. 504/92, art. 7, comma 1.*

## Cassazione civile, Sez. V, sentenza 28 giugno 2019, n. 17509

**Esenzione Ici – Ente ecclesiastico – Qualificazione giuridica dell’attività mediante attestazione di organizzazione dello Stato della Città del Vaticano – Insufficienza ai fini della spettanza dell’esenzione.**

*Ai fini del riconoscimento del diritto all’esenzione prevista dal d.lgs. n. 504/92, art. 7, comma 1, è necessario che l’immobile sia utilizzato per le finalità indicate dalla norma.*

*Tale circostanza non può essere provata attraverso un’attestazione promanante dallo Stato della Città del Vaticano, trattandosi di atto proveniente da una delle parti del giudizio.*

### **Fatti di causa**

Con sentenza n. 392/05/12 la CTP di Roma accoglieva, limitatamente ad alcuni degli immobili, il ricorso proposto dal Pontificio Collegio Maronita del Patriarcato Antiocheno avverso gli avvisi di accertamento n. 1062436675 e n. 105243675 aventi ad oggetto l’Ici non versata per gli anni 2005 e 2006, riconoscendo la sussistenza dei requisiti legali richiesti, ai fini dell’esenzione, dall’art. 7, comma 1, lettera i, del d.lgs. n. 504 del 1992.

In particolare la CTP riconosceva valenza probatoria alla produzione della dichiarazione emessa dalla Congregazione delle Chiesa Orientali in data 29 dicembre 2009 attestante le finalità di culto della attività di formazione dei giovani sacerdoti svolta negli immobili in questione, in assenza di contestazione di detto documento da parte dell’Amministrazione pur in difetto di indicazioni, sia pure generiche, circa l’eventuale svolgimento di attività commerciali nelle predette unità immobiliari.

Avverso detta decisione proponeva appello il Comune di Roma lamentando una insufficiente motivazione con riferimento agli atti comprovanti il diritto all’esenzione Ici e al contenuto del certificato della Congregazione del 29/12/2009, rilevando altresì come non fosse stata considerata l’esclusività delle attività svolte, né la categoria catastale degli immobili in questione, classificati come C/1 (negozi e botteghe). Lamentava, infine, la mancanza di prova da parte dell’ente ecclesiastico circa lo svolgimento esclusivo dell’attività di culto.

Il Pontificio Collegio proponeva appello incidentale precisando la categoria catastale degli immobili (D/2 e non C/1), e la piena valenza probatoria, alla luce della normativa disciplinante i rapporti tra Stato e Chiesa, della dichiarazione 29/12/2009, attestante la destinazione al culto delle Chiese Cristiane orientali.

La CTR del Lazio con sentenza n. 5454/38/14 del 9/9/2014 accoglieva parzialmente sia l’appello dell’Ente comunale che l’appello incidentale.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Pontificio Collegio Maronita del Patriarcato Antiocheno affidato a due motivi.

Roma Capitale (già Comune di Roma) non ha svolto difese.

Il Procuratore generale ha concluso come da verbale.

#### *Ragioni della decisione*

Con il primo motivo (“omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti ai sensi dell’art. 360 n. 5 c.p.c.”), il Patriarcato ricorrente ha indicato quale fatto decisivo non esaminato la circostanza che il documento della Congregazione *Pro Ecclesia Orientalibus*, valutato quale “atto di parte”, dovesse essere invece considerato “documento promanante da Organizzazione dello Stato del Vaticano, competente alla luce degli accordi tra Stato e Chiesa ad attestare circostanze di fatto quali la destinazione al culto o finalità di culto dei beni immobili in questione”.

Il motivo è infondato.

Va osservato che la questione, come prospettata, riguarda all’evidenza il requisito soggettivo necessario per beneficiare dell’esenzione dal tributo la dimostrazione della cui sussistenza, in base ai principi generali, costituisce un onere per il contribuente. Va ancora precisato, come del resto ha fatto la CTR, che tale requisito non può essere desunto esclusivamente sulla base di documenti attestanti “*a priori*” il tipo di attività cui l’immobile è destinato, occorrendo, invece, verificare che tale attività, pur rientrando tra quelle esenti, non sia svolta in concreto con le modalità di un’attività commerciale (Cass. 20776/2005).

Orbene, premesso che esula nella presente sede la disamina della regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa di cui al Concordato e alla successiva riforma *ex lege* 222/1985, va affermata la insussistenza della lamentata omissione ove si consideri che la CTR ha dimostrato di aver correttamente esaminato l’atto in questione, in uno con il decreto del Ministro dell’Interno attributivo di personalità giuridica al Patriarcato ricorrente, qualificandolo correttamente come *atto di parte*, ovvero *atto proveniente da una delle parti del giudizio*, pur se “formato da un organo dello Stato del Vaticano, nei confronti del quale, *in subiecta materia*, la Repubblica Italiana dà piena libertà e riconoscimento legale” e ritenendolo idoneo a provare esclusivamente la natura di ente religioso del Patriarcato, non senza considerare che la dichiarazione circa l’assenza di fine di lucro dell’attività svolta negli immobili in questione risulta da una classica attestazione “*a priori*”, come tale priva di valore probatorio.

(*Omissis...*)

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento del doppio del contributo unificato.



## Parte III



## Lecture

*Presentazione della collana Spirituality et temporalia, per i tipi dell'editrice Aracne, diretta da DANIELE EDIGATI e LORENZO TANZINI*

ALESSANDRO TIRA

1. Nel 2015 ha visto la luce per i tipi dell'editrice Aracne di Roma il primo volume della collana *Spirituality et temporalia*. Nata per iniziativa e sotto la direzione di Daniele Edigati e Lorenzo Tanzini, la collana accoglie e promuove studi sulla «formazione di prassi normative e meccanismi istituzionali nel campo dei rapporti fra potere politico, Chiese locali e Chiesa universale». Attraverso l'approfondimento di fonti specifiche e con taglio interdisciplinare, l'attenzione è rivolta in modo particolare al «nodo tematico della giurisdizione, con uno sguardo che privilegia il contesto degli Stati italiani e una cronologia di lungo periodo, che dalla crisi del Papato si estende fino alla formazione dello Stato unitario nazionale» (così si legge nella nota editoriale che accompagna i singoli volumi).

Come gli usi editoriali consigliano e, anzi, ormai impongono, tutti i saggi e le monografie della collana sono sottoposti alla valutazione preventiva del Comitato scientifico e ad una procedura di doppia *peer review* da parte di studiosi esterni. La vocazione interdisciplinare dell'iniziativa è testimoniata dalla presenza di storici del diritto e storici 'puri' sia nel Comitato scientifico (Livio Antonielli, Roberto Bizzocchi, Giorgio Chittolini, Luca Mannori, Alain Tallon, Elio Tavilla), sia nel Comitato direttivo (i già citati Edigati e Tanzini). È, questo, un particolare che ha un rilievo sostanziale, poiché rende manifesta l'intenzione di considerare i temi d'indagine secondo una pluralità di punti di vista: cosa che – come si tornerà a dire brevemente in chiusura – sembra rilevante anche ai fini del dialogo con gli studiosi di diritto ecclesiastico.

Il primo volume della collana, intitolato *La prassi del giurisdizionalismo negli Stati italiani*, è apparso nel 2015 e propone, insieme a un nutrito gruppo di studi dedicati ad ambiti specifici, alcune riflessioni preliminari a un di-

scorso più ampio sul tema enunciato nel titolo. Appartengono alle indagini condotte in chiave archivistica i saggi di Mauro Ronzani (*Vescovi e città in età comunale (secoli XII-XIII)*), Lorenzo Tanzini (*Giurisdizionalismo secolare e giurisdizione vescovile nella Toscana del XIV secolo*), Alfredo Viggiano (*Prete violenti e ragioni repubblicane*, sul giurisdizionalismo veneziano del Seicento), Ugo Bruschi (*La mitria e il laticlavio*, sul controllo dell'episcopato nel Ducato milanese, sempre nel XVII secolo), Dario Luongo (*La polemica sull'Inquisizione nel Preilluminismo napoletano*), Daniele Edigati (*Dalla Congregazione alla prima età lorenese*, sulla Toscana sei-settecentesca), Elio Tavilla (*La sovranità fiscale*, dove si indagano la politica e la legislazione giurisdizionaliste a Modena, negli anni del riformismo estense), Alberto Lupano (*Placet, exequatur, economato dei benefici vacanti*, su quel giurisdizionalismo sabauda a cui l'A. ha già dedicato nel 2011 una importante monografia, dal titolo *Verso il giurisdizionalismo subalpino*) e Marco Pignotti (*L'ombra di Pietro Leopoldo sullo Statuto fondamentale*, ancora sul Settecento toscano).

L'altro nucleo di testi contenuti nel volume, invece, ambisce ad impostare criticamente il dibattito storiografico e storico-giuridico sul tema che sta al cuore della collana. In questo senso sono significativi il saggio di apertura, ancora di Daniele Edigati (*Per un nuovo approccio storiografico al tema del giurisdizionalismo*), dove si auspica che lo studio del giurisdizionalismo sia «corroborato con un approccio di natura storico-istituzionale» (p. 22), e quello conclusivo di Carlo Fantappiè, intitolato *Giurisdizionalismo. Dalla classificazione dogmatica alla nozione storico-politica*. Il denso scritto di Fantappiè si propone come ponte e momento di raccordo tra i vari livelli interpretativi che si intrecciano nel volume e, più in generale, come riflessione teorica sulle tematiche della collana. Partendo da un'analisi semantica del termine «giurisdizionalismo», l'A. offre una panoramica ragionata della storiografia giuridico-politica in argomento. Sempre alla luce di questo binomio mette poi in rilievo l'importanza centrale delle interazioni tra potere politico e potere religioso, così come configuratesi nel corso della storia europea, per la genesi dello Stato moderno. La conclusione a cui giunge Fantappiè è che, per una più approfondita comprensione della materia, «i vari 'tipi' di giurisdizionalismo dovranno essere rapportati alle varie forme dello Stato moderno, secondo un ipotetico *principio di circolarità* che investe, oltre la tutela o l'ampliamento della giurisdizione regia, le concezioni delle prerogative giuridiche e delle funzioni sociali. Pertanto il suo 'oggetto' piuttosto che venire descritto come un sistema legislativo, sarà concepito come l'analisi del processo con cui si attuano, nei diversi contesti regionali e nazionali, il trasferimento e l'assorbimento nelle istituzioni dello Stato moderno delle competenze e delle funzioni fino allora riservate alle autorità ecclesiastiche» (p. 322).

Sempre a questa seconda serie di saggi si possono ascrivere ancora due contributi. Quello di Antonio Banfi (*A proposito di giurisdizionalismo*) è dedicato ai precedenti costantiniani in materia di giurisdizione ecclesiastica – precedenti, è bene sottolineare, che costituiscono un presupposto tecnico-giuridico e, ancor più, il retroterra culturale necessario per comprendere i successivi sviluppi. Quello di Gaetano Greco (*Giurisdizionalismo e modernità, confessionalizzazione e secolarizzazione*) conferma invece l'idea di una comune matrice giurisdizionalista, pur nelle immancabili e talvolta profonde differenze regionali, della cultura italiana nel campo delle relazioni tra Stato e Chiesa. Ancor più – con le parole di Greco – tali caratteri hanno una valenza costitutiva rispetto alla modernità giuridica, politica e sociale della nostra nazione poiché, «scontate tutte le loro contraddizioni e i loro compromessi, la 'modernità' è frutto proprio di quei politici e di quegli intellettuali» che, nel campo dei rapporti tra Stato e Chiesa, diedero forma alle teorie poi confluite nel mosaico del giurisdizionalismo italiano (p. 303). Da qui il rinnovato invito ad affrontare «le sterminate carte degli archivi» e, in generale, la mole di documenti che testimoniano le concrete realizzazioni a cui la cultura – in senso lato – italiana della convivenza tra Stato e Chiesa ha saputo dare forma nel corso di secoli, perché lì si trova il momento genetico e la spiegazione di gran parte delle vicende successive. Ogni 'giurisdizionalismo', infatti, porta in sé l'esperienza dei precedenti, in una catena che ha assorbito e metabolizzato anche gli urti più violenti della storia e che perciò può essere osservata con pari interesse sia nei tratti di continuità, sia in quelli di discontinuità.

2. Il secondo volume della collana, apparso nel 2016, offre un contributo significativo proprio sotto il profilo del binomio concettuale continuità/discontinuità storica, applicato a un contesto specifico.

Si tratta di una monografia di Daniele Edigati intitolata *Un altro giurisdizionalismo. Libertà repubblicana e immunità ecclesiastica a Lucca fra Antico Regime e Restaurazione*, ma il volume contiene in appendice anche un testo fino ad oggi rimasto inedito: lo *Stato della disciplina della Chiesa di Lucca*, concluso nel 1804 dal giurista Angelo Bossi, che negli anni a cavallo tra i due secoli fu segretario della Repubblica lucchese. Il ritrovamento è frutto dell'impegno dell'A. nella ricerca archivistica e testimonia quanto ancor oggi sia possibile fare attraverso tali ricerche per ampliare il novero delle fonti dirette e dei documenti di indagine, soprattutto rispetto all'epoca moderna. Ancor più, dall'esplorazione archivistica condotta da Edigati (e dagli altri Autori dei saggi editi nella collana), risalta con nitidezza quanto sia stretto l'anello che congiunge l'indagine storica (con la materialità delle sue fonti) a quella più strettamente giuridico-dottrinale. Dalla prima, infatti, possono derivare

acquisizioni importanti per meglio definire e mettere a fuoco i contorni della seconda, la quale per converso tende a isterilirsi se prende ad oggetto solo i concetti e gli istituti giuridici, a prescindere dalla loro genesi in quei «rapporti di forze politiche», che «contano più di ogni formula giuridica» (con le parole utilizzate da Jemolo nelle *Premesse ai rapporti tra Stato e Chiesa*, 1965, p. 9).

L'indagine che Edigati conduce – notevole per ricchezza di documentazione e ricostruzione del contesto istituzionale, sociale e giuridico – fa convergere due piani di lettura del testo ritrovato. Da un lato, si calano l'opera e il pensiero del Bossi nell'ambiente e nelle vicende in seno alle quali essa fu concepita e alla cui luce se ne comprende la genesi. Dall'altro lato, l'oggetto dello studio viene messo in relazione con il più ampio contesto della scienza giuridica e amministrativa dell'epoca.

Tra le varie considerazioni che questa lettura 'a tutto tondo' sollecita, ve n'è una che sembra di particolare interesse dal punto di vista della storia del diritto ecclesiastico italiano. Opere come quella di Angelo Bossi, saldamente radicata nell'intreccio di scienza e pratica che trova una plastica rappresentazione nel ruolo pubblico che il Bossi stesso ricoprì nell'amministrazione della Repubblica lucchese, testimoniano quali fossero le concezioni correnti all'epoca in materia di amministrazione dei beni ecclesiastici, nell'intreccio di competenze tra potestà civili e autorità religiose. La trattazione è improntata a un giurisdizionalismo che, ancora una volta, si conferma tratto caratteristico della cultura giuridica toscana. Soprattutto, però, dal testo del Bossi emerge la volontà di ribadire usi, privilegi e tradizioni giuridiche peculiari, frutto di lunga esperienza e privilegi gelosamente custoditi (si rimanda in proposito al capitolo di Edigati dedicato, appunto, ai «caratteri della politica ecclesiastica lucchese»). Il giureconsulto intendeva far sì che fossero conservati, aggiornandoli, i tradizionali istituti e sistemi di controllo giurisdizionale anche in un contesto che stava vivendo repentini sconvolgimenti a causa dell'arrivo – come di consueto, sulla punta delle baionette – della cultura giuridica e istituzionale della Francia rivoluzionaria.

Continuità e discontinuità, anche in questo caso, si intrecciano in una tendenza a conservare gli istituti della tradizione municipale e dell'età moderna, perpetuandole attraverso l'aggiornamento delle forme istituzionali e giuridiche. Scrive infatti il Bossi nelle ultime battute dell'introduzione dedicatoria del suo studio: «O uno, o più che siano i Magistrati prescelti a preservare, e garantire i diritti della civile giurisdizione, sarà però sempre indispensabile che tali sieno pubblicamente dichiarati» (p. 195). La conoscenza delle ragioni del passato come base per impostare la riforma dell'esistente, in altre parole.

La monografia di Edigati, che porta con sé quella del Bossi, aggiunge un tassello alla tuttora frammentaria indagine dei diretti antecedenti del diritto

ecclesiastico nazionale, che dalle tradizioni giuridiche preunitarie recuperò forse più di quanto comunemente si ritenga. Più nello specifico, lo studio fa luce su un periodo, quello del passaggio dall'Antico Regime all'illuminismo, al giacobinismo e infine al bonapartismo; un passaggio, quest'ultimo in modo particolare, che come già Francesco Scaduto suggeriva in un passaggio della sua prolusione palermitana è dirimente anche per comprendere i successivi sviluppi della materia. In anni relativamente recenti tale periodo è stato preso in considerazione da ricerche di vario taglio. Senza pretesa di completezza, e limitandosi ad osservare le monografie apparse dopo il 2000, si possono ricordare gli studi di Daniele Arru sul Concordato italiano del 1803, quelli di Pietro Lo Iacono sulla legislazione ecclesiastica dei Borbone per i «Domini al di qua e al di là del Faro», gli studi di Ivana Pederzani su Giovanni Bovara e sul suo ruolo nell'ammodernamento dell'amministrazione degli affari ecclesiastici del Regno d'Italia sotto Bonaparte. Considerati nel complesso, tali studi indicano un percorso che, come nel caso della collana presa qui in esame, spazia tra storia politica, giuridica e delle istituzioni, diritto e politica ecclesiastica: è una integrazione di forme del sapere che si impone per necessità scientifiche, prima ancora che per ambizione o convincimenti metodologici.

**3. Giurisdizionalismi.** *Le politiche ecclesiastiche della Penisola italiana in età moderna* (2018) è il titolo del terzo volume della collana (un quarto è ad oggi in fase di studio e preparazione) e si colloca in continuità scientifica e argomentativa con i precedenti. In questo caso risalta con ancor più evidenza l'importanza accordata alla ricerca archivistica come fonte di conoscenza 'di prima mano'. Un aspetto che, in questo caso, acquisisce un rilievo del tutto particolare poiché si tratta, come il titolo dichiara, delle forme di giurisdizionalismo praticate negli Stati minori, ossia in contesti che difficilmente possono venire presi a modello per tipizzazioni astratte («giuseppinismo», «tanucismo», ecc.) ma che, proprio per questo, costituiscono un campo valido di verifica della validità dei modelli interpretativi.

L'esposizione degli intenti del volume è affidata alla firma di Elio Tavilla (*Le prassi giurisdizionali alla prova della documentazione d'archivio degli "Stati minori"*) e quella che segue è una semplice elencazione degli Autori e dei rispettivi contesti di indagine: Blythe Alice Raviola, «*Con smembrazione e riserva del patronato*». *Appunti per un'analisi del giurisdizionalismo nel Monferrato gonzaghese*; Ugo Bruschi, «*Un principe totalmente pio, ecclesiastico, apostolico romano*». *Dinamiche del giurisdizionalismo nel Ducato di Parma e Piacenza da Pier Luigi Farnese alle guerre di Castro*; Matteo Al Kalak, *Un magistrato a difesa degli ebrei. Il delegato ai catecumeni nel Ducato estense*; Lorenzo Sinisi, *Il "martello dei vescovi"? Prime note sulla*

*Giunta Ecclesiastica della Repubblica di Genova (1638-1797)*; Marco Caverzere, *Istituzioni ecclesiastiche e conflitti giurisdizionali nello Stato di Massa al tempo dei Cibo-Malaspina*; Daniele Edigati, *Controllo dei luoghi pii e amministrazione dei beni della Chiesa. Il caso delle opere nella Repubblica di Lucca (secolo XVIII)* e *Per una storia dei rapporti fra Principato di Piombino e Chiesa nell'età dei Ludovisi e dei Boncompagni*.

Si tratta di temi, luoghi e profili tra loro assai diversi, ma che vengono osservati con la comune idea di verificare sul campo le realizzazioni a cui le politiche giurisdizionaliste condussero in quei contesti dove, a causa dei diversi rapporti di forza, gli esiti del confronto di potere tra Stato e Chiesa erano meno scontati che altrove. In particolare, laddove il potere civile era meno saldo (per ragioni territoriali, economiche, dinastiche o contingenti) e quindi meno in grado di tenere il punto rispetto all'autorità ecclesiastica, la necessità indirizzava verso meccanismi di cooperazione o di contenimento diversi da quelli del confronto frontale. Com'è naturale, anche in questo caso il diritto e la sua amministrazione rispecchiavano la complessità e gli equilibri dei rapporti sociali.

4. L'impostazione interdisciplinare, come già si è avuto occasione di dire, è una delle caratteristiche salienti della collana *Spiritualia et temporalia*; per argomenti di indagine e per impostazione scientifica, pertanto, l'iniziativa incrocia naturalmente l'interesse degli studi ecclesiasticistici. Studi che, oltre che per lunga tradizione, anche dal punto di vista formale comprendono a tutt'oggi la «storia del diritto canonico» e dei «sistemi dei rapporti tra Stato e Chiesa» (così si legge, da ultimo, nella declaratoria del settore concorsuale 12/C2, contenuta nell'allegato B del decreto MIUR del 30 ottobre 2015, n. 855 sulla rideterminazione dei macrosettori e dei settori concorsuali).

L'iniziativa editoriale può dunque essere salutata con favore anche dal punto di vista di chi studia il diritto ecclesiastico per almeno due motivi.

Il primo ha a che fare con i contenuti. Con la sua spiccata attenzione per le ricerche condotte su fonti storiche 'di prima mano', e per di più secondo una pluralità di prospettive metodologiche storiche e storico-giuridiche, la collana porta con sé la promessa di dare nuovi risultati in un campo tuttora ricco di profili da esplorare *ex novo* o da togliere dalla penombra di conoscenze sommarie o tratlative. Dal confronto diretto, anche di carattere analitico, con la casistica storica deriva la possibilità di estendere le conoscenze della materia e, laddove risultasse necessario, di sottoporre a verifiche e aggiornamenti alcuni aspetti delle tradizionali letture ecclesiasticistiche di quell'ampia categoria concettuale che, sotto il nome di «giurisdizionalismo», ha coinvolto integralmente la realtà giuridica in cui si è formata la legislazione ecclesiastica

italiana, almeno fino a tempi recenti (per esemplificare quanto le tradizioni siano capaci di condizionare gli eventi, basti ricordare che si parlò di «giurisdizionalismo fascista» ancora con riguardo al Concordato del 1929). Inoltre, se si accetta la premessa per cui il diritto ‘fotografa’ esigenze e rapporti sociali che, nelle loro grandi linee, tendono a ripetersi con affinità sostanziali nel corso del tempo, anche in questo caso la conoscenza del passato può divenire strumento di lettura critica del presente. Considerato l’argomento specifico, pare ragionevole credere che in questo campo ci sia qualcosa da imparare dal passato. Nel tempo presente, infatti, le sorti del giurisdizionalismo, dentro e fuori i confini nazionali, sembrano assai meno segnate che in passato, come ipotizzava in uno dei suoi ultimi scritti Luciano Musselli parlando della tendenza all’affermazione progressiva di «forme di neo-giurisdizionalismo di controllo» (il riferimento è al saggio *Edilizia religiosa, Islam e neogiurisdizionalismo in Europa*, pubblicato nel fascicolo 2/2015 dei *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, pp. 441-459).

In secondo luogo, l’esperienza scientifica di una collana aperta ad apporti interdisciplinari dischiude nuovi spazi di dialogo e approfondimento rispetto a una porzione degli studi ecclesiasticistici (i profili storici o di sistematica dei rapporti tra Stato e Chiesa) che, da questo confronto, può trarre nuove ragioni di interesse e di sviluppo, anche a beneficio, si spera, del rafforzamento e della diversificazione degli interessi di studio dei suoi cultori.

Non fosse che per questa possibilità di incontro, nel rispetto e nella valorizzazione delle rispettive competenze, in vista dello sviluppo di interessi scientifici che forse hanno talora sofferto proprio a causa della loro collocazione a cavallo di vari ambiti del sapere, l’auspicio e l’augurio è che l’iniziativa della collana *Spiritualia et temporalia* possa affermarsi e proseguire con il vigore che ha animato la pubblicazione dei primi volumi.

MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, Aracne, Canterano, 2016, pp. 204

Il libro di M. J. Arroba Conde, *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, riflette l'alto profilo culturale dell'Autore che unisce nella sua esperienza professionale la docenza del Diritto processuale canonico nell'*Institutum Utriusque Iuris* presso la Pontificia Università Lateranense (di cui già è stato Preside) e il ministero di Giudice (nel Tribunale di Prima Istanza del Vicariato di Roma e quale Referendario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica). Tali due principali ministeri, insieme ai vari altri incarichi (Consulatore della Congregazione per la Dottrina della Fede, del Pontificio Consiglio dei Testi Legislativi e della Segreteria Generale del Sinodo), nonché al ruolo svolto, su incarico di Papa Francesco, quale membro delle Assemblee del Sinodo dei Vescovi del 2014 e del 2015 sul tema della famiglia, consentono all'Autore di possedere una sensibilità, ad un tempo, pastorale e comparatistica che palesemente si coglie alla lettura di questa monografia.

Dopo una veloce panoramica storico-comparatistica dell'evoluzione del concetto di "giusto processo" (cap. I), l'Autore entra immediatamente nella trattazione delle specificità proprie del processo nell'ordinamento canonico (cap. II).

Particolare rilievo assume la declinazione della finalità del processo canonico nell'ambito della *norma missionis* e il delineamento del particolare rapporto fra foro esterno e foro della coscienza in relazione alla verità da ricercarsi nel processo. Quanto a quest'ultimo argomento,

l'Autore accenna al rilievo che i convincimenti di coscienza dei coniugi assumono a seguito della riforma del processo di nullità matrimoniale operata dai m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* e *Mitis et misericors Iesus*, senza che tuttavia ciò alteri i due cardini della decisione giudiziale: fedeltà rispetto alla *quaestio iuris* e certezza morale rispetto alla *quaestio facti* (pp. 28-30; pp. 132-139).

Tale secondo capitolo, insieme alle finalità del processo canonico, con una rapida "volata" riesce ad inquadrare le varie tipologie di processo, da quello contenzioso (in particolare matrimoniale), a quello penale a quello amministrativo, consentendo al lettore – anche il più inesperto – di farsi un'idea sull'attività giudiziale nell'ordinamento ecclesiale.

Emerge sin da queste prime pagine una lettura ecclesiologica del ministero giudiziale che vede nella ricerca della verità una corresponsabilità di tutti i battezzati riconducibile dalle stesse parole di Cristo: *testimonium perhibere veritati* [cfr. Gv 18, 37] (p. 41). Tale impegno nella ricerca della verità si traduce anche in un *favor processus iudicialis*: «il processo giudiziale, perché fondato nell'individuazione della verità sulla base della proposizione dialettica dei fatti e delle circostanze da parte dei diretti interessati, si deve ritenere metodo di accertamento preferibile nelle controversie ecclesiastiche» (p. 41). Prova di questo sia l'opzione del Legislatore, malgrado alcune pressioni di segno opposto, per il mantenimento della via giudiziale per il processo di nullità matrimoniale anche *in iis casibus in quibus accusata matrimonii nullitas pro se habet argumentorum peculiariter evidantium fulcimen* (dal Proemio del m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*).

Nella delicata fase dell'attuazione della riforma dei processi matrimoniali,

l'Autore riafferma il ruolo nomofilattico della Rota Romana da esercitarsi *per proprias sententias* [cfr. art. 126 § 1 Cost. Ap. *Pastor bonus*] (pp. 50-51), ministero, questo, differente dalla vigilanza nell'amministrazione della giustizia affidata alla Segnatura Apostolica (pp. 59-66).

Come già in precedenti contributi, l'Autore sottolinea la necessità della qualificazione tecnica degli operatori dei tribunali, anche nei casi in cui un titolo accademico *ad officium* non sia specificamente richiesto dalla normativa (pp. 57-59). In un veloce ma chiaro passaggio tratta dell'indelegabile ruolo giudicante del Vescovo diocesano nel processo matrimoniale *brevior* e, in particolare, al caso in cui questi non abbia alcuna competenza giuridica: «Molti dei vescovi non hanno titolo né conoscenze in diritto canonico [...] l'imperizia canonica del Vescovo si compensa con l'obbligo di consultare l'istruttore e l'assessore» (p. 57). La deduzione dell'Autore incontra il limite della normativa vigente che non impone il possesso di un grado accademico per queste due figure, infatti per gli istruttori, i cui requisiti sono gli stessi degli uditori, il can. 1428 CIC prescrive che siano «*clericos vel laicos, qui bonis moribus, prudentia et doctrina fulgeant*» e per gli assessori il can. 1424 CIC parla di «*clericos vel laicos probatae vitae*». In tal senso, bisogna riconoscere che Arroba anticipa le disposizioni della recente Istruzione della Congregazione per l'Educazione Cattolica, emanata in data 29 aprile 2018, che introduce *curricula* di studio anche per le figure per cui la normativa non prevede il possesso di un grado accademico.

Fra i principi del giusto processo, l'Autore annovera anche il diritto alla difesa tecnica (cap. v). Se alcuni commentatori della riforma del processo di

nullità matrimoniale hanno registrato lo svilimento dell'opera dell'avvocato, Arroba ne sottolinea, piuttosto, la centralità in un sistema che vuole garantire un servizio alla verità qualitativamente elevato, delineandone i doveri deontologici e la rilevanza del ministero anche in fase pre-processuale.

Nell'ambito delle peculiarità "culturali" del processo canonico, l'Autore, facendo leva sull'*opus veritatis* che muove l'attività processuale, definisce la prova non come dimostrazione data dalle parti al giudice, mediante legittimi argomenti, di fatti dubbi o controversi che abbiano rilevanza nel processo, ma come accertamento razionale di fatti storici che tendano al raggiungimento della verità reale (pp. 112-118) e, alla luce di questo concetto, legge tutto il sistema probatorio (cap. vi).

Interesse suscita all'occhio del comparatista il cap. vii dedicato agli aspetti disciplinari e deontologici del foro canonico e, in particolare, gli elementi della ragionevole durata, della gratuità e dell'accessibilità, posti da Papa Francesco fra i principi della riforma dei processi matrimoniali. Di altrettanto interesse risulta il cap. viii, nel quale il *favor veritatis* incontra il principio di certezza morale che fonda le decisioni giudiziali e il cap. ix in cui lo stesso principio incontra quello di certezza delle relazioni giuridiche con la trattazione del sistema delle impugnazioni e del giudicato.

Pregio della monografia è anche rappresentato dalle brevissime introduzioni poste all'inizio di ogni capitolo che, in poche battute, giovano a "dare il tono" alla trattazione che segue che, a sua volta, si pone quale esplicitazione di tali enunciazioni introduttive.

Arroba riesce a mediare argomenti molto complessi con un linguaggio accessibile, specialmente a chi abbia confidenza con gli ordinamenti secolari, anche qualora ignori del tutto l'ordinamento canonico. Non soltanto l'approccio comparatista, ma anche la fluidità dell'argomentazione rendono il testo utilissimo per quanti, giuristi secolari, volessero avvicinarsi al Diritto processuale canonico: la monografia riesce a dare uno sguardo complessivo dei processi canonici sia quanto al fondamento degli stessi, sia quanto al loro concreto svolgersi, agli istituti che li caratterizzano e alle norme che li regolano. Nonostante offra uno sguardo generale del Diritto processuale canonico, il testo non si caratterizza come trattazione manualistica (peraltro, Arroba è Autore per i tipi di EDIURCLA, di un Manuale di Diritto processuale, giunto già alla sua sesta edizione [2012]), ma come elaborazione critica dell'impianto processuale ecclesiale, posta in un dialogo *culturale* con gli ordinamenti extracanonici.

**Gianluca Belfiore**

MADELEINE BAVENT, *La strega. Una storia vera*, traduzione del testo e cura di ANNA LIA FRANCHETTI, Edizioni Clichy, Firenze, 2019, pp. 205.

Il libro offre - nella lingua originale francese, con traduzione in italiano e introduzione della curatrice - la confessione generale che una donna di quarantacinque anni, l'ex suora Madeleine Bavent, redige nel 1647 dal carcere di Rouen, ove è reclusa come colpevole di "apostasia, sacrilegio, magia" e molti altri atroci crimini, con l'aiuto del penitenziere suo confessore, e che verrà presentata alla corte nel corso di un vasto e tortuoso processo per stregoneria.

Si tratta di un documento storico di eccezionale valore: pur disponendo di numerosissime testimonianze sull'immaginario collettivo e le pratiche inquisitorie risalenti al dibattito demonologico dell'epoca, questo memoriale rappresenta l'unica voce - una voce femminile intima, autentica, dolorosa - pervenutaci da una vittima, che ha vissuto sulla propria pelle l'efferatezza e lo stigma del clima contro-riformistico provinciale. Valore storico che però - ricorda la curatrice nella nota introduttiva (p.10) - "non deve far perdere di vista il significato umano di questo drammatico *De Profundis*, straordinario esempio di scarna, prudente ma efficacissima scrittura apologetica".

La donna racconta infatti in prima persona la sua parabola - tutta vissuta al chiuso asfissiante di istituti (prima il convento e poi il carcere) senza possibilità di dialogo e confronto esterno - dalla fanciullesca vocazione religiosa alle sordide pratiche di gruppo orchestrate in convento dal padre confessore, dal plagio alla scoperta della sessualità, dall'ossessiva oscenità delle prassi demoniache alla perdita del

velo, dall'incarcerazione alle sevizie, dall'astio e dalla mortificazione al pentimento, sino a una faticosa riconciliazione. Nell'ultima fase della sua vicenda, nelle prigioni di Rouen, Madeleine, finalmente trattata con dignità, riscopre infatti la propria capacità di parola, e, al netto delle false accuse delle monache, di cui le precedenti confessioni estorte erano imbevute, si assume l'onere di narrare la propria storia, non esimendosi dal rappresentare tanto i peccati commessi quanto le violenze subite.

La vicenda si svolge in Normandia verso la metà del '600. Sono gli anni della Fronda, le cui vicende vedranno protagonista, tra gli altri, quel Gaston Jean Baptiste de France, duca d'Orleans, alla cui consorte Margherita di Lorena l'editore dedicherà la confessione, allo scopo di "svelare i mezzi" di cui Mazzarino, "artefice dei nostri disordini [...] si è servito per ascendere e mantenersi nella prodigiosa prosperità in cui lo vediamo" (p. 21). Ma sono anche gli anni in cui, mentre il fervore controriformistico illumina le piazze d'Europa con migliaia di roghi di donne definite streghe, il Parlamento di Parigi si impegna in una lunga azione giudiziaria, che condurrà nel 1641 al divieto di istruire processi per stregoneria (per quanto, per la completa depenalizzazione del reato, si debba attendere un editto del 1682). Nella provincia, però, continua a persistere un orientamento diverso e, di fronte al portentoso caso delle monache impossessate di Louviers (che segue gli altri due episodi di possessione demoniaca avvenuti in Francia ad Aix-en-Provence tra il 1609-11 e a Loudun tra il 1632-37), prenderà corpo una grande azione penale, che vedrà intersecarsi e opporsi giurisdizione ecclesiastica e civile, potere locale e centrale, e su cui Madeleine, in quanto personaggio chia-

ve della vicenda, subirà numerosi, feroci interrogatori.

Ma vediamo i vari passaggi.

Madeleine - che, nata nel 1602 a Rouen, era rimasta orfana a nove anni, venendo affidata prima a uno zio e poi a una sarta, da cui avrebbe dovuto imparare il mestiere - racconta di essere stata spinta ai voti da una genuina, puerile devozione religiosa, che l'avrebbe condotta, adolescente, a Saint Lous Saint Elizabeth de Louviers, piccolo convento francescano, fondato nel 1616 ma finito di costruire solo quindici anni dopo.

La donna narra di come, in precedenti confessioni, avesse dovuto ammettere di essersi offerta al diavolo già prima dell'entrata nella struttura, ma spiega che tali affermazioni erano legate solo alla pressione subita da parte delle suore, che intendevano screditarla, facendola passare come l'origine dei mali del monastero. In realtà, invece, la confessa ribadisce che, all'entrata nel convento, la sua purezza era intatta: "mia disgrazia fu d'incontrarvi David come confessore e direttore di coscienza" (p. 33).

Questo prete - che, insieme alla madre superiora François de la Croix, era la personalità più significativa del convento - "col pretesto di instaurare la perfetta obbedienza", e affermando che bisognava "uccidere il peccato per mezzo del peccato, per ritrovare l'innocenza e assomigliare ai nostri progenitori, che non avevano alcuna onta della loro nudità" (p.35), istigava le suore a spogliarsi, danzare e toccarsi reciprocamente, fino a fare "uso perverso" del crocifisso. Madeleine racconta di aver nutrito grande disagio e avversione per tali pratiche (adottate con la complicità della madre superiora, a cui "piacevano immensamente" [p.53]), ma afferma che, quando le aveva respin-

te, era stata rimproverata come “disobbediente, ostinata, ribelle, orgogliosa” (p.37), venendo così costretta a eseguirle. Inoltre, poiché David attestava come in tali comportamenti non vi fosse niente di male, le era preclusa la confessione, insieme a ogni altro confronto esterno.

Non è stato comunque con gli atteggiamenti lascivi e blasfemi di quel prelado (di lì a poco deceduto) che Madeleine avrebbe “maggiormente offeso Dio” (p. 39), ma con il suo successore, Mathurin Picard.

Quest’ultimo - figura carismatica e manipolatrice, di cui la ragazza si ritrova in breve completamente succuba (“non sono in grado di dire cosa mi legasse a lui, né con quale disgraziato potere mi trattenevo”, p.45) -, oltre ad appagare i propri desideri carnali (per cui, “servendosi più della forza che dell’amore” [p.47], si unì a lei), con azioni sacrileghe, prese a progressivamente avviarla al culto del diavolo.

Passarono degli anni, scanditi da una serie di macabri eventi (come sortilegi vari, o uno scritto con cui la giovane suora lega ufficialmente la propria sorte a quella di Picard), ma la svolta vera e propria arrivò verso la fine degli anni ‘20, quando il religioso (avendo saputo che la ragazza, spinta da un tormento interiore, aveva chiesto a un prelado di nome Langlois di confessarla, e temendo che gli avrebbe rivelato tutto), fu indotto ad accelerare il suo “progetto perverso” (p.59).

Si apre allora una fase di perdizione, ossessione e tormento, segnata dalla costante presenza del diavolo, nelle sembianze di un gatto che la segue ovunque, da visioni di strane creature (“un piccolo cervo volante nerissimo”, p. 67), di demoni che la percuotono, di lettere con cui si consacra al demonio e di Sabba notturni (osceni incontri in cui religiosi

e diavoli, dalle “sembianze mezze umane e mezze bestiali” [p. 75], si radunano alla luce delle fiaccole intorno a un altare su cui profanare ostie e crocifissi, sacrificare bambini, banchettare coi loro corpi, ecc.). Madeleine cercò ancora in questo periodo soccorso esterno, parlando prima a padre Langlois (il quale si dimostrò però poco pronto e competente) e poi scrivendo al vescovo di Evreux, François de Péricard (definito, da E. Hildesheimer, “uomo pacifico, costretto suo malgrado a confrontarsi con eventi deplorabili”, senza possedere “l’energia necessaria a porvi rimedio”: *Les possédées de Louviers*, in *Revue d’histoire de l’église de France*, 105 [1938] p. 423), che inizialmente non diede alle lettere alcuna importanza, e che solo in seguito a reiterate sollecitazioni da parte di Langlois si recò alcune volte nel convento, nel 1642, per confessare la suora.

Gli eventi sarebbero di lì a poco precipitati: poco prima della morte di Picard, avvenuta a settembre del 1642, giunse al convento una novizia di nome Anne Barrè, detta della Natività, che cominciò subito ad “avere delle visioni” e a essere “quasi sempre fuori di sé” (p.121), indicando, durante gli esorcismi, l’origine dei mali del monastero in Madeleine. La madre superiora (che a detta di Madeleine la detestava, e temeva che lei potesse raccontare a Langlois di averla vista ai Sabbati) decise quindi di informare delle accuse Péricard, che il 2 marzo 1643 si recò al monastero, assistette al delirio di alcune monache indemoniate che parlavano lingue sconosciute, bestemmiavano, erano scosse da convulsioni (S. Alexandrian, *Histoire de la philosophie occulte*, Paris, 1983, p. 351), e ascoltò poi le affermazioni di suor Barrè, secondo cui, una volta tolto il velo a Madeleine, la purezza del

luogo sacro sarebbe stata ristabilita.

Alla donna venne dunque immediatamente tolto l'abito da religiosa, e, poiché suor Barrè aveva riferito che era marchiata, Madeleine venne rasata e visitata alla ricerca del "punctum diabolicum" ("posso dire che la loro visita mi fu penosa e spiacevole quanto la perdita del velo", p. 125); lo stesso giorno il corpo di Picard fu dissepolto e gettato in segreto in un immondezzaio chiamato *Le Puits Crosnier*, nell'arcivescovato di Rouen. Tre giorni dopo Anne Barrè venne interrogata più dettagliatamente e, creduta in tutto e per tutto, il tribunale ecclesiastico normanno emise sentenza di condanna per stregoneria, imponendo a Madeleine di "restare prigioniera tutta la vita e di digiunare tre giorni la settimana con pane e acqua" (p. 129).

Comincia allora una durissima reclusione nel carcere dell'Officialité di Evreux ("non ci si può immaginare ciò che ho sopportato durante la mia prigionia", p. 137), in cui l'ex suora viene tenuta, "tra insopportabili miasmi e sudiciumi" (p.137), nella segreta, "che è un luogo spaventoso" (p. 133), senza neanche il conforto di un confessore di sua fiducia (poiché il penitenziere assegnatole, che la "trattava da indemoniata" e "si era divertito a esorcizzar[la] [p.185], aveva anche contribuito a formare delle false prove in base a cui era stata condannata). È un periodo di grande tormento, umiliazione, livore: lungi dall'avviare un percorso di redenzione ("non vivevo nella fede come i giusti, ma nella brutale passione come le bestie", p. 131), Madeleine è logorata da un'acredine e una disperazione che la portano spesso ad accanirsi verso il Padre e il Figlio (cui rivolge "ingiurie, bestemmie, empietà", p.145), a rifiutare il cibo e l'acqua per giorni, e a tentare il suicidio, accoltellandosi, ingoiando vetri frantu-

mati, ingerendo ragni. A tali sentimenti distruttivi - legati saltuariamente all'apparizione di un "angelo cattivo" - sono però talora frapposti propositi di salvezza e compassione: compare allora alla vista della donna un altro angelo, che le proibisce di "attentare nuovamente alla [sua] vita, esortando[la] a sopportare [le sue] pene con maggior pazienza" (p.149).

Vi è inoltre l'interminabile serie di viaggi a Louvers, per ascoltare le accuse a suo carico ed essere interrogata a proposito. Nonostante, infatti, il cadavere di Picard fosse stato esumato e spostato in segreto, il corpo fu ritrovato e i familiari, venutine a conoscenza, intrapresero una lunga e intricata azione penale, le cui indagini si incentrarono, ovviamente, sul monastero. Gli inquisitori trovarono il luogo sacro completamente scosso dalle possessioni delle religiose, di cui riportarono le «strordinarie convulsioni e contorsioni», la repulsione a ricevere la comunione, le visioni notturne di streghe, la decifrazione di messaggi rivolti ai demoni in greco o in latino (S. Ferber, *Demonic Possession and Exorcism in Early Modern France*, London, New York 2004, p. 97). Insieme ad altri rituali, come processioni intorno al monastero, vennero quindi effettuati numerosissimi esorcismi (tanto che, scrive la Ferber, attorno a essi girava "l'intero programma della vita del convento"), durante i quali le suore, oltre ad accusare David, Picard e Madeleine, puntarono il dito anche contro la madre superiora e il vicario di Mesnil-Jourdain, Thomas Boullè.

Madeleine fu quindi condotta ad assistere agli scongiuri delle monache, ascoltando le più disparate e infamanti accuse a suo carico ("che Dagone [un demone] mi ha sposata [...], che ho avuto molti bambini, morti e vivi, portati al Sabba e mangiati [...], che ho contribuito alla composizio-

ne di molti malefici [...]”, p. 167), venendo, tra il ‘44 e il ‘45, chiamata a risponderne in almeno ventitré interrogatori. Le reticenze della donna ad ammettere i falsi addebiti vennero inoltre interpretate dagli inquisitori come segni di una “paralisi spirituale” causata dai demoni (Ferber, *op. cit.*, p. 102), per cui la donna - trattata a volte da strega e altre da impossessata, e pertanto spesso esorcizzata - fu alla fine costretta a “rispondere come volevano” (p.153), fino a testimoniare contro persone mai incontrate, e a riconoscere tutti i crimini imputatili.

Negli ultimi anni la prigionia a Evreux si fece meno rigida: quando ne ebbe occasione, Madeleine riferì al vescovo di quanto aveva sofferto delle accuse, giacché “in verità di Dio, non [aveva] mai causato del male al Convento né ad alcuno, essendo tutte le [sue] colpe contro Gesù Cristo solamente”, ed egli le rispose che “il caso di Louviers era alquanto ingarbugliato, che non ci capiva più nulla” e che “avrebbe voluto non essersene mai occupato” (p.181).

Nel 1647 la detenuta venne poi trasferita a Rouen (dove Péricard aveva ottenuto di far riesaminare il caso, dopo che una prima sentenza aveva dato ragione ai familiari di Picard). Madeleine ritornò così con mortificazione nella città natale (“non fu un’umiliazione da poco [...], il popolo mi guardava come la più orribile maga mai vista al mondo” [p.183] e “tutti venivano a vedermi per curiosità, e credo cercassero di vedere se c’erano dei diavoli accanto a me” [p.185]). In quel carcere però, oltre al conforto delle visite di “una persona di rango” (p.185), le venne finalmente assegnato come confessore un penitenziere di cui poté avere fiducia, e incontrò altre valide persone di riferimento (“se le avessi avute al monastero non sarei quel che sono”, p.189), i cui di-

scorsi, incentrati più su Dio che sui peccati commessi, pian piano la toccarono. Cominciò lì (dove sarebbe rimasta sino alla morte, giunta cinque anni dopo) un percorso di redenzione e pentimento, che passò per la liberazione dall’odio verso le suore di Louviers (a cui Madeleine inviò una lettera, che rimase però senza risposta) e si completò con l’espletamento della confessione generale e con una sofferta penitenza spirituale.

La sentenza arriva il 21 agosto 1647: il parlamento di Rouen riconobbe Picard e Boullè colpevoli di “magia, sortilegio, sacrilegio e altre empietà” (p.199) e stabilì che il corpo del prelado e la persona del suo vicario venissero trascinati su dei graticci nella piazza del mercato, dove il cadavere sarebbe stato messo sul fuoco e il suo complice sarebbe stato bruciato vivo (dando presumibilmente luogo all’ultima condanna a morte per stregoneria in Francia). Le suore di Louviers sarebbero poi state trasferite in altri monasteri o presso le proprie famiglie e, “per evitare gli abusi e inconvenienti menzionati al processo” (p.201), si sancì che di lì in poi sarebbero stati regolarmente inviati confessori straordinari presso i conventi femminili, ad ascoltare le religiose. Venne inoltre stabilito l’arresto della madre superiora, “detta la piccola madre François” (p. 205); questa però, “stimata e rispettata da tutti” (dalla prefazione, p. 9), si rivolse al Consiglio del re, che la liberò il 7 settembre seguente, con un atto che chiuse definitivamente la faccenda di Louviers.

Il testo, oltre a fornire un’inedita rappresentazione di una vicenda complessa, di grande interesse storico, giuridico ed ecclesiastico (motivi per cui il caso è stato ampiamente studiato dagli storici), e a offrire un’intrigante e realistica galleria umana dei soggetti coinvolti (l’ambigua

Madeleine, il lascivo David, l'irrisolto Pèricard, il perverso Picard, l'equivoca madre François, l'inadeguato Langlois, la cui intrusiva presenza circonda la protagonista, facendone risaltare, all'opposto, la dura solitudine) suscita, tra tanti interrogativi (qual è il discrimine tra fantasia e realtà? cos'è avvenuto davvero?), soprattutto riflessioni intorno alla prolifica forza dell'immaginario collettivo, divampata all'interno un gruppo piuttosto articolato e composito di persone. Com'è stato possibile che un intero convento fosse scosso da potenti allucinazioni, che si innescasse un vortice centripeto in cui tutti i componenti intessevano una folle narrazione comune?

Oltre a rendere l'idea di una cultura la cui quotidianità era impregnata di sovrannaturale, la psicopatologia di gruppo scatenata tra le mura del monastero fa venire alla mente quelle caratteristiche proprie delle istituzioni totali studiate, tra gli altri, da Erving Goffman, secondo cui, se "ogni istituzione si impadronisce di parte del tempo e degli interessi di coloro che da essa dipendono, offrendo in cambio un particolare tipo di mondo", quelle totali, caratterizzate dall'"impedimento allo scambio sociale e all'uscita verso il mondo esterno [...] agiscono con un potere inglobante [...], più penetrante di altre" (*Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, 1961, ed. it. Torino, 2001, p. 10). In tali spazi chiusi possono realizzarsi sorprendenti modifiche della personalità, difficilmente inquadrabili se considerate sul solo piano individuale.

La capacità di produrre miti collettivi (secondo lo storico israeliano Y. N. Harari [*Sapiens. Da animali a dèi*, ed. it. Milano, 2015, pp. 31ss.] la più caratteristica delle funzioni umane), all'interno dell'ambiente chiuso e vischioso del

monastero di Madeleine, si sarebbe così declinata in un delirio comune che, pur attingendo alle immagini del mondo barocco del tempo, avrebbe dato nel contempo voce a pulsioni oscure e latenti, da sempre annodate sul fondo dell'obliqua, inquieta natura dell'essere umano.

Una testimonianza, dunque, di alto valore, per la comprensione tanto della storia della stregoneria (che emerge nella sua intrinseca peculiarità), quanto della relativa repressione ecclesiastica (nel caso esaminato, come visto, molto oscillante, articolata e contraddittoria) e, soprattutto, della "storia della follia" e delle "istituzioni totali" (studiate, com'è noto, da Foucault e tanti altri).

**Sara Lucrezi**

ALESSANDRO PALMA, *Finis vitae. Il biotestamento tra diritto e religione*, Artetetra, Capua, 2018, pp. 182.

L'emanazione della legge 219/2017, contenente "*Norme in materia di consenso informato e di Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT)*", ha determinato il superamento di quel *vulnus* normativo, soltanto parzialmente colmato dagli interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità in applicazione delle preesistenti disposizioni di rango costituzionale e sovranazionale.

Il riconoscimento di spazi, più o meno ampi, entro cui l'uomo può disporre della propria vita nel rispetto dei propri paradigmi etici di riferimento rappresenta un evidente canale di collegamento con gli ordinamenti confessionali, da cui, frequentemente, l'individuo trae le coordinate della propria esistenza, oltre che il fine ultimo della sua stessa vita. Per tale ragione si rivela particolarmente opportuna la duplice prospettiva interordinamentale e multiculturale con cui l'A., senza omettere una puntuale disamina dell'impianto della legge 219/2017, affronta il tema del cd. biotestamento nell'opera dal titolo "*Finis vitae. Il biotestamento tra diritto e religione*", edita per i tipi della Artetetra editrice.

Difatti, a seconda dell'appartenenza religiosa del fedele, le opzioni ideologiche in tema di fine vita manifestate dal singolo individuo si dimostreranno più o meno assimilabili con il dettato normativo statuale, chiamato a trovare applicazione nei confronti di «una constatabile molteplicità di modelli o paradigmi bioetici che non è corretto misconoscere» (p. 25). Ciò perché, secondo l'A. «il sistema giuridico secolare, nel produrre norme giuridiche sulle questioni bioetiche, deve

tenere conto del pluralismo etico che caratterizza la società contemporanea, evitando di adottare una parziale visione culturale, frutto della presa in considerazione solo di alcuni interlocutori» (p. 130).

L'esame delle normative confessionali in tema di fine vita – spesso (ma non sempre) in contrapposizione con quelle affermate dall'ideologia laica – diviene dunque utile strumento per valutare il grado di inclusività – e quindi di efficacia – dell'intervento del legislatore italiano rispetto al relativismo bioetico della società contemporanea, che merita di essere oggetto di una legislazione laica e neutrale, atta ad impedire l'insorgere di contrapposizioni tra presunte concezioni etiche deboli o forti. Le posizioni delle confessioni religiose rispetto ai temi bioetici – e dall'esauriente indagine condotta dall'A. non sono estromesse le religioni orientali – appaiono notevolmente diversificate, a riprova dell'esistenza di un pluralismo etico, talvolta interno alle singole religioni. Si pensi al caso dell'Islam, in cui, come rilevato dall'A., a dispetto di un'apparente negazione di ogni margine di operatività per l'eutanasia o il biotestamento in nome della indisponibilità del bene della vita, si registra la presenza di orientamenti dottrinali e l'elaborazione di documenti scientifici e/o deontologici diretti ad ammettere una distinta valutazione delle singole fattispecie, fino ad affermare – è il caso del *mufti* M. Siddiqi, Presidente del *Fiqh Council of North America* – la liceità dell'interruzione dell'alimentazione artificiale allorché il soggetto non abbia più speranze di guarigione. Interessante è inoltre il cenno ai *Codici islamici di etica medica*, oltre che alla situazione iraniana, in cui, pur nel rispetto dei principi fondamentali del diritto islamico, è consentito al paziente

musulmano di formulare e redigere «un testamento biologico privo di valore vincolante, definito *wasiyah mubahah* (documento ammissibile), in cui esprime la propria volontà in merito alle terapie che intende accettare o meno nel caso in cui dovesse trovarsi in una fase estremamente critica, priva di coscienza e senza possibilità di guarigione» (pp. 74-75).

Segue una puntuale disamina delle disposizioni normative introdotte dalla legge 219/2017. L'A. guarda positivamente all'intervento del legislatore italiano, ritenuto meritevole – grazie al riconoscimento del diritto del paziente di autodeterminare ogni fase della propria vita – di aver valorizzato il portato di quelle disposizioni costituzionali che affermano sia l'obbligatorietà dei trattamenti sanitari limitatamente ai casi espressamente previsti dalla legge (ovverosia quando sussista un superiore interesse della collettività), sia la dimensione negativa del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., in base al quale può consentirsi al singolo individuo, purchè consapevolmente e adeguatamente informato, di poter rifiutare determinate cure e trattamenti, soprattutto se inutili ai fini di un miglioramento delle condizioni di salute.

L'A, tuttavia, non manca di formulare alcuni condivisibili rilievi critici alla normativa in esame. In particolare, l'art. 4, comma 5 della l. 219/2017 permette al medico di disattendere le indicazioni del paziente in caso di terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione delle DAT e tali da offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Sul punto, l'A. sottolinea che tale situazione può potenzialmente esporre il paziente al rischio di un «limbo terapeutico», rispetto al quale è auspicata l'istituzione, all'interno delle singole strutture sanitarie, di un collegio di esperti chia-

mato a decidere senza indugio la cura da adottare, in conformità o meno con le DAT, onde evitare ogni possibile situazione di stallo nella curadel malato.

Ancora, l'A. stigmatizza la mancata previsione, nel testo normativo, del diritto all'obiezione di coscienza del medico rispetto all'applicazione delle DAT, lamentando che lo stesso rilievo attribuito alla coscienza del malato debba essere assicurato anche a quella del personale medico, soprattutto in considerazione della circostanza che l'emanazione della l. 219/2017 ha prodotto una «inevitabile frattura tra gli operatori sanitari, fra i sostenitori della tesi della sacralità ed indisponibilità del *bene giuridico vita* e quanti, invece, sostengono la disponibilità dello stesso bene in funzione di una dignitosa qualità dell'esistenza» (p. 169).

In conclusione, l'opera affronta la tematica del fine vita in modo esauriente e completo offrendo anche spunti per eventuali interventi migliorativi dell'attuale disciplina.

**Fabio Balsamo**

CIRO PUNZO, *Questioni di genere e profili giuridici e canonici dell'identità sessuata*, Artetetra, Capua, 2016, pp. 198.

Con il presente lavoro l'Autore, con rigore scientifico e con chiarezza espositiva, inserendosi nell'attuale dibattito etico e giuridico sull'ideologia genericamente chiamata *gender*, descrive ed affronta compiutamente, da un punto di vista prevalentemente civile e canonico, le questioni sorte con la comparsa di una teoria di identità sessuale personale consegnata ad un'opzione individualistica che si determina più su una mutevole dimensione socio-culturale che su un originario dato fisico e biologico. Del resto, l'attualità e la rilevanza etico-giuridica dello specifico tema dell'identità sessuata dell'essere umano, così come i problemi pratici connessi all'affermazione della teoria *gender*, «che nega le differenze e la reciprocità naturale di uomo e donna», che «prospetta una società senza differenze di sesso» e che «svuota la base antropologica della famiglia (...) promuovendo un'identità personale e un'intimità affettiva radicalmente svincolata dalla diversità biologica fra maschio e femmina» (p.15), appaiono, in tutta la loro evidenza, anche dalle numerose riflessioni e dai diversi documenti che, nell'ambito della Chiesa cattolica, affrontano il tema in relazione ai profili attinenti alla famiglia, alla sua identità ed alla sua crisi. Ciò è particolarmente evidente in Occidente dove, in un più ampio processo di attenzione verso le persone con inclinazioni omosessuali, lo sviluppo di una visione «culturale» del genere sessuale ha indubbiamente contribuito ad un'evidente crisi sociale e spirituale della famiglia eterosessuale, fondata sul matrimonio e, tradi-

zionalmente, considerata nucleo essenziale della società e della comunità ecclesiale. E', dunque, nell'ambito di questo dibattito che si inserisce lo studio dell'Autore che, riuscendo a fornire un chiaro quadro d'insieme di una realtà ancora ignota a molti, scandaglia i profili interessati e le sfide interessate dal dibattito sull'identità sessuale personale, sull'identità di genere e sul ruolo di genere. Nel primo capitolo, *Teorie del genere, identità sessuata e rettificazione di attribuzione di sesso*, in prospettiva critica e nell'orizzonte della cultura cattolica che «si muove in un clima non meramente genetico-biologico, né soltanto psico-relazionale, ma anche simbolico», si affrontano così «i termini in gioco presenti nel titolo del libro (identità sessuata, genere, rettifica di attribuzione di sesso) con particolare attenzione ai profili etico-teologici, giuridici e canonistici della questione del genere in maniera che emerga progressivamente la peculiare fattispecie problematica della rettificazione di attribuzione del sesso» (p. 27). Il dibattito contemporaneo in tema di «teorie *gender*», le quali fundamentalmente combattono il concetto di «natura» (intesa nel senso, non esatto, della fissità) e rappresentano l'identità sessuale come un prodotto culturale in cui predomina la «scelta mobile e revocabile persino più volte nel corso della vita della persona» (p.42), è per l'A. motivo di studio non solo delle relative implicazioni etiche, teologiche e giuridiche ma anche del modo in cui il diritto canonico intende la sessualità umana e del relativo *modus operandi* della Chiesa davanti alle problematiche che il dibattito sulla sessualità e sul genere ha fatto emergere in tema di coniugalità sessuata e di sacra ordinazione. Come sottolinea l'A., se è vero che «il nuovo concetto di genere tende al suo ri-

conoscimento sociale e giuridico volendo, in tal modo, anche la tutela delle possibili conseguenze da esso derivanti (anche sul piano canonico)» e se è vero che il canone 208 C.I.C. afferma chiaramente la “*aequalitas*” nella dignità e nell’agire in funzione della “*aedificatio Corporis Christi*”, è anche vero che «la medesima eguaglianza si sviluppa, sempre nella logica canonica, in maniera, però, diversa nell’ordinazione presbiterale e nel matrimonio». Nella prima, infatti, (disponendo il canone 1024 C.I.C che *Sacram ordinationem valide recipit solus vir*) «vige il carattere della dis-egualità rispetto a chi appartiene al genere femminile» (p. 45) che, però, non intacca la fondamentale eguaglianza nella dignità personale di ogni battezzato e la finalità della *salus animae* propria dell’ordinamento giuridico della Chiesa; nel secondo, istituto naturale elevato alla dignità di sacramento in «cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole» (canone 1055 C.I.C), emerge chiaramente il paradigma secondo cui, per completarsi nell’unità dal punto di vista fisico, psichico, spirituale e relazionale, sono necessarie, senza con ciò ammettere disuguaglianze, le naturali differenze (anche sessuali) tra uomo e donna. Del resto, come opportunamente sottolinea l’A. se, anche alla luce del can. 1057 C.I.C., del can. 1061 C.I.C. e del paragrafo 3 del can. 1095 C.I.C. elementi essenziali del matrimonio canonico sono la qualità eterosessuale, il carattere personale ed interpersonale, allora sia il matrimonio celebrato tra due persone fisicamente dello stesso sesso sia quello celebrato dopo un intervento chirurgico per la rettifica del sesso, non solo non è matrimonio ma non presenta neppure l’esteriore *figura matri-*

*monii*. Ciò in quanto nel primo caso a mancare è la stessa apparenza esteriore, nel secondo caso, invece, vi è un difetto di quelle cognizioni psichiche e intellettive appartenenti a chi nasce proprio con quel determinato sesso. Inoltre, l’A. rileva che, benché la problematicità delle questioni legate all’identità sessuata della persona umana e all’istituto del matrimonio si sia acuita, anche nel nostro Ordinamento, con la sentenza della Corte cost. n. 138/2010 con cui si è affermato che all’unione omosessuale deve essere riconosciuto il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia (da riconoscere giuridicamente nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge) che però non può essere equiparata o ritenuta omogenea al matrimonio (p. 47), tuttavia, nel dibattito sulla diade sessuata umana non poco conto ha avuto la promulgazione della l. n. 164 del 1982 sulla rettificazione dell’attribuzione di sesso a seguito di una sentenza del Tribunale, passata in giudicato, che attribuisce ad una persona un sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modifiche dei caratteri sessuali. Al riguardo l’A., ripercorrendo l’evoluzione storica, culturale e normativa che ha portato, in un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza, prima ad un deciso rifiuto a far rientrare il diritto alla personalità psichica tra gli artt. 2 e 24 Cost., poi «al riconoscimento di un diritto all’identità sessuale come proiezione della percezione psicologica di genere del soggetto» (p. 66) e poi, ancora, alla promulgazione della l. n. 164 del 1982, non trascura di esaminare approfonditamente le varie criticità e le numerose questioni procedurali sorte con la l. 164/82 e con il d. lgs. n. 150 del 2011 recante disposizioni complementari al c.p.c. in materia di riduzione e semplifi-

cazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della l. 18 giugno 2009, n. 69 (p. 75). Così, nel capitolo *Transgenderismo e transsexualismo. Profili normativi e amministrativi*, l'A. rileva che se la l. 164/82 è stata indubbiamente «un grande traguardo per l'Italia, in quanto con essa si sono dettate le prime regole di un fenomeno mai affrontato in precedenza, ossia quello dei transessuali, anche in vista delle scelte essenziali e di salute del soggetto umano», è anche vero che, oggi, tale legge non è generalmente più ritenuta sufficiente «in quanto, il numero di coloro che, ad un certo punto del loro sviluppo evolutivo, non si riconoscono più nel loro sesso fenotipico non solo è aumentato, ma è diventato il “caso specifico” di un più ampio discorso che come si è visto, al di là del fenomeno transessuale, allarga sempre più l'orizzonte dei problemi a tutto ciò che si denomina identità sessuata» (p. 79). Così, la sottrazione del processo di identificazione sessuata alla semplice declinazione di chiare componenti bio-psichiche e la presa d'atto che «non basta più una legge che permetta di salvaguardare il diritto di salute non solo fisico, ma anche psichico, dei transessuali», è motivo per l'A. per una riflessione che, nel rispetto dei diritti personalissimi dell'individuo, vuole ripensare «sia sul piano amministrativo, anagrafico, sociale, che sul piano della cultura delle relazioni interpersonali, tutto il vasto orizzonte che si coagula intorno al tema dell'identità sessuata e delle sue componenti personali, sociali, culturali, quindi anche giuridiche, canoniche e religiose» (p. 80), è motivo per l'A. per una attenta riflessione ed una puntuale analisi della legislazione nazionale e di quella comunitaria.

In particolare, non tralasciando una puntuale analisi anche della legislazione

comunitaria, per quanto attiene specificamente alla l. n.164/82, l'Autore evidenzia come la stessa, richiedendo la necessaria propedeuticità dell'intervento alla rettificazione sessuale anagrafica, miri in realtà a proteggere solo coloro che si sottopongono all'intervento chirurgico e non coloro che non possono sottoporsi ad esso. Si ripropone, così, la perenne tensione tra il diritto soggettivo di vivere la propria personalità come si desidera e l'interesse statale avente ad oggetto la certezza del diritto che sia la l. n.164 che quella sulle unioni civili intendono, come ponti di legame tra i due estremi, disciplinare non riuscendo, tuttavia, a tutelare tutti i soggetti coinvolti e contribuendo, così, a generare il paradosso che «chi desidera appartenere ad un sesso diverso rispetto a quello fenotipico, ad esempio, per formare una sua famiglia, può avere tale riconoscimento con l'unione civile, la quale non esige l'intervento chirurgico dei “nubendi”; ma se non si desidera diventare “coniuge”, ma solamente essere precisamente identificati con il sesso di destinazione, occorre sottoporsi alla l. n. 164/82» (p. 99).

Così, l'Autore evidenzia come con l'approvazione della Legge Cirinnà, che disciplina le convivenze di fatto etero e omosessuali e le unioni civili tra persone dello stesso sesso, non solo si sono presentati alcuni importanti nodi da sciogliere (in tema, ad esempio, di qualificazione giuridica di tale “formazione sociale”, di *stepchild adoption*, di *best interest of the child* e di possibilità di sottrarsi, per motivi di coscienza, all'obbligo di partecipare al procedimento volto a concludere un'unione civile o un matrimonio omosessuale) ma si è anche pervenuti ad un esito quantomeno contraddittorio in quanto si potrebbe arrivare ad «affermare che chi si unisce civilmente sia l'esempio di come la

sessualità sia culturale, non essendo indispensabile l'intervento chirurgico; nell'altro caso, la sessualità diventa naturale, trovando applicazione la l. n. 164/82» (p. 99). L'Autore, così, non trascura i risvolti pratici e le questioni connesse alla tendenza a considerare «centro di imputazione di diritti e doveri non più l'individuo, considerato nella sua globalità, ma la psiche della persona, nonché il suo “divenire” soggetto umano, anche per quanto riguarda l'inclinazione sessuale», nonché quelle legate alla tendenza a sostituire totalmente «la certezza del diritto, incardinata sull'essere umano, considerato nel suo percorso di vita» con il diritto soggettivo all'auto-determinazione sessuale dell'individuo, non più inteso nella sua globalità, ma, unicamente, nella dimensione psichica di chi vuole vedersi riconosciuta un'identità corrispondente solo ai propri desideri e alla propria autoconfigurazione di soggettività umana senza alcuna mediazione con l'identità naturale (p. 169). Tali questioni sono per l'Autore, così, motivo per un'attenta riflessione, nella parte conclusiva del testo dedicata al *Transessualismo e diritto canonico*, sull'ampia problematica del *gender* e «sull'identità sessuale nel più vasto orizzonte della dignità umana e della teoria della persona quale viene tratteggiata dalla Chiesa cattolica nei suoi profili istituzionali e giuridici» (p. 97). L'Autore, dunque, esaminando numerosi documenti, relazioni ed esortazioni apostoliche, ricostruisce la posizione della Chiesa cattolica in tema non solo di famiglia, della sua identità e della sua crisi sociale e spirituale, di matrimonio, nei suoi profili individuali, relazionali e nella sua incidenza sociale e politica, ma anche in tema di *gender theories*, di convivenze non sacramentali, anche di tipo omosessuale, quali forme alternative alla famiglia tradizionale. L'Autore affronta, così, il tema

della soggettività nella Chiesa e del diritto naturale della libertà di scelta dello stato di vita della persona battezzata ribadendo con chiarezza che «la libertà di scelta ammessa dalla Chiesa, non può essere premessa, anche solo per analogia, della libertà di scelta del genere, perché questa si fonda su un dato ontologico immodificabile, mentre scegliere lo stato di vita è successivo alla struttura personologica del soggetto» (p. 101). Inoltre, poiché nel diritto canonico «l'interesse della Chiesa e quello dell'individuo combaciano, in quanto entrambe mirano a perseguire il progetto di Dio» (p. 104) l'intervento chirurgico preordinato alla rettificazione di sesso comporta una alterazione manipolatrice preordinata alla creazione di un sesso artefatto incapace di dare nuova vita che non solo «non presenta caratteristiche tali da migliorare l'individuo ma che, anzi, mira solo ad asportare l'organo sano e ad arrecare un grave danno alla persona, la quale non potrà, ad esempio, più procreare nel caso di stato matrimoniale» (p. 105). Dunque, il diritto canonico tende ad esaltare il carattere naturale della persona e, tendendo ad includere la cultura nella natura, evidenzia non solo il necessario carattere eterosessuale del matrimonio ma anche la libertà e l'uguaglianza personale tra uomo e donna, indipendentemente dalla loro realtà sessuale duale. Del resto, sottolinea l'Autore, alla tutela accordata dal *Codex Iuris canonici* alla dignità della persona -nelle sue declinazioni in termini di libertà e di uguaglianza- si ricollega inevitabilmente «una peculiare teoria dell'uomo e della donna, nonché dei rapporti tra *eros* e *agape*, che viene fondata non solamente su semplici considerazioni giuridiche, ma bibliche e rivelate» (p. 133). Così, nonostante le aperture da parte degli Ordinamenti comunitari e nazionali, risulta chiaro il mancato riconoscimento

da parte della Chiesa dell'esistenza di un *tertium genus* così come emerge nell'istituto matrimoniale canonico il concetto di diversità sessuale che, nella prospettiva del *totius vitae consortium*, non può essere raggiunto qualora i soggetti si sottopongano ad intervento chirurgico. Pertanto, «se la legge italiana non preclude il matrimonio a colui che si è sottoposto all'intervento chirurgico per realizzare il sesso psichico (oggi, con la formazione delle unioni civili, non risulta più necessario sottoporsi al menzionato intervento), molte sono le difficoltà che si riscontrano nel diritto canonico» (p. 145) secondo il quale vi è una netta incompatibilità tra le nuove forme del gender e la possibilità di un valido matrimonio canonico.

In conclusione, con quest'opera, caratterizzata per la serietà, chiarezza e completezza dell'indagine, l'Autore, con

argomentazioni strutturate e ragionate, riesce a delineare, attraverso una struttura che favorisce una lettura fluida e senz'altro stimolante, l'ampio dibattito teorico ed i numerosi risvolti pratici sul piano giuridico-sociale nati, non soltanto nell'Ordinamento italiano e comunitario ma anche in quello canonico, con la comparsa dell'ideologia *gender*. Tale panoramica costituisce uno dei pregi dell'opera e rappresenta motivo per l'Autore per affermare chiaramente che è necessario ripercorrere «dieci passi indietro» per «evitare che, in nome della liberazione omosessuale, si finisca per confondere tra identità e orientamento della persona, tra diade sessuata naturale e purificazione degli orientamenti sessuali culturali, tra matrimonio eterosessuale e unioni civili, anche per quanto concerne la salute riproduttiva» (p. 175).

**Alessandro Palma**

## Codice etico

La Rivista *Diritto e Religioni*, in base alle linee-guida del *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* redatte dal (COPE), *Committee on Publication Ethics* – che disciplinano il comportamento di tutte le parti (il Direttore, i Valutatori e gli Autori) coinvolte nel processo di pubblicazione dei contributi sulla Rivista –, prevede il seguente *Codice etico*.

Come già previsto dall'anno 2012, è adottata la procedura di valutazione tra pari (*peer review*) con sistema anonimo e doppiamente cieco (*double blind*). La procedura è volta a garantire che il Valutatore non conosca mai l'identità dell'Autore e che l'Autore non conosca mai l'identità del Valutatore.

### RESPONSABILITÀ DEL DIRETTORE

*Responsabilità*: il Direttore di una rivista *peer-reviewed* è responsabile di decidere quali articoli inviati alla rivista debbano essere pubblicati e, inoltre, è responsabile di tutto ciò che è pubblicato sulla rivista. Nel prendere queste decisioni il Direttore può essere guidato dalle eventuali linee guida approvate dal Comitato Scientifico della rivista, nonché dalle normative in materia di calunnia, violazione del copyright e plagio. Il Direttore, quando occorre, può consultarsi con i revisori per valutare l'opportunità di pubblicare o meno singoli contributi. Egli deve impedire a fattori esterni di compromettere gli *standards* intellettuali ed etici della Rivista e deve essere sempre disposto a pubblicare correzioni, chiarimenti, ritrattazioni e scuse quando necessario.

### DOVERI DEL DIRETTORE

*Equità*: il Direttore deve valutare i manoscritti esclusivamente per i loro contenuti, indipendentemente da razza, genere, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza o filosofia politica dell'autore o degli autori; non divulgherà alcuna informazione su un manoscritto preso in considerazione da soggetti diversi dagli autori, dai revisori e dai potenziali revisori e, in alcuni casi, dai membri del comitato editoriale, a seconda dei casi.

*Riservatezza:* il Direttore e la sua *équipe* non devono divulgare alcuna informazione su un manoscritto inviato a soggetti diversi dall'autore, revisori, potenziali revisori, altri consulenti editoriali e l'editore, a seconda dei casi.

*Divulgazione, conflitti di interesse e altre questioni:* il Direttore sarà guidato dalle *Linee guida COPE* per la ritrattazione di articoli quando prendesse in considerazione la ritrattazione e eventuali correzioni relative agli articoli pubblicati.

I materiali non pubblicati contenuti in un manoscritto inviato non devono essere utilizzati direttamente od indirettamente dal Direttore in ricerche sue, di suoi collaboratori o di soggetti terzi senza l'espresso consenso scritto dell'autore. Le informazioni riservate o le idee ottenute attraverso la revisione tra pari devono essere mantenute riservate e non utilizzate a vantaggio personale.

Il Direttore s'impegna a garantire che la pubblicità, la ristampa o altre entrate commerciali non abbiano alcun impatto o influenza sulle decisioni editoriali; egli deve garantire un processo di revisione equo e adeguato; deve evitare di sottoporre manoscritti a revisori che avessero conflitti d'interesse derivanti da relazioni competitive, collaborative o altre relazioni o connessioni con uno qualsiasi degli autori, società o istituzioni collegate agli articoli. Il Direttore deve chiedere a tutti i revisori di rivelargli, in forma riservata, i conflitti d'interesse, ed essere pronto, se venisse a conoscenza di conflitti d'interesse dopo la pubblicazione d'un articolo, a pubblicare correzioni od anche una ritrattazione.

*Coinvolgimento e cooperazione nelle revisioni:* il Direttore deve tutelare l'integrità della documentazione pubblicata, pubblicando correzioni, rettifiche o ritrattazioni quando necessario, e punire con l'allontanamento (se la fattispecie non costituisse reato da denunciare all'AG) i revisori e i suoi altri collaboratori che avessero agito in mala fede, appropriandosi di informazioni riservate o idee, progetti, formule, scoperte, contenuti negli articoli sottoposti a revisione.

#### RESPONSABILITÀ DEI REVISORI

*Prontezza:* qualsiasi revisore incaricato che non si sentisse qualificato a valutare l'articolo sottopostogli, o che sapesse di non poter fare una revisione in tempi ragionevolmente tempestivi, deve informare immediatamente il Direttore in modo che possa contattare un altro revisore.

*Riservatezza:* tutti i lavori ricevuti per la revisione devono essere trattati come documenti riservati; non possono essere mostrati o discussi con altri

senz'essere *expressis verbis* autorizzati dal Direttore.

*Standard di obiettività:* le revisioni devono essere svolte in modo obiettivo; critiche personali all'autore sono inaccettabili; i revisori devono motivare le proprie critiche.

*Riconoscimento delle fonti:* i revisori devono rilevare se vi siano lavori pubblicati pertinenti all'articolo loro sottoposto che non siano stati citati dagli autori. Qualsiasi loro nota secondo cui un argomento fosse stato già precedentemente riportato deve essere accompagnata dalla relativa citazione. Il revisore deve anche richiamare l'attenzione del Direttore su qualsiasi somiglianza sostanziale tra il manoscritto in esame e qualsiasi altro lavoro pubblicato di cui abbia conoscenza personale.

*Divulgazione e conflitto di interessi:* le informazioni riservate, le idee, i progetti, le formule ottenute mediante la revisione tra pari devono essere mantenute riservate e non utilizzate a vantaggio personale. I revisori non devono accettare la valutazione di lavori su temi in cui avessero conflitti d'interesse derivanti da collaborazioni o relazioni di altro tipo con autori, società o istituzioni collegati alla presentazione.

#### RESPONSABILITÀ DELL'AUTORE

*Standard di citazione:* gli autori che riportano i risultati di una loro ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto e un'esposizione obiettiva sul suo significato. I dati sottostanti devono essere accuratamente illustrati nel manoscritto. Un articolo deve contenere dettagli e riferimenti sufficienti per consentire ad altri di replicare sul lavoro. Dichiarazioni fraudolente o consapevolmente inaccurate costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

*Originalità e plagio:* gli autori devono assicurarsi di aver scritto opere, formule, progetti, interamente originali, e citare accuratamente i lavori e le pubblicazioni di altri da cui si fossero ispirati o di cui avessero utilizzato dati, formule, progetti.

*Pubblicazione multipla, ridondante o simultanea:* un autore non deve pubblicare manoscritti che descrivano essenzialmente la stessa ricerca in più di una rivista o libro/collettanea/atti di convegno *aut similia*. La sottoposizione parallela dello stesso manoscritto a più di una rivista costituisce un comportamento editoriale non etico ed è inaccettabile.

*Autore di un manoscritto:* ‘autore’ vero e proprio dovrebbe essere solo chi abbia avuto l’idea fondamentale, o abbia svolto la ricerca, o abbia dato *alio modo* un contributo essenziale al lavoro; tutti quelli che avessero offerto contributi (solo) significativi dovrebbero essere elencati come co-autori. L’autore/gli autori devono assicurarsi che tutti quelli che rispondono ai requisiti succitati per essere co-autori siano inclusi nel relativo elenco, e che tutti i co-autori abbiano visto e approvato la versione finale dell’articolo ed abbiano accettato la sua presentazione per la pubblicazione.

*Divulgazione e conflitti d’interesse:* tutti gli autori devono, nel proporre un articolo al Direttore, rivelare, nel lavoro stesso o in comunicazione allegata, che per motivate ragioni può restare riservata al solo Direttore, l’esistenza di qualsiasi conflitto d’interessi politico, religioso, economico o d’altro genere che possa aver influenzato i risultati o la loro interpretazione nel manoscritto. Tutte le fonti di sostegno finanziario per il progetto devono essere divulgate.

*Errori fondamentali nelle opere pubblicate:* quando un autore scopre un errore significativo in un proprio articolo già pubblicato, è tenuto ad informare tempestivamente il Direttore e collaborare per ritirare l’articolo o pubblicare una rettifica/correzione/ritrattazione nel primo numero della rivista successivo alla scoperta.

#### CONFERMA DEL DIRETTORE

In caso di presunta o comprovata cattiva condotta scientifica, pubblicazione fraudolenta o plagio, il Direttore, in stretta collaborazione con la sua équipe, adotterà tutte le misure appropriate per chiarire la situazione e modificare l’articolo in questione. Ciò include la pronta pubblicazione di un errore o, nei casi più gravi, la completa ritrattazione dell’opera interessata.

## *Norme editoriali*

### **IMPOSTAZIONE DELLA PAGINA**

Carattere: Simoncini Garamond; corpo 12 per il testo; corpo 10 per le note.  
Stile: normale (tondo), allineamento giustificato.

### **TESTO**

All'inizio di ogni capoverso si devono lasciare 3 spazi

Le citazioni all'interno del testo vanno tra parentesi e in corsivo; l'uso dei caporali: «...» va scelto come coloritura o sottolineatura, oltre che come parafrasi, metafora, analogia. I caporali non sono in genere sulle tastiere, si reperiscono dalla barra degli strumenti in Inserisci – Simbolo.

Tra un paragrafo e l'altro non si cambia pagina.

Tra il titolo del paragrafo e il testo relativo va lasciata una riga bianca. Tra la fine di un paragrafo e il titolo di quello successivo vanno lasciate due righe bianche.

I paragrafi vanno numerati. Il numero va seguito da un punto e poi dal titolo. Numero, punto e titolo vanno in corsivo.

Es.: *1. La politica dell'intervento*

La punteggiatura segue l'eventuale nota nel testo e non la precede.

Le parole straniere e in latino vanno scritte in corsivo.

### **NOTE**

Rigorosamente a piè di pagina, con numerazione progressiva.

Qualsiasi indicazione bibliografica va segnalata integralmente e per esteso la prima volta che si presenta all'interno di ciascun saggio.

Nelle citazioni in nota sarà anteposto il nome e il cognome dell'Autore per esteso e in maiuscoletto; il titolo dell'opera (in corsivo) e, nell'ordine, casa editrice, luogo, anno della pubblicazione (in tondo). Se più sono gli Autori, i loro nomi saranno separati dalle virgole. I nomi delle riviste, delle enciclopedie, dei siti web e delle banche dati saranno in *corsivo*.

Es.: GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1957

Citazioni successive:

Se la nota precedente indica solamente un testo e la nota successiva indica lo

stesso testo in pagina differente: *ivi*, p. 24; se la citazione successiva indica lo stesso testo nella stessa pagina: *ibidem*.

Se la nota precedente indica lo stesso autore e un libro diverso, la nota successiva indicherà l'autore con ID. (o EAD in caso di Autrice)

Se di un autore viene citata una sola opera, le citazioni successive riporteranno nome e cognome dell'autore, *op. cit.*, pp...

Se di un autore vengono citate più opere ripetere solo il titolo in corsivo per intero, seguito da cit. e dalle pagine relative; il tutto va separato con virgole.

Es.: GAETANO CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa*, cit., pp. 20-30.

Se l'opera è in più volumi, il numero del volume va indicato con cifra romana, l'eventuale parte con cifra araba.

Es.: MARIO TEDESCHI, *I problemi attuali della libertà religiosa*, nel vol. ID. (a cura di), *La libertà religiosa*, I, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002, pp. 1-22.

Se l'opera è tratta da un volume collettivo senza curatore, la citazione verrà compiuta nel seguente modo: AUTORE (nome e cognome per esteso in maiuscoletto), *titolo dell'opera in corsivo*, nel vol. *titolo del volume in corsivo*, casa editrice, città, anno, pagine. Evitare la citazione AA.VV.

Se l'opera è tratta da un volume collettivo con curatore, la citazione verrà compiuta nel seguente modo: AUTORE (nome e cognome per esteso in maiuscoletto), *titolo dell'opera in corsivo*, nel vol., CURATORE (nome e cognome per esteso in maiuscoletto), *titolo del volume in corsivo*, casa editrice, città, anno, pagine.

Se l'opera è tratta da un volume miscelaneo dello stesso autore, la citazione verrà compiuta nel seguente modo: AUTORE (nome e cognome per esteso in maiuscoletto), *titolo dell'opera in corsivo*, nel vol., ID., o EAD, (in maiuscoletto), *titolo dell'opera miscelanea in corsivo*, casa editrice, città, anno, pagine.

Es.: MARIO TEDESCHI, *Il contributo della scienza giuridica italiana nell'ambito del diritto canonico ed ecclesiastico*, nel vol. ID., *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2007, pp. 99-119.

In caso di più autori, i nomi e i cognomi degli Autori (per esteso e in maiuscoletto) devono essere separati dalla virgola (non trattino).

Es.: MARIA D'ARIENZO, LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, PATRICK VALDRINI, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016.

### CITAZIONE DA ARTICOLO DI RIVISTA

Autore (nome e cognome per esteso e in maiuscoletto), titolo dell'articolo (in corsivo), in, titolo della rivista (in corsivo), preceduto da una virgola e seguito dal numero del fascicolo e dall'anno. Il numero, l'anno e le pagine devono essere separate da virgole.

Es.: MARIO TEDESCHI, *La fine del potere temporale nella pubblicistica francese (1859-1861)*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2007, p. 497.

Indicazione delle pagine:

1. utilizzare per una singola pagina: p. (es.: p. 25);
2. per indicare le pagine successive alla prima pagina indicata si utilizza la doppia s: esempio p. 25 ss.;
3. pagine consecutive: pp. intervallate da un trattino (es. pp. 20-30).

Es.: 1) p. 25; 2) p. 25 ss.; 3) pp. 20-30.

### CITAZIONE DI DOCUMENTI D'ARCHIVIO:

Nella prima citazione l'archivio va scritto per esteso indicando quale sarà l'abbreviazione per indicarlo in seguito; il fondo indicato va scritto in corsivo e anche di esso va indicata la successiva abbreviazione, il titolo del fascicolo o del sottofascicolo va scritto in tondo tra apici, il dettaglio andrà scritto in tondo.

Per altre indicazioni si possono seguire fin dalla prima nota le abbreviazioni ormai canoniche: busta=b.; fascicolo=f.; sottofascicolo=sf.; cartella=c.; inserto=ins., registro=reg.; rubrica=rubr.; categoria=cat.

Il plurale va indicato raddoppiando la lettera finale abbreviata:

Buste=bb.; fascicoli=ff.; registri=regg.

Archivio Centrale dello Stato (ACS), *Ministero dell'interno (Min.int.)*, *Direzione generale della Pubblica sicurezza (Dir. gen. ps)*, *Divisione affari generali e riservati (Div. aa. gg. rr.)*, 1930-31, cat. C1, b. 328, sf. 63, ins. 6, "Provvedimenti per la disoccupazione e l'indigenza 1931-32". Il questore di Roma al ministro dell'interno, 20 maggio 1931.

*Uso delle maiuscole e delle minuscole: l'istituzione a cui si fa riferimento porta la prima lettera del primo sostantivo alta e le altre iniziali basse: Ministero dell'interno, Presidenza del consiglio dei ministri, Consiglio dei ministri. La carica a cui si fa riferimento va sempre indicata in minuscolo: prefetto, questore, ministro, presidente del consiglio.*

*Per indicare decenni o secoli va usata la maiuscola e il decennio o il secolo indicato va scritto in lettere: anni Trenta, Ottocento, Novecento.*

Stampato da  
Pellegrini Editore

ISSN 1970-5301